

# El derecho administrativo y la gestión pública<sup>1</sup>

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad Complutense de Madrid*

1. Introducción
2. Un problema oculto
3. Un derecho de abogados y para abogados
4. El equilibrio entre gestión pública y reconocimiento de derechos
5. El difícil equilibrio entre riesgo y seguridad
6. Los excesos del legislador
7. Los problemas del aparato administrativo
8. Organización, organización, organización
9. ¿Deber de contratar? Y no todo contrato del sector público es un contrato público
10. La gestión de la pandemia como un baño de realidad
11. El informe como elemento de bloqueo
12. El uso torticero del derecho penal
13. La globalización económica en el horizonte
14. Consideraciones finales
15. Bibliografía

## Resumen

El derecho administrativo, en su diseño y uso, parece centrado en la protección de los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y el posterior control judicial; y ha descuidado la gestión pública y, en consecuencia, la adecuada protección de los intereses generales, por lo que se precisa el equilibrio entre el reconocimiento de derechos y la correcta gestión pública. A este problema, se suma la ausencia de determinados perfiles relevantes en el sector público. Algunos de estos problemas han quedado patentes durante la pandemia, y se debe pensar en las mejoras posibles, en un contexto de globalización.

Palabras clave: *Administración pública; gestión pública; pandemia; globalización.*

---

1. Las opiniones que expreso aquí son de naturaleza estrictamente personal.

## **Administrative law and public management**

### **Abstract**

*Administrative law, in theory and practice, is focused on the protection of the rights of individuals in their relations with the public administration and their judicial oversight. In this context, administrative law has neglected public management and, consequently, the adequate protection of general interests. In this line, a balance is needed between the recognition of rights and efficient public management. This problem is aggravated by the absence of certain relevant profiles in the public sector. Some of these issues have become evident during the pandemic, and they must be rethought in a context of globalization.*

*Keywords:* public administration; public management; pandemic; globalization.

### **1**

#### **Introducción**

El derecho administrativo vive de espaldas a la gestión pública y, con ello, también vive de espaldas a la protección de los intereses generales<sup>2</sup>. Comenzar estas páginas con una afirmación de esta naturaleza puede parecer al lector un exceso o un lamento del gestor que encuentra continuas dificultades en el desarrollo de la actividad. Espero que cuando concluya la lectura pueda estar sustancialmente de acuerdo con lo que se plantea.

Pongo algunos ejemplos de la problemática a la que me refiero: una constructora comunica al adjudicador unos días antes de empezar la obra que quiere cambiar el proyecto, encareciendo el coste para el sector público y

---

2. Son expresivas, en esta dirección, las palabras de Nieto: “En repetidas ocasiones he puesto de relieve la debilidad comparativa de la protección de los intereses generales, recordando que, por ejemplo, la ocupación administrativa de un metro cuadrado de propiedad particular pone en marcha el solemne y prolijo mecanismo de la expropiación forzosa, mientras que la desaparición de un parque público o de un monumento cultural, que afecta a miles o a millones de ciudadanos, se despacha con el mero trámite de una información pública ritual. La protección de los titulares de intereses generales y colectivos es ciertamente débil. Por un acto de fe puede creerse que la protección que brinda la Administración pública representativa de tales intereses es eficaz y suficiente. Con frecuencia, sin embargo, es el lobo quien se ha autoproclamado representante y protector de los intereses colectivos del rebaño a juzgar por los resultados que la historia y la experiencia demuestran sin contradicción” (Nieto García, 1994: 36).

rebajando el propio. Solo el mero planteamiento debe suponer la prohibición para contratar. ¿Es consciente el lector de lo complicado y largo que es el proceso? ¿Cuánto tiempo estamos dispuestos a mantener el procedimiento de prohibición para contratar en abierto? O ¿qué decir de las suspensiones de las adjudicaciones por los tribunales de recursos contractuales? ¿Cómo se valora el perjuicio para el interés general por el retraso en iniciar la ejecución del contrato? ¿Se ha examinado la razonabilidad de la regulación actual de los recursos? Porque la justicia cautelar en beneficio de un particular tiene un coste grande para el interés general, cuando, a lo mejor, ni siquiera encuentra una solución satisfactoria en la protección del interés particular. El tiempo es un elemento básico de competitividad y de eficacia de las Administraciones públicas en el desarrollo de su actividad. En definitiva, es un ámbito de ganancia para el interés general.

Cuando planteo la dificultad que pone el derecho administrativo en la gestión pública no se debe pensar que no tengo en cuenta que estamos hablando de dinero público ni lo conveniente que es el cumplimiento de la norma. Al contrario, en lo que estoy pensando es en un problema de diseño normativo, que va más allá del (sobrevalorado pero de gran éxito) *Simpler* de Sunstein<sup>3</sup>, para adaptarse a las necesidades de la sociedad y las Administraciones públicas del siglo XXI. Desde luego que reconozco el valor que tiene el ordenamiento, pero al mismo tiempo que pondero cuál es el coste que tiene la mala gestión, el gasto por la gestión inadecuada de los procedimientos o, incluso, las prácticas administrativas y las dificultades en ejecutar los actos administrativos en su integridad y, además, mejorar las condiciones reputacionales y competitivas del sector público, frente a otras Administraciones públicas. Y, por qué no decirlo, ponerlo en valor frente al sector privado.

En la actualidad, y no hace falta una observación demasiado profunda, la orientación actual del derecho administrativo, proveniente de su origen forense y del olvido durante la gestión, ni evita los sobrecostes ni elimina la corrupción y el mal uso de dinero público, y en muchas ocasiones es fuente de ineficacia. Y, por ello, se puede afirmar que el derecho administrativo debe reencontrar su sitio en la satisfacción de los intereses generales, y, con ella, en la mejora en la gestión pública.

Ahora bien, no puede, no debe pensarse que esto es solo un problema de que el derecho administrativo no cumpla su función. Hay que hacer frente, como señala Jiménez Asensio, a “un modo de entender lo público enquistado, viejo y dominado por un conjunto de vicios innatos que proceden de la par-

---

3. Sunstein (2013).

particular concepción de hacer política en España desde tiempos inmemoriales (herencia decimonónica), preñada de clientelismo y pegada a las ubres de los presupuestos públicos como fuente de absorción y reparto ‘de poder’ (ahora incrementada la leche de la vaca con la gestión de fondos europeos, que corre el riesgo de transformarse en un enorme fiasco). Ahí y no en otro sitio están nuestras grandes dolencias. Las de siempre. Las que nadie quiere resolver, porque ‘siempre se ha hecho así’<sup>4</sup>. Dicho de otro modo, hay que cambiar también la práctica de las Administraciones públicas para afrontar los problemas de una forma adecuada a las necesidades de la sociedad actual.

## 2

### Un problema oculto

De entrada, cuando nos planteamos el problema de la adecuación del derecho administrativo para la gestión pública, la primera dificultad estriba en que es una cuestión opaca. Si examinamos la literatura de los últimos veinticinco años, pocos estudios encontraremos en donde se planteen los problemas que genera la ordenación actual del derecho administrativo para el desarrollo de un proyecto o incluso para dictar un mero acto administrativo. En los manuales al uso o incluso en artículos académicos se insiste en la percepción del posible daño al particular y no en el valor que tiene una actuación para la protección del interés general.

Piense el lector en cuántos estudios ha podido leer, desde la perspectiva del derecho administrativo, sobre esta cuestión, la articulación de un derecho administrativo que mejore la gestión pública, en la doctrina administrativista española. Y recuerde trabajos en donde se parta de la cita del título del viejo estudio de García de Enterría de “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo” y se analice un nuevo ámbito susceptible de control judicial. Aquí todos recordamos muchos. Y algunos muy buenos.

De hecho, cuando en algún seminario he planteado esta cuestión del olvido de la gestión pública por parte del derecho administrativo, siempre ha surgido alguna intervención, bienintencionada, en donde se han recordado los riesgos que existen y se ha concluido con el chascarrillo de si me he pasado al lado oscuro y dejo de creer en el derecho. No, no es este el problema. El problema es si la estructura jurídica que hemos ideado para el desarrollo de políticas públicas y para su ejecución es el que resulta más adecuado para servir con objetividad a los intereses generales, tal como obliga el artículo

---

4. Jiménez Asensio (2022).

103 de la Constitución. Y todo ello, además, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, en el que los poderes públicos tienen la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (artículo 9.2).

Porque el olvido de la gestión es un problema de un incumplimiento jurídico que afecta a la posición constitucional de las Administraciones públicas.

### 3

#### **Un derecho de abogados y para abogados**

El derecho administrativo se ha desarrollado teóricamente por abogados. Abogados que a su vez, en un número considerable, son profesores de universidad. El sesgo forense del derecho administrativo encuentra aquí una de sus dificultades. Dicho con las palabras de Nieto, “el derecho administrativo se escapa de la mano de los administradores para caer en las de los abogados, y de arte de administrar pasa a ser el de limitar a la Administración. Lo contencioso adquiere cada día mayor importancia y hasta se substantiza en una determinada bibliografía. Pero lo realmente importante es que todas y cada una de las instituciones empiezan a verse con esta óptica forense. Y, como consecuencia de ello, los principios motores de la interpretación y del progreso del Derecho Administrativo van a colocarse en los Tribunales y no en la práctica administrativa. En una palabra, el Derecho Administrativo no es el Derecho de la Administración, sino contra la Administración”<sup>5</sup>. Porque, al mismo tiempo, no ha existido un número equivalente de administrativistas que hayan ejercido funciones públicas y que hayan teorizado esta disciplina desde la perspectiva de la gestión.

El planteamiento de esta cuestión no es baladí. La teorización del derecho administrativo solo desde la perspectiva forense se transforma en que se distorsiona el ángulo de análisis para una cuestión que resulta capital en la medida en que, como derivación razonable de su función, los abogados han ido exprimiendo el ordenamiento jurídico para obtener una posición más positiva para sus clientes, especialmente desde el punto de vista procesal. Resulta, por decirlo de algún modo, natural. Y, en absoluto, es censurable. Pero no puede suponer la única visión del derecho que rige la satisfacción del interés general.

---

5. Nieto García (1986: 172-173).

Incluso, se podría decir que en el caso de que hubieran tenido la posibilidad de ejercer la gestión pública, el ansia que ponen en transformar una ilegalidad no invalidante en una nulidad de pleno derecho desaparecería. Es un problema de percepción de la realidad.

Los teóricos del derecho administrativo han tenido un impacto considerable en sus aplicadores. El diálogo que ha habido, por ejemplo, entre jueces y profesores de universidad ha permitido extender el control judicial, ampliar los ámbitos de lo judicial y, sobre todo, entrar en un examen que parece un ejercicio de microcirugía para examinar por dónde se puede entrar en la anulación de una decisión administrativa. Más aún, se pretende eliminar el carácter revisor de la jurisdicción, a pesar de que el juzgador no está ni en condiciones para crear y aplicar políticas públicas ni siquiera para dictar actos administrativos. O, de la misma forma, conviene recordar que la percepción de cuál sea la mejor satisfacción de los intereses generales no es unívoca, sino que depende de muchos factores, entre ellos, el planteamiento ideológico del Gobierno en cuestión. No podemos sustituir el resultado electoral por la discrepancia del juzgador. Y esto está ocurriendo últimamente.

De la misma forma que, estos teóricos, han tenido una gran influencia en los grandes cuerpos de la Administración, que tienen un papel relevante a la hora de examinar la creación y aplicación de propuestas y programas. La consecuencia es que, en muchas ocasiones, los proyectos se retrasan y solo en los casos en los que hay una voluntad tenaz, un compromiso casi vital, el resultado se consigue... a un coste personal muy elevado. De hecho, hoy, los problemas que presentan la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015 (y pensemos de qué despachos surgieron los borradores que después llegaron al BOE) derivan de que no se han hecho pensando en la gestión pública, sino en el valor abstracto del derecho y del procedimiento administrativo para facilitar, *a posteriori*, su control judicial.

En el desarrollo práctico de la cuestión, el problema que surge continuamente es cómo la articulación del derecho administrativo desde la perspectiva del conflicto (o sea, analizando las posibilidades de interposición de recurso) supone la paralización del funcionamiento administrativo. Es una cuestión de ponderación de valores, o para ser más exactos cómo valoramos los riesgos. Sobre ello volveré con posterioridad.

De hecho, dentro de esta valoración, el cumplimiento del derecho ha pasado a ser el valor primordial. Un valor en el que se suelen olvidar el factor tiempo y el valor eficacia, y, con ello, resulta complicada la satisfacción de los intereses generales. Es lo que he denominado en otras ocasiones el “derecho esquizofrénico”. No se piensa en su utilidad práctica, sino que está ahí para cumplirse, sin importar si la forma en que se aplica realmente está

sirviendo a la función que ha de satisfacer. Por ello, las soluciones suelen ser poco ponderadas, imponen medidas preventivas excesivas y no garantizan resultados. Son casos en los que hay que ir con el bisturí de un microcirujano en la definición de las consecuencias jurídicas, ya que en cada caso una mínima modificación provoca un cambio transcendental. Aunque haya otras manifestaciones, el derecho de la competencia, el de la protección de datos o el de la contratación pública son ejemplos de esta ansia por aplicar un sector del ordenamiento por si acaso.

En el ámbito administrativo, el planteamiento forense del derecho administrativo ha generado un temor, que casaría con la expresión de Jorge Valdano, referida al efecto del estadio Santiago Bernabéu en los rivales, del “miedo escénico”, a la ilegalidad que determina la parálisis. Si se me permite el juego de palabras, la parálisis por análisis de todos los posibles ángulos que tiene la actuación administrativa es una realidad en el momento actual. Una parálisis en la que los asesores y grandes cuerpos de funcionarios juegan un papel primordial.

Y, por lo que diré luego, a la pena de banquillo, porque se piensa que toda ilegalidad de un acto administrativo supone la apertura de un proceso penal. Lo que no se pondera es dónde quedan la protección del interés general y la eficacia administrativa. La sobreactuación vía informe es la prueba manifiesta de lo que se está señalando. Volveré luego sobre ello.

Hay un ejemplo muy claro de lo que se está señalando: la promulgación del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, nos vuelve a situar ante una cuestión relevante del funcionamiento público: la adecuación del derecho administrativo actual para una gestión pública eficaz.

Cuando examinamos su contenido, la pregunta que tenemos que plantear es: ¿estamos en condiciones de aprobar los proyectos en el breve plazo que requiere Bruselas aplicando esa norma? O, sin necesidad de recoger esta disposición, ¿por qué hay tantas ocasiones en las que la ejecución del presupuesto es tan baja? ¿Hemos mirado cómo repercute el alambicado derecho administrativo en esta problemática? Espero que no haga falta recordar cuántos miles de millones de euros tenemos en juego.

#### 4

### **El equilibrio entre gestión pública y reconocimiento de derechos**

El derecho administrativo no puede dejar de lado los derechos de los interesados. Pero tampoco puede dejar de lado la protección del interés general.

Esta compleja ecuación está hoy descompensada a favor de la protección de los derechos, lo que se acaba transformando en un abuso de los mismos en detrimento del interés general. Y en este punto creo que está fallando, que lleva tiempo fallando. El derecho tiene que reencontrar su lugar en la gestión.

Efectivamente, el reconocimiento de los derechos es un instrumento básico de un Estado de derecho. Y, además, es una constante histórica, en la medida en que la sujeción del poder público al ordenamiento jurídico se puede considerar como una constante histórica, y el origen del derecho administrativo, tal como lo conocemos, es bastante más reciente. Nieto señala que “el Derecho administrativo no es más que un episodio de una constante milenaria: la lucha del individuo (sea ciudadano o siervo) y de las colectividades (sean tribales, estamentales, o cívicas) contra las extralimitaciones de un poder que él mismo ha engendrado y aceptado”<sup>6</sup>.

La protección de los derechos de los ciudadanos no puede suponer el olvido del interés general. Por ejemplo, esto no puede significar que la regla de que el procedimiento está presidido por el principio de celeridad se olvide. *Tempus fugit* también para el sector público, y nos cuesta falta de competitividad en la economía y mal gasto de recursos públicos. Ni puede ser que las relaciones interorgánicas o interadministrativas supongan la posibilidad de dilatar *sine die* la tramitación de los procedimientos.

Voy a poner un ejemplo de estos tiempos de pandemia que no se debe ver como demagógico, sino como la plasmación de un problema social grave al que tiene que dar solución el derecho administrativo: un recurso administrativo contra los pliegos de adquisición de mascarillas. Media de resolución: entre tres y cuatro meses. ¿Qué se hace mientras? Alguno me recordará una de mis tres “P” de la contratación: la planificación. No siempre se puede, teniendo en cuenta las carencias de personal de nuestro sector público o que nos encontremos ante un hecho imprevisible como era este. ¿Un contrato puente? ¿Es razonable que no haya medidas cautelares de aseguramiento pedidas al recurrente? Yo creo, sinceramente, que no.

## 5

### El difícil equilibrio entre riesgo y seguridad

En toda actividad, pública o privada, el riesgo es un factor inherente a su ejecución. No hay nada, por nimio que sea, que no genere riesgo. No hay más que ver la jurisprudencia por daños generados por agujeros en la acera.

---

6. Nieto García (1980: 91).

Y precisamente por ello, se ha de insertar en la actividad administrativa con naturalidad, no con pavor.

No es posible aislar una actividad sin riesgo. El derecho administrativo, pese a lo que se pueda pretender, no es capaz de eludir ese riesgo. Y es un riesgo con el que hay que convivir en el desarrollo de la gestión pública. Este es un dato que no siempre se toma en consideración, y ello motiva que las respuestas puedan ser exageradas, ya sea por la aplicación del derecho penal (derecho de última instancia, se dice) o lo poco utilizadas que son las técnicas de conservación de la actividad administrativa, que pasan diluidas entre tanto empeño de examinar nuevos instrumentos de control de la Administración y de concreción de la responsabilidad personal.

Cuando hablamos de riesgo, hemos de pensar, además, que el riesgo en una actuación que realicen los particulares y sometidos al derecho administrativo también se les debe reclamar a ellos. La acción pública en colaboración con el sector privado no puede ser un seguro a todo riesgo en el que lo público pague. El ejemplo de las concesiones de las autopistas de peaje adjudicadas en el periodo 1996/2004 es una muestra de cómo el concesionario tenía todas las ventajas y ninguno de los riesgos. Ni siquiera a la hora de la devolución de los préstamos participativos nos encontrábamos con una situación de razonabilidad.

## 6

### Los excesos del legislador

El legislador ha exacerbado el problema a través de la promulgación de una reglamentación que no piensa en la gestión pública. La legislación de contratos es un ejemplo excelente de lo que se está señalando, aunque, desde luego, no es el único.

Cojamos tres ejemplos: el derecho europeo no se preocupa de los contratos no sometidos a regulación armonizada; nosotros generamos el concepto del contrato menor (que tiene su contramedida en el anticipo de caja fija para que el problema que se pretende evitar permanezca), que sirve para dificultar la contratación y para impedir el acceso de las pymes. Las directivas europeas son para poderes adjudicadores. Nosotros generamos una regulación para las empresas públicas que actúan en mercados liberalizados y que les dificultan su funcionamiento (lo que no ocurre en Europa). El derecho europeo prevé que cada poder adjudicador expulse de la contratación a los que no cumplen de forma reiterada con lo previsto en el contrato. Nosotros no lo trasponemos.

Estos ejemplos se podrían extender. El problema es que la cultura forense del derecho administrativo, de reducir la discrecionalidad, de potenciación de

la potestad reglada, en que el texto de la norma sea un manual, se transforma en un problema de gestión. Porque, evidentemente, un contrato de servicios de 12 000 euros que se ha de gestionar a través de la plataforma de contratación dificulta el acceso al contrato por parte de posibles licitadores sin que haya ventajas. Aunque sea el problema del tiempo en la contratación cuando la necesidad que motiva el contrato puede aconsejar una respuesta rápida. De hecho, constituye un problema para el acceso de las pymes a la contratación pública, a pesar de que es un objetivo teórico de la LCSP.

Pero el problema no se queda en la perspectiva forense. En los debates parlamentarios sobre la Ley de Contratos del Sector Público estuvieron casi ausentes las iniciativas de los grupos parlamentarios en donde se promocionara una mejora en la gestión. Posiblemente las dos excepciones a esta regla son la nueva regulación del responsable del contrato y la ordenación de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación. De hecho, se percibió más un intento de atar en corto a la Administración que de facilitar la gestión.

Este es el problema de fondo, el de la falta de reflexión sobre qué modelo administrativo queremos y cómo queremos impulsar la gestión pública, aunque sea solo para cumplir con los requisitos que marca Bruselas de gestión de los fondos públicos. Las normas para la eliminación de trámites son una constante en nuestro ordenamiento desde la directiva Bolkestein, y sin embargo, aparentemente, siguen siendo necesarias. ¿Hemos pensado que a lo mejor el problema es que el aparato administrativo tampoco está preparado para esta actividad?

## 7

### **Los problemas del aparato administrativo**

El problema se acaba de completar con los problemas que hay de plantilla en el sector público. La legislación aprobada en el año 2012 trajo consigo numerosas trabas que han debilitado existencialmente el aparato administrativo, con un personal envejecido y que tiene dificultades para abordar los problemas que tenemos en la actualidad sobre la mesa. De hecho, esa legislación ha incidido en la ausencia de determinados perfiles que son muy necesarios para el desarrollo de ciertas actividades, que son necesarias. Y, desde luego, las limitaciones retributivas dificultan el interés de ciertas profesiones en acercarse a la Administración.

No oculto tampoco que hay un problema general en la facilidad que encuentran los integrantes de ciertos cuerpos de élite dentro del sector público para salir del empleo público para ejercer su actividad privada, en muchas ocasiones contra la propia Administración que, además, les ha venido for-

mando en los últimos años. No hay más que ver el listado de abogados del Estado en excedencia voluntaria que recientemente ha publicado el BOE del pasado 22 de marzo de 2022. Algo parecido se podría decir de los inspectores de Hacienda. ¿Cuando el Gobierno de Aznar impulsó la reducción del plazo para la solicitud de la excedencia voluntaria examinó realmente cuáles serían los efectos en el sector público que quedaba descapitalizado? Y recordemos que en el derecho comparado vemos soluciones mucho más razonables, como sería el plazo de diez años que tienen los franceses de servicio obligatorio para el empleado público antes de pedir la excelencia voluntaria, que debería incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico.

Pero el aparato administrativo tiene otros problemas, articulados sobre su rigidez. Masas salariales, tasas de reposición, descoordinación con el aparato productivo en cuanto a retribuciones, dificultades de contratación, se han traducido en un conjunto bastante amplio de medidas para eludir las rigideces y que son fuente de nuevos problemas: no hay más que ver lo que ocurre con el personal interino.

Pero, al mismo tiempo, las dificultades de la denominada carrera administrativa y las extraordinarias rigideces de las relaciones de puestos de trabajo se están traduciendo en una pérdida de motivación en el desempeño profesional. Las técnicas importadas de la consultoría, como ocurre con la evaluación del desempeño, han sido consideradas como un cuerpo extraño que no acaba de funcionar y que allá donde funcione el ejercicio será mejorable. En ello repercuten también las dificultades de la movilidad entre puestos de trabajo (para lo que hay que recurrir a *trucos* de gestión).

En esta línea hay que hacer una mención, siquiera pequeña, a los procedimientos de acceso al empleo público, especialmente a los cuerpos superiores de la Administración, que reflejan la necesidad de un *aggiornamento*. Debemos ser conscientes de que muchos temas memorizados para ser repetidos a velocidad de *sprint*, que examinan de forma lineal aspectos variados del ordenamiento jurídico, no proporcionan el más mínimo conocimiento de lo que son ni la gestión pública ni las necesidades del interés general. Sin embargo, cuando se abren posibilidades de introducir otros elementos en el procedimiento de acceso, que garanticen otras habilidades, se censuran, por cuanto se piensa que eliminan calidad; a pesar de que no hay ningún estudio que dé sustancia a la afirmación.

Posiblemente aquí haya también un sesgo sociológico, en la dificultad de ciertos ámbitos poblacionales de acceso a dichos cuerpos, lo que supone un mecanismo indirecto de cooptación. Y, desde luego, perjudica la gestión, en la medida en que hay una gran inadecuación de los procedimientos de acceso al empleo público, que siguen viviendo del peso de la tradición.

Todo ello con el efecto de que las nuevas técnicas de gestión no se abren paso, las nuevas regulaciones se alejan cada vez más de las necesidades de la sociedad y la Administración y, con ello, se eliminan posibilidades para hacer país.

Todo ello tiene también un trasfondo ideológico de búsqueda del empobrecimiento de lo público. Un trasfondo que se puede ver cuando se observa el amplio recurso a los procedimientos de externalización, ya sea en el sector sanitario, el educativo o el de la consultoría, porque no hay personal suficiente. El trasvase de fondos al sector privado acaba resultando doblemente pernicioso: el coste es muy alto y la pérdida de *know-how* en el desarrollo de proyectos hace que resulte usual volver a externalizar. Y, al mismo tiempo, se debe recordar que este problema supone, también, una pérdida de oportunidad para las entidades encuadradas dentro del sector público.

Y hay un último problema que no se puede olvidar, que es el relativo a los recursos públicos con los que se cuenta para el ejercicio de la actividad. A la vista de los datos, no se puede mantener que en España paguemos muchos impuestos y la falta de personal sea causa de este problema. Al contrario. España es eficaz en la recaudación de los impuestos sencillos de gestionar, como son los de bienes inmuebles (donde ocupamos el 4.º lugar en función de PIB de la Unión Europea), y somos ineficaces en los que resultan más complejos, como el IVA o el IRPF. Tenemos, además, carencias importantes en relación con el impuesto de sociedades. Los datos anteriores pueden verse como una consecuencia de la escasa administración tributaria por PIB que hay en el conjunto de las Administraciones públicas. Y ello es consecuencia, en buena medida, de que la administración tributaria española sea una de las más bajas de la Unión europea, ya sea en función del ratio por PIB, ya sea en función del ratio por habitante. Y así no se puede funcionar.

El problema del bajo número de empleados públicos en función de la población española hace aparecer una nueva forma de privatización de lo público: el constante recurso a las consultoras externas para el planteamiento de los proyectos, planes y programas. Un flujo de dinero público inmenso no da siempre un resultado que está acorde con la fama que se presume de las grandes consultoras. Todo ello, además, con el problema añadido de que el planteamiento de un estudio de esta naturaleza suele tener numerosas hijuelas en cuanto a su ejecución. Es algo así como el síndrome del drogadicto, enganchado después de haber tomado la primera dosis. El *centro de desintoxicación*, que sería tener una Administración acorde con las necesidades del país, no existe, entre otras cosas, por las carencias presupuestarias.

## 8

**Organización, organización, organización**

No, no voy a contar ese viejo chiste. De hecho, lo que ocurre con la organización administrativa, especialmente en la administración institucional, no tiene ninguna gracia, y se podría resumir en que las bases para un adecuado desempeño de la función de las entidades instrumentales están totalmente distorsionadas desde el mismo instante de su creación.

Los elementos que se han de valorar para la creación de una sociedad estatal, por ejemplo, son similares a los de la creación de un organismo público, a pesar de que no tienen nada que ver. Las dificultades que existen en la Ley de Patrimonio para la creación de una sociedad estatal (incluso filial) o para la modificación de los estatutos sociales o la adquisición de una sociedad, que obligan a tener acuerdo del Consejo de Ministros, son sonrojantes si queremos tener un sector público industrial ágil y eficaz; dotado de autonomía de gestión y que se dedique a creación de riqueza, que es el deber de las empresas públicas, no a padecer procedimientos complejos que agotan a los gestores antes de comenzar su tramitación. Acaso este es el objetivo, que está, desde luego, alejado de cualquier perspectiva de protección del interés general.

Cualquier observador extranjero que comparara la situación de La Poste y de Correos diría algo similar a lo que decía Asterix: nos encontraríamos ante un *ils sont fous, ces espagnols*, comparando las dificultades que hay en una gestión empresarial pública en una y otra y cómo se pondera el servicio público en ambos casos. Cuando vemos los resultados de explotación de una y otra empresa del sector postal en los últimos años, observaremos cuál es la consecuencia de esta concepción. La administrativización excesiva del derecho mercantil público también es una manifestación de los defectos del derecho administrativo en la gestión pública.

En efecto, las sociedades estatales constituyen un ejemplo excelente de la mala aplicación del derecho administrativo. Es paradójico cómo la denominada lucha contra la huida del derecho administrativo (razonable en aquellas sociedades que constituyen instrumentos para la ejecución de políticas públicas, las empresas de vivienda y suelo<sup>7</sup>, por ejemplo) se ha realizado sin la

---

7. El asunto de la enajenación de viviendas de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid y las dos resoluciones del Tribunal de Cuentas muestra las dificultades que tiene la reconducción de este tipo de sociedades de ejecución de políticas públicas al derecho. Mientras que la sentencia inicial, razonable, exigía un mínimo de aplicación del principio de buena administración, la segunda, incomprensible, permitió que la ejecución de políticas públicas se pudiera aplicar sin ese mínimo común denominador.

suficiente precisión conceptual, y hoy nos encontramos con que las empresas públicas viven sometidas a las reglas del derecho mercantil (lógicas) y a las del derecho administrativo (absurdas). Tanto es así que se puede afirmar que el régimen de las sociedades estatales es un régimen inadecuado para las empresas públicas. Una conclusión que parece una contradicción en sí misma.

De todo lo que se podría decir aquí, que es mucho, basta con examinar la regulación de las leyes de presupuestos generales del Estado sobre la contratación de personal de las sociedades estatales y la aplicación que de dichas reglas hace la Dirección General de Costes de Personal: en nada se diferencia de la que hace para un Ministerio, a pesar de que son dos realidades opuestas. O los límites que existen a la formalización de patrocinios (incluida en la nueva disposición adicional 25.<sup>a</sup>, incluida en la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022), y que contradicen la labor publicitaria necesaria para las ventas. Es, de nuevo, la sustitución de la gestión por la aplicación poco meditada del derecho reglado. O incluso cómo las facultades de los Ministerios de tutela que recoge la Ley 33/2003 han sido sustituidas, por un régimen de cogestión que impide un funcionamiento normal en mercados liberalizados en que las decisiones han de ser tomadas en un corto espacio de tiempo.

Y, por último, hay algo que resulta paradójico en muchos campos, pero que, cuando se recuerda que no hay una empresa pública potente en el sector de las telecomunicaciones, que a pesar de que el *cloud* deba ser una función pública<sup>8</sup> no se progresa en esta dirección, que se limita la participación pública en el sector energético (a pesar de los beneficios que tiene el sector privado), acaba siendo una triste realidad. Incluso en estos tiempos de pandemia observamos cómo en Alemania o Francia el Estado ha entrado en sectores estratégicos, mientras que España ha recorrido el camino con un pudor que ha impedido incluso avanzar a buena velocidad de crucero en la ejecución del Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas, que gestiona SEPI.

Un pudor y una realidad que olvidan, por cierto, que el artículo 128 de la Constitución dispone de forma expresa que “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”. Es esa parte de la Constitución que no interesa recordar por razones ideológicas.

Pero no es solo un problema de las sociedades estatales.

Los ejemplos que ha recogido recientemente Tejedor<sup>9</sup> manifiestan cómo se ha querido ahogar al sector público institucional. Entre todos ellos se real-

---

8. Puede verse la entrada en mi blog *Cloud: un reto para el Estado*, al que se puede acceder en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2020/10/25/cloud-funciones-estado/>

9. Tejedor Bielsa (2022).

za la figura de los encargos a medios propios, que ya venían con problemas desde Europa y que, sin embargo, en España los hemos ampliado, retorciendo el derecho europeo de mala manera en la Circular conjunta de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que, a la larga, acaban conduciendo a la eliminación de la posibilidad de utilizar los encargos, y llevando a la desaparición de los medios propios, que hoy constituyen una carga más que un beneficio. Se ha transformado, en este sentido, en una fuente de desapoderamiento administrativo. Como también ha ocurrido con los contratos intragrupo dentro de las sociedades estatales, en donde claramente no hay mercado, sino una capacidad de autoorganización.

Pero, de igual forma, tenemos una restricción importante en el acceso a ciertos puestos en la estructura política de gobierno: las direcciones generales, las secretarías generales técnicas y las subsecretarías están limitadas para funcionarios de carrera, tal como disponen los artículos 64 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. ¿Resulta esto razonable cuando forman parte de la dirección política del ministerio? ¿No estamos limitando la incorporación de talento al sector público? Y, de la misma forma, ¿hay aquí un sesgo ideológico que sirve como vehículo para ralentizar ciertas políticas públicas?

## 9

### **¿Deber de contratar? Y no todo contrato del sector público es un contrato público**

En España tenemos muy interiorizado eso de que la Administración no puede tener un aparato propio, sino que todo ha de contratarlo en el mercado. Se trata de reducir la participación pública y sustituirla por el sector privado. De hecho, se puede afirmar que la regla que recoge el artículo 28 de la Ley 9/2017 se interpreta en sentido inverso, esto es, la necesidad se presume y hay que justificar profusamente la no contratación y la prestación de servicios *in house*. El contexto es, además, propenso a la reducción de lo público y la sustitución por contratistas privados, una práctica perniciosa que llega a la sustitución del empleo público por contratos de servicios durante la época de ausencia de la tasa de reposición que se impuso a partir de 2012 y hasta 2018.

En efecto, parece que hay que contratarlo todo y no se puede recurrir a los medios de que dispone el poder público (y de hecho se han reducido mucho los medios materiales de que dispone la Administración para atender sus

necesidades). Más aún, ese mito que es considerar anticompetitiva la realización de actividades de forma interna, se quiere extender a ámbitos en donde no resulta necesario, por cuanto no hay mercado, y lo que hay es un sector público en condiciones de prestar el servicio. Y no es solo un problema de los medios propios; afecta, por ejemplo, a los grupos de sociedades públicas.

Los procedimientos de contratar van mucho más allá del procedimiento abierto y, sin embargo, parece que no hay otra alternativa que licitarlo incluso cuando se quiera contratar a un cantante catalán que canta *Mediterráneo*. Hay, incluso, ocasiones en las que los secretos del funcionamiento del sector público (y no estoy hablando de secretos oficiales) se debieran preservar en aras del interés general, ya que la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se aplica también a las entidades del sector público, de acuerdo con el artículo 1.2 de dicha disposición. El mito aquí también es la transparencia.

Incluso cuando se contrata hay una tendencia inexplicable que considera que todo contrato del sector público está sometido a las reglas de la Directiva, cuando solo son cuatro contratos, para poderes adjudicadores y cuando superen cierto importe. Ni más ni menos. Es cuestión de estudiar, entender la contratación en su conjunto, generarla como un ámbito de la gestión y no considerar que ha de aplicarse siempre esta legislación. No es un valor en sí misma. Es un instrumento para la gestión. Ni más ni menos.

## 10

### La gestión de la pandemia como un baño de realidad

La adquisición de mascarillas durante la pandemia constituye un hecho que pone bien a las claras el problema de que se está hablando. No había, había que recurrir a intermediarios y, desde luego, era muy complicado recurrir a la plataforma de contratación. El riesgo que había si no se adquirían a precios exorbitados era sencillo: se ponía en riesgo la salud pública.

Fueron muchas las medidas que se adoptaron pensando en la salud pública y no en el derecho del particular. Era un mero problema de ponderación de riesgos (o más bien de realidades). Precisamente por ello se adoptó un régimen extraordinario que en contratación estaba articulado sobre los contratos de emergencia, partiendo del régimen del artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público. Pues bien, incluso en estas condiciones, el poco entendimiento de la estructura de la contratación pública ha llevado al Tribunal de Cuentas a cuestionar los procedimientos de adjudicación de los contratos.

La gestión de la pandemia constituyó, en mi opinión, el gran examen sobre cómo se gestiona la contratación pública, con consecuencias que se

podían extender a otros ámbitos de la actividad administrativa. No es solo que la cláusula del *rebus sic stantibus* debía modificar automáticamente los contratos, sino que la preponderancia que se quiso proporcionar al procedimiento sobre la salud pública constituía una notable distorsión en la gestión. O incluso, cómo se ha interpretado la necesidad de justificar que había una causa que impedía alcanzar niveles de calidad. El hecho notorio de la pandemia, la ausencia de tráfico aéreo, terrestre y marítimo, algo indudable e incuestionable, ha tenido que ser probado en ocasiones para justificar la dificultad en el cumplimiento de los compromisos de calidad en la prestación de servicios. Las propias sentencias que han cuestionado las medidas de confinamiento, total o parcial, responden a un planteamiento en el cual la exigencia del procedimiento es tan grande que no se puede atender. Incluso se cometió el error capital de someter las normas a autorización judicial previa.

## 11

### **El informe como elemento de bloqueo**

La legislación administrativa es viejuna. No ha habido grandes cambios en los últimos años y si se puede decir algo de la reforma de 2015 es que desaprovechó una ocasión excelente para transformar las reglas de funcionamiento administrativo, superando la orientación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1957. La orientación general refleja un marcado carácter legalista en lugar de puesta en valor de la gestión.

Entre ellos, la distancia que existe entre la regulación del informe y su valor en la práctica constituye un notable ejemplo de lo que no puede ser. Tal como dispone el artículo 80.1 de la Ley 39/2015, “salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”. Nada más alejado de la realidad. No es un problema de cómo se configura legalmente el informe, sino de los efectos sociológicos que tiene en el que toma la decisión.

Hoy es imposible gestionar algo con un informe en contra de la decisión tomada. Más aún, si este informe proviene de alguno de los cuerpos con habilitación de carácter nacional, que teóricamente son objetivos. No debemos caer en el pensamiento naïf y creer que la técnica carece de ideología. La tiene, es legítima, y no conviene olvidarla. Pero de la ideología se deben ocupar los políticos. La de los técnicos es que se aplique buena técnica en la ejecución de esas decisiones, siempre que resulte posible.

Los riesgos que provienen del informe derivan de que ha marcado un punto posible de ilegalidad en una actuación. Ese informe debiera, teóricamente, levantarse con otro, pero ya tenemos la llave de la duda. Una llave de la duda que suele estar dotada del valor de la pertenencia a un cuerpo funcio-

narial, como ocurre especialmente en el ámbito de la Administración local con secretarios e interventores.

Ahora bien, ¿desde cuándo en el derecho rige el principio de la solución única? Si esto no es así, esto es, si nos encontramos con que hay pluralidad de soluciones para la mayor parte de los problemas, ¿por qué se abusa como mecanismo de crítica del acto administrativo del tipo penal de la prevaricación?

## 12

### El uso torticero del derecho penal

Incluso puede recordarse que la orientación forense, en su vertiente jurídico-penal, está dificultando especialmente la tramitación de procedimientos en donde tienen que informar habilitados de carácter nacional, como ocurre en los ayuntamientos. Meros problemas de tramitación de procedimiento se pretenden resolver a través de procedimientos penales por prevaricación y otros delitos contra la Administración pública, cuando en muchos casos no hay más que la frustración por no tener una solución favorable.

La regulación del delito de malversación de caudales públicos ha sufrido en este sentido una transformación tras el auto del Tribunal Supremo, en reunión del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 25 de mayo de 2017, que hace que prácticamente cualquier ilegalidad en la gestión de los fondos públicos se pueda transformar en un delito de malversación de caudales públicos.

La cuestión que nos debemos plantear es cómo se ha transformado el sistema de control de la Administración para que se transforme en justicia penal (o contable). Un problema que está tanto en los que presentan las denuncias como en los que las admiten a trámite buscando su día de gloria.

Y ello se ha traducido en la incorporación de una nueva área en muchas entidades del sector público, la dedicada al *compliance*, que puede suponer, a la postre, una piedra más en el desarrollo de la gestión pública. Y no, no es un problema de que se necesite campo sin puertas, es que hay demasiadas puertas en el campo. Porque no se puede olvidar que el *compliance* es un análisis desde fuera de una realidad gestionada dentro con arreglo a criterios jurídicos y de gestión; aspecto este último que falta en el responsable de *compliance*; un responsable que tiene la tentación de introducir criterios de oportunidad más que de legalidad.

## 13

### La globalización económica en el horizonte

El desarrollo tecnológico y económico que se está produciendo en el mundo desde la caída del Muro de Berlín en 1989 está abriendo una nueva brecha en

el derecho administrativo y en las funciones de las Administraciones públicas, aún hoy incipientemente percibida a pesar de su importancia: la globalización. En efecto, el sistema económico de finales de siglo, al partir de un mercado mundial en el que los diferentes actores buscan en cada punto del globo lo que más convenga a sus intereses (algo potenciado desde la desaparición de los aranceles que dificultaban el comercio, en un proceso que impulsa la Organización Mundial del Comercio), dificulta sobremanera la aplicación del derecho administrativo tal y como lo hemos conocido hasta ahora; sobre todo si percibimos la relatividad del principio de soberanía y la debilidad de los Estados ante las grandes corporaciones económicas. Se trata de un fenómeno que se exterioriza en todos los ámbitos del derecho administrativo, la producción normativa, la aplicación de las normas, el contenido de estas, las potestades administrativas, la aplicación de los principios del Estado social y democrático de derecho, etc.

En efecto, la aplicación de las normas administrativas se pone en cuestión por la diferenciación entre los centros de producción y de dirección de las empresas, que se suelen ubicar fuera del ámbito de aplicación del ordenamiento administrativo, lo que provoca una reducción, paralela, de las posibilidades de intervención por parte de los entes públicos. Tributariamente, la carencia de un sistema fiscal mundial y, sobre todo, la presencia de multitud de paraísos fiscales (absolutos y relativos), condicionan la estabilidad económica de los Estados; en un proceso que se acrecienta por las subvenciones que hay que aportar en un sistema de competencia mundial para el establecimiento de nuevos centros de producción. Paralelamente, las posibilidades de intervención de los poderes públicos presentan, en este contexto ideológico, una tendencia a la desaparición, en favor de que sean las propias corporaciones las que dicten las mínimas reglas necesarias para que su actividad se pueda desarrollar.

La diferencia norte-sur abre paso a un flujo de personas cada vez más intenso que pone en cuestión las posibilidades de actuación de la Administración pública del Estado social, obligando a una mayor presencia del principio de seguridad, en un sentido amplio. Culturalmente, las posibilidades tecnológicas aumentan el flujo de información en el mundo, pero, paralelamente, se incrementa la dependencia de los países más desarrollados Y, en fin, las posibilidades de tutela medioambiental se reducen estrepitosamente como consecuencia de la presión económica y el diferente grado de desarrollo de los Estados. Se trata, en definitiva, de un proceso cuyas ramificaciones son de tal envergadura que ponen en cuarentena las posibilidades de funcionamiento de los Estados y, en lo que a nosotros atañe en este momento, condicionan el contenido y la aplicabilidad del derecho administrativo.

Esto también forma parte de la gestión pública. Y constituye un gran agujero negro sobre el que el derecho administrativo no ha actuado de forma clara.

## 14

### Consideraciones finales

Parafraseando el título de un conocido trabajo de Nieto, cada tiempo marca la vocación del derecho administrativo y, justamente, la tarea de descubrir cuál debe ser esta en cada momento es la historia misma de esta disciplina jurídica, de su funcionalidad y de sus logros, pero, también, de sus fracasos e insuficiencias, como ha ocurrido siempre. Los problemas que tiene planteados en la actualidad no deben ser percibidos de forma dramática, sino con la suficiente serenidad para recoger las innegables virtudes que tiene la tradición recibida (sin la autocomplacencia que nos impida percibir los puntos dudosos), sin necesidad de hacer tabla rasa de todo lo conocido para adentrarnos en un camino desconocido, que, acaso, a la vuelta de los años nos conduzca al descubrimiento del Mediterráneo. Ni la autocomplacencia ni la catarsis total casan bien con un derecho que evoluciona, que no observa el pasado acriticamente, con una sociedad que no está padeciendo movimientos revolucionarios y que día a día, en la práctica de legisladores, tribunales y restantes operadores jurídicos, demuestra su vitalidad. En todo caso, la crítica, el planteamiento de problemas, es la técnica mejor para hacer avanzar la sociedad desde el derecho, sobre todo si tenemos en cuenta que jurídicamente casi nada hay blanco o negro, sino que todo, o casi todo, resulta opinable.

Precisamente por ello, la tan cacareada crisis del derecho administrativo –algo que, por otra parte, padecen casi todas las disciplinas jurídicas– no debe suponer, por consiguiente, una preocupación excesiva, sino una cuestión de la que ocuparse, poniendo en un punto central a la gestión pública.

Pero no es más que el síntoma de su salud global, de las tendencias contradictorias que existen en la sociedad –más allá de fines ficticios de las ideologías–, de los temores e incertidumbres que plantean los tiempos nuevos, ya sean estos los constitucionales o los comunitarios; que provocan continuos movimientos pendulares con cada técnica, producto de su adaptabilidad a la nueva realidad. El reto está en que las adaptaciones se produzcan con la celeridad necesaria para que todo ello no desemboque en una crisis de credibilidad social, que sería difícilmente reversible o, cuando menos, de imprevisibles consecuencias.

Todo ello no es sino la consecuencia de que, como señalara Nieto, “en el núcleo de la sociedad y el Estado anidan unos problemas constantes, que

sobreviven a los abatares de la evolución histórica... El tejido social de Estado se compone siempre de los mismos elementos estructurales que las evoluciones –e incluso las revoluciones– se limitan a articular de manera distinta. La continuidad de tales problemas es lo que cabalmente explica la continuidad de las instituciones políticas y administrativas, por encima de las aparentes y aparatosas transformaciones de los tiempos”<sup>10</sup>.

## 15

### Bibliografía

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2022). *La (¿irreversible?) descomposición de lo público*. Disponible en: <https://rafaeljimenezasensio.com/2022/02/13/la-irreversible-descomposicion-de-lo-publico/>
- NIETO GARCÍA, A. (1980). El derecho como límite del poder en la Edad Media. *Revista de Administración Pública*, 91.
- (1986). *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*. Madrid: INAP.
- (1994). *Derecho administrativo sancionador* (2.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Tecnos.
- SUNSTEIN, C. R. (2013). *Simpler: The Future of Government*. Simon & Schuster.
- TEJEDOR BIELSA, J. (2022). *¿Elegía u oda por el sector público? Debates que agotan...* Disponible en: <https://www.administracionpublica.com/elegia-u-oda-por-el-sector-publico-debates-que-agotan/>

---

10. Nieto García (1986: 14).