ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 18 – junho/julho/agosto 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y CONTROL JURÍDICO DE EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor
Profesor Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

ÍNDICE: I - El punto de partida: los preceptos constitucionales y su significado. II - Los intentos doctrinales de definición. III - Los problemas fundamentales del principio de eficacia. IV - Algumas manifestaciones concretas del principio. V - El control judicial de la eficacia.

PALABRAS-CLAVE: Control judicial de la eficacia. Principio de eficacia. Administración Pública.

Les ruego me permitan iniciar mi intervención con unas palabras de agradecimiento y de gratitud. Deseo, en primer lugar, cumplir con un deber de educación y cortesía agradeciendo a la organización de este Congreso, y a las entidades públicas que generosamente nos acogen, la invitación que se me ha cursado y la hospitalidad que nos brindan; y también, por supuesto, a todos ustedes aquí presentes, por el honor que nos hacen asistiendo a estas sesiones. Su confianza, seguramente excesiva, en el valor de nuestras aportaciones, me abruma de responsabilidad: estoy convencido de no poder satisfacer sus legítimas expectativas; sólo confío en no haber regateado esfuerzos para conseguirlo.

Pero agradecimiento no es lo mismo que gratitud, un sentimiento mucho menos social y mucho más íntimo, por lo mismo que se refiere a las personas. Y ruego a todos que me disculpen si limito esa expresión de gratitud a dos colegas que son, con toda seguridad, los responsables de mi presencia aquí. De una parte, al profesor Paulo Modesto, mi interlocutor directo en lo relativo a este Congreso y con quien he mantenido una muy grata correspondencia a través del e-mail. Y, de otra, a mi admirado amigo el profesor Bandeira de Mello, del que, sin entrar en afinidades personales, debo decir que considero como uno de los mejores juspublicistas del subcontinente

americano; no es nada fácil leer, como yo he hecho, las novecientas páginas de su Curso de Direito Administrativo sin poder discrepar de uno solo de sus planteamiento y soluciones. Paulo, Celso, gracias de corazón.

Y también debo dar gracias a ambos por el tema que me propusieron para este Congreso y sobre el que va a versar mi intervención. Imagino que su sugerencia se debe a lo arduo del mismo, un tema como el de la eficacia, su aplicación y su control, que ha producido seria perplejidad (más aún, inquietud) en todas las comunidades jurídicas en las que ha hecho aparición a nivel constitucional: en la española y en la brasileña, entre otras. Sólo les advertiré, para terminar esta introducción, que mi pretensión es sensiblemente modesta: no intentaré ningún tipo de especulación abstracta (que se ha mostrado bastante estéril en un tema como el que nos ocupa); voy a limitarme a exponerles las dudas y las dificultades con que los juristas españoles de derecho público nos hemos tenido que enfrentar; las escasas experiencias y las vías que poco a poco van alumbrándose para la puesta en práctica de esta directriz constitucional.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES Y SU SIGNIFICADO

El relato de esa experiencia puede ser útil para ustedes en la medida en que nuestros textos constitucionales ofrecen un acusado paralelismo: la Constitución brasileña, tras la enmienda constitucional de 1988, ordena en su artículo 37 que las Administraciones deberán ajustarse a los principios de legalidad, impersonalidad (que la nuestra denomina objetividad), moralidad, publicidad y eficiencia. Un enunciado muy similar se contiene en el artículo 103.1 de la CE de 1978, al imponer a la Administración que actúe con arreglo a los principios de objetividad, legalidad y eficacia (y también a otros, por cierto, bastante más discutibles, como los de jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación; una enumeración heteróclita y desconcertante, que ha sido objeto de críticas numerosas por su falta de rigor). Para mayor dificultad, nuestra Constitución, en su artículo 31.2, tras señalar los principios básicos del sistema financiero en cuanto al régimen tributario (justicia, igualdad y progresividad), añadió el deber, en cuanto a la fijación de los gastos públicos, de que *"su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".*

Entre nosotros, términos exóticos como los que acabo de mencionar forzaron a una primera indagación doctrinal acerca de su significado; una indagación que suscitó serias críticas al legislador constituyente, porque, sin poner en cuestión lo indiscutible de estos valores u objetivos, parecía evidente que se trataba de nociones de alcance incierto y, por tanto, generadoras de problemas interpretativos. Las más importantes de estas críticas han sido cuatro:

Primera, que se trata de nociones esencialmente ambiguas, carentes de contenido unánime (el DRAE las define en términos bastante inexpresivos), como todas las de significado valorativo. Decir, sin embargo, que expresan valores no deja de ser una forma solapada de ocultar sus defectos intrínsecos, que son notorios. Personalmente, prefiero hablar de estas menciones constitucionales como normas insinuantes o evocadoras: no aluden a realidades más o menos precisas, sino que apelan al plano cerebral de las emociones, a objetivos tan deseables como indeterminados y que cada persona interpreta a su manera, por referencia a algunos concretos sucesos vitales que le han afectado. Para unos, eficacia significa simplemente que las colas en las ventanillas públicas deben ser lo menores posibles (este es, por ejemplo, uno de los parámetros que el manual de calidad de la IATA emplea para clasificar los aeropuertos); para otros, que los servicios de extinción de incendios lleguen cuanto antes al lugar del siniestro; para otros, más utópicos, que el sistema sanitario sea capaz de curar sus enfermedades, incluso las incurables.

Segunda crítica, que se trata de nociones poliédricas o polivalentes. Es notorio que la calificación de eficaz (o eficiente) no significa lo mismo si se aplica a un servicio policial, a una Universidad o a una agencia para construcción de carreteras; y también lo es que, dentro de cada uno de éstos, la eficacia o eficiencia puede revestir modalidades diversas según el tipo de actividad que desarrollen o, más aún, según la perspectiva que se adopte (¿qué es más ineficaz: construir deprisa y barato una carretera malísima, o construir una carretera perfecta, pero en un plazo de decenios?).

Tercera crítica, su carácter contradictorio o potencialmente conflictivo con otros principios o valores constitucionales. Intuitivamente, los juristas adivinamos de inmediato las dificultades que ofrecía la compatibilización de estos valores con el principio de legalidad administrativa, que el texto constitucional (los dos) menciona al mismo nivel. Si uno y otro constituyen imperativos jurídicamente vinculantes, ¿puede considerarse válido, por eficaz, un acto que infringe manifiestamente la ley?; o, a la inversa, ¿debe aceptarse como válido un acto manifiesta y escandalosamente ineficaz, pero formalmente ajustado a derecho? La reacción natural del jurista lleva a una degradación inmediata del principio de eficacia: no se puede anteponer ésta a la legalidad, porque nadie sabe con seguridad lo que es eficaz o no; pero no debemos dejarnos llevar por esta inclinación, ya que (hemos de reconocerlo) la legalidad tampoco es un principio absolutamente preciso y capaz de medir con exactitud la validez de los actos y las normas.

Por fin, la cuarta crítica tenía unos rasgos bastante diversos. La alusión constitucional a los valores de eficacia y eficiencia fue tildada sencillamente de impertinente; algo así como una ofensa implícita y gratuita a unas Administraciones que desde muchos años antes habían ya situado a la eficacia como uno de sus objetivos y preocupaciones primordiales (no hay que olvidar que el mandato de actuar con eficacia tuvo plasmación en el ordenamiento positivo español nada menos que en la hoy derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958).

Huelga decir, tras lo que he señalado, que los principios de eficacia y eficiencia no tuvieron en la doctrina española una acogida especialmente favorable. Antes bien, fueron recibidos con escepticismo y un tanto de humor: otra ocurrencia del legislador, y también del poder constituyente, que es ciertamente omnipotente, pero no infalible. Pero el escepticismo y la ironía son actitudes que nos están vedadas a los juristas: acertado o desafortunado, incierto o no, el precepto constitucional está ahí, y es obligado conferirle alguna significación y algún contenido, por escasos que sean.

II. LOS INTENTOS DOCTRINALES DE DEFINICIÓN

La búsqueda de un significado, en primer lugar, no ha ofrecido resultados estimables: de la docena escasa de estudios monográficos que la doctrina española ha dedicado en los últimos treinta años a estos principios, sólo uno de ellos, el del profesor Parejo Alfonso, ha intentado una aproximación a su significado; con frutos absolutamente decepcionantes, hay que decirlo.

La literatura económica ha prestado un mínimo interés a estos conceptos, despreciando prácticamente el de eficacia y reduciendo el de eficiencia a la idea de asignación óptima de los recursos y refiriéndola a la cualidad de un sujeto u organización para lograr el cumplimiento de un objetivo determinado minimizando el empleo de recursos. Y los estudios de management de las organizaciones, aunque aparentemente mucho más minuciosos en el manejo de los conceptos, tampoco van mucho más allá: valga el ejemplo del autorizado estudio de METCALFE y RICHARDS, que refiere la eficiencia a la relación entre el input y el output de las organizaciones o, lo que es lo mismo, a la mejora en el incremento del producto final que se alcanza sin aumento correlativo de los recursos (o, incluso, mediante su disminución); y la eficacia, a la ratio que mide la relación entre objetivos deseados y objetivos realmente conseguidos.

Nada más lejos de mi ánimo que despreciar estos esfuerzos conceptuales: pero me veo obligado a concluir que, en mi condición de jurista práctico, me son de bastante poca utilidad para concluir, en cada caso concreto, si una actuación administrativa determinada debe ser calificada (jurídicamente) como eficaz o ineficaz, eficiente o ineficiente. Y ello sucede, obviamente, por la absoluta indefinición de los objetivos o resultados, del output deseable de una Administración pública. En contra de lo que sucede en el ámbito de una empresa privada, en el que dicho output está constituido por el beneficio o excedente, en el mundo de lo público los objetivos o resultados suelen adolecer de una seria indeterminación: en ocasiones, son puramente nominales e irrealizables, como los que se contienen en los programas electorales de los partidos políticos; en otros casos, son parciales y fragmentarios, como los que se establecen en algunos programas presupuestarios; y en otros, finalmente, son rigurosamente inmensurables, por referirse a estados sociales difusos siempre susceptibles de mejora o por depender de la actividad y estímulo de sus destinatarios (p.ej., el grado de

satisfacción de las necesidades culturales, el índice de éxito escolar o la sensación de una adecuada seguridad ciudadana).

En tanto la ciencia de la organización no experimente progresos sustanciales, por tanto, la percepción de los conceptos de eficacia y eficiencia debe seguir siendo, como hasta ahora, puramente intuitiva y aproximativa; lo cual relativiza muy seriamente su utilidad como parámetros de valoración jurídica.

¿Podemos los juristas aportar un poco más de concreción? Quizá, aunque tampoco podemos ir mucho más allá. En este orden de cosas, me atrevería, no sin cierto sonrojo por las obviedades en que voy a incurrir, a recordar algunos criterios elementales que pueden servir para la medición de los grados de eficacia y eficiencia de una Administración.

El primero de ellos, frecuentemente olvidado, es el de agilidad y expeditividad. Si la Administración es, por esencia, un ente servicial, un proveedor de servicios a los ciudadanos, su primer criterio debe ser la adaptación de sus pautas de actuación temporal a las que rigen en el sector de intereses que tiene a su cuidado. En el mundo en que nos ha tocado vivir, el tiempo es un activo tan valioso o más que los recursos financieros (porque, en última instancia, el tiempo cuesta dinero). Y es un hecho universal el que la percepción del tiempo es totalmente distinta en los sectores público y privado: aunque sea una exageración, bien podría decirse que en el sector privado todas las cosas son, como decimos en España, para anteayer, mientras que el sector público, ajeno a estas urgencias, parece vivir *sub specie aeternitatis*, con un *tempo* vital ralentizado. Y no hay Administración que pueda llamarse eficaz que no aborde los problemas de los ciudadanos con la misma urgencia con que éstos la sienten.

El segundo, el criterio de economicidad en el gasto público. Aunque las políticas de austeridad de los últimos decenios han minorado en algún grado el problema, es insostenible que, aún hoy, un altísimo porcentaje de los recursos presupuestarios de muchos países se dedique al sostenimiento del aparato público, al pago de los salarios de los servidores públicos y de los gastos generales de la organización administrativa. No podrá hablarse de eficacia y eficiencia de la Administración en tanto ésta no proceda a la eliminación de múltiples actividades de control, tan ávidas consumidoras de recursos como escasamente útiles en la eficacia social de estos controles; y también, en tanto no se opte por la externalización de múltiples servicios que entidades y corporaciones sociales pueden llevar a efecto con mucha mayor efectividad y menor coste para el ciudadano. Entiéndase bien: este criterio no expresa, solapadamente, ningún principio neoliberal de reducción de las actividades públicas, que no tienen por qué experimentar ninguna reducción sustancial. Lo único que pretende indicar es que las mismas cosas y más pueden hacerse desde las Administraciones con una ordenación más racional de los recursos humanos y financieros de que dispone.

Tercero, el criterio de entrega de información a la sociedad civil. Las Administraciones no son aún conscientes del papel que desempeñan hoy como grandes tenedores y potenciales distribuidores de información, uno de los productos de mayor valor en nuestras sociedades contemporáneas. Aun sin ser conscientes de ello, es evidente que las Administraciones se han convertido en gigantescos servidores de recepción y procesamiento de la información económica y social; relevante la mayor parte de la cual, sin embargo, yace estéril en los archivos administrativos, a pesar de la facilidad con la que dicha información podría ser puesta hoy a disposición general a través de la Red.

Y cuarto y último, el criterio de flexibilidad y capacidad de gestión del cambio. Si por algo se caracterizan los tiempos en que vivimos es por la emergencia de un cambio permanente y progresivamente acelerado en todas las necesidades sociales, que plantean necesidades absolutamente nuevas y nuevas técnicas de intervención. El diseño de cualquier Administración que pretenda ser eficaz y eficiente debe partir de la necesidad de dotarse de efectivos y medios que permitan seguir y administrar el cambio; y de adaptarse al mismo en tiempo real estimulando la capacidad de aprendizaje y de innovación de sus servidores.

III. LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL PRINCIPIO DE EFICACIA

Pero, por más sugerentes que puedan ser las ideas que acabo de proponerles (a mi se me antojan auténticas obviedades), podrían reprocharme el que se mueven en el mismo nivel de abstracción que las construcciones propias de la ciencia económica y de la teoría de la organización, a que antes aludí. Y como ese reproche sería certero, debemos ya descender a pie de tierra y referirnos a los problemas y perspectivas concretos (y un tanto vulgares, si se quiere) que plantean a los juristas los principios de eficacia y eficiencia.

En el orden de los problemas, y con objeto de no abusar del tiempo que se me ha confiado y de su paciencia, señalaría dos.

a) El primero de ellos se refiere a la permanente discusión de cómo puede compatibilizarse el principio de eficacia con el de legalidad. Que la convivencia de ambos principios constitucionales ofrece riesgos es, desde luego, la evidencia misma. La eficacia y la eficiencia de la Administración se han convertido en valores prevalentes de una sociedad obsesionada —lógicamente, todo hay que decirlo— por las performances, por los resultados. Y ello ha llevado a una muy seria depreciación de los valores jurídicos, a un desprecio por los mismos y, en definitiva, a su postergación en la práctica; los juristas hemos llegado a ser considerados como formalistas entorpecedores, como generadores de problemas más que como proveedores de soluciones (algo a lo que, por cierto, no es ajena la incomprensible hostilidad que los profesionales de la economía sienten y ejercen hacia los juristas en el ámbito público).

Pero, cualquiera que sea la situación del derecho en la actualidad, lo cierto es que el problema existe; y que la hipervaloración de la eficacia y de los resultados pone en grave riesgo uno de los pilares básicos de nuestras sociedades liberales y democráticas, el sometimiento a la ley y al Derecho y la idea misma de libertad y de respeto a los ciudadanos. Creo, por ello, que no incurro en ningún prejuicio corporativista si afirmo que bajo ningún concepto puede conferirse ni admitirse una prevalencia de la eficacia sobre la legalidad. Si las leyes conducen a resultados ineficaces, cámbiense; pero no se quebranten con la excusa de lograr objetivos. Hablo, por supuesto, en el plano de los planteamientos generales, no de las realidades concretas, en las que es inexcusable admitir un cierto nivel de prevalencia de la eficacia: un tanto humorísticamente, en España decimos que la Administración funciona a golpe de ilegalidades y de malversaciones de fondos (moderadas); no siempre es posible ni aconsejable cumplir estrictamente la ley, y esta es una circunstancia que debemos aceptar pacíficamente. Pero en el orden de los principios, la jerarquización debe quedar clara.

No obstante, esta situación de riesgo no ha alcanzado todavía, en mi país al menos, niveles preocupantes. España ha luchado muy duramente, en los últimos tiempos de su historia, por implantar el principio de legalidad, y este sigue conservando una posición de primacía indiscutible. Dicho de otro modo, me sería difícil enumerar alguna posición teórica o alguna decisión judicial que haya legitimado actuaciones claramente ilegales por el solo hecho de ser eficaces.

Pero ello no significa que el principio de eficacia (y el de eficiencia) queden absolutamente minimizados, porque hay ámbitos de la actuación administrativa donde pueden operar naturalmente: me refiero a los intersticios del principio de legalidad, que son abundantes, y de los que mencionaré ahora sólo tres. Primero, el ámbito, más extenso de lo que se pretende, de las actividades administrativas no sujetas a la regla de vinculación positiva a la ley. Segundo, la determinación del contenido de las decisiones discrecionales (y, entre ellas, los preceptos reglamentarios). Y tercero, el mundo escasamente explorado de las tolerancias y de la selección de los sujetos pasivos de la actuación administrativa, que sólo puede explicarse en base a los principios sobre los que versa mi intervención. Es en estos ámbitos donde la exigencia de eficacia y de eficiencia puede operar con mayor naturalidad, y también donde pueden jugar un papel mayor en el control de las respectivas decisiones de la Administración.

b) El segundo problema alude al dilema en torno a la operatividad directa o indirecta de estos principios constitucionales. En términos más simples: ¿pueden emplearse directamente estas nociones insertas en la Constitución como títulos habilitantes de actuaciones administrativas concretas, o más bien precisan de plasmación en técnicas específicas interpuestas?

La respuesta a este segundo problema se vio enturbiada, en España, por la discusión inicial en torno a la idea de la aplicabilidad inmediata, al carácter self-executing de determinadas normas constitucionales denominadas

programáticas o simplemente amplias. La hipervaloración, de todo punto necesaria, que la doctrina y el Tribunal Constitucional hicieron de la fuerza de obligar de la Constitución de 1978, llevaron a una afirmación enfática y sin demasiados matices de su carácter inmediato y autoaplicativo. Felizmente, en mi opinión, esta idea maximalista tuvo una pronta corrección en la construcción jurisprudencial de los derechos, instituciones y principios "de configuración legal"; construcción que, en definitiva, suponía interponer necesariamente al legislador entre el texto constitucional y los aplicadores del Derecho, privando a estos últimos de la peligrosa libertad para conferir a los preceptos constitucionales abiertos el contenido que en cada caso les apeteciese o juzgasen oportuno.

Hoy por hoy, en consecuencia, y dejando a un lado la polémica de la aplicabilidad directa o no de todas las normas constitucionales, la tendencia dominante es la concepción de la eficacia como una directiva constitucional, no de aplicación inmediata, sino mediata; un valor que debe ser puesto en práctica a través de instrumentos jurídicos concretos, salvo en los casos específicos que mencioné al referirme al problema anterior. Hay excepciones, desde luego, porque el mismo Tribunal Constitucional ha hecho uso del principio de eficacia de modo directo en algunos casos, con objeto de afirmar la constitucionalidad de determinadas medidas legislativas: así ha sucedido, por ejemplo, con la regulación de las incompatibilidades de los funcionarios (STC 178/1989), con la defensa del principio de autotutela frente a las pretensiones del supuesto carácter suspensivo de todo tipo de recursos (STC 24/1984) y con el establecimiento de técnicas de coordinación y colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas no previstas en la Constitución (STC 27/1987). En tanto no proliferen, estas excepciones no me parecen alarmantes, porque, en estas decisiones, el Tribunal Constitucional ha empleado el principio de eficacia de forma tópica, como un argumento dialéctico de mero acompañamiento o refuerzo que podría haberse ahorrado sin problema alguno apelando al puro sentido común.

IV. ALGUNAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL PRINCIPIO

Con las salvedades antes indicadas, pues, lo más razonable y prudente es que el principio de eficacia, como el de eficiencia, se vayan haciendo realidad a través de las concretas técnicas que la legislación vaya estableciendo. Y como los ejemplos que pueden citarse son ya numerosos, me limitaré a apuntar unos cuantos al hilo de las diferentes manifestaciones de la actividad administrativa. No quiero aburrirles en exceso, y por ello tendré que omitir todo comentario detallado sobre cada uno de ellos.

a) En el plano organizativo, el principio de eficacia viene jugando un importante papel legitimador, *de facto*, en todo el fenómeno de proliferación de entes administrativos instrumentales, sujetos total o parcialmente al derecho privado en su estructura y en su actividad. Son muy escasas (en número y en contenido) las regulaciones generales de estos nuevos tipos de entes, por lo

común creación directa del legislador. Pero no cabe duda que su fundamento último se encuentra en los principios de que venimos hablando. La clásica organización pública y el Derecho administrativo se han convertido, para múltiples tipos de actividad, en un insoportable corsé que impide a las Administraciones adaptarse al cambio y actuar con la celeridad que exigen los problemas económicos y sociales.

b) En el orden de la regulación de los servidores públicos, la idea de eficacia ha inspirado cambios profundos en nuestra normativa clásica, entre los que cabe destacar la regla de la movilidad e intercambiabilidad de los funcionarios entre distintas Administraciones y distintos puestos de trabajo y la paulatina modificación de los procedimientos selectivos. No cabe olvidar que importantes tendencias de nuestro empleo público, como es la creciente laboralización, juegan en un sentido inverso (el régimen laboral se está mostrando bastante más rígido que el funcionarial); pero ello pertenece al ámbito de las disfunciones o retrocesos, que también se producen, naturalmente.

c) Aunque hay aún un largo trecho por recorrer, la idea de eficacia ha hecho también entrada en el campo de la producción normativa: no me refiero, por supuesto, a su creciente abundancia, que no precisa de ningún estímulo constitucional (bien al contrario, la misma y su carácter fuertemente caótico es una fuente de ineficiencias constantes), sino a la penetración paulatina de la técnica normativa, referida no sólo a la claridad e inteligibilidad de las normas, sino a la medición y valoración de sus consecuencias y efectos sobre los sectores que tratan de regularse. No se trata sólo de asegurar que las normas sean aplicables, realmente aplicadas y, por tanto, eficaces en sentido kelseniano, sino de prever los efectos perversos que una regulación impulsiva puede generar.

d) Son muy importantes las novedades que la directriz de eficacia ha permitido incorporar a la regulación de los actos y del procedimiento administrativo: quizá las más numerosas y relevantes de toda esta enumeración. Además de haber respetado técnicas tradicionales entre nosotros desde hace medio siglo, como la nulidad parcial, la conservación de trámites, la conversión de los actos anulados o la figura de las irregularidades no invalidantes, la legislación de los años noventa ha incorporado innovaciones capitales como son la figura de la terminación convencional de los procedimientos administrativos y, sobre todo, el establecimiento de plazos máximos para dictar resolución (en todo caso) y de las consecuencias del silencio positivo o negativo, o de la caducidad de procedimientos desfavorables, en caso de quebrantamiento de dichos plazos. Estas técnicas, fundamentales por lo mismo que operan sobre el factor tiempo, están pasando por serias dificultades de implantación, generadas por la resistencia de determinadas Administraciones a vivir al ritmo del siglo; pero quiero ser optimista en cuanto a su éxito futuro.

e) Aunque las posibilidades que el legislador español dispone para innovar en materia de contratación pública son escasas (la normativa de la

Unión Europea es cada día más invasiva), el principio de eficacia ha jugado un papel determinante para incorporar algunas novedades de interés, como el otorgamiento de carácter preferente a los procedimientos no automáticos de selección del contratista (el concurso es hoy día el procedimiento más común, frente al antiguo predominio de la subasta) o la creciente ampliación de los límites cuantitativos para el empleo de la contratación directa (esto es, sin licitación). Con todo, y por razones que no alcanzo a entender, los procedimientos contractuales públicos siguen siendo hoy, entre nosotros, de los más lentos y menos garantizadores de una correcta ejecución de las obras y servicios públicos.

f) El incremento exponencial de las reclamaciones por daños a la Administración ha convertido lo que en España era un ámbito jurídico-administrativo escasamente problemático, en una de las cuestiones más graves que hoy tiene planteado nuestro sector público. El régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, inexplicablemente copiado por algunos países de este subcontinente, está llegando a ser uno de los agujeros negros de nuestro sistema administrativo y un grave riesgo para la estabilidad de la Hacienda pública. Las razones de este fenómeno son muy complejas y requerirían de un tiempo del que no dispongo para exponerlas. Me limitaré a mencionar dos aspectos: para empezar por el menos importante, el de los costes de gestión que está entrañando para las Administraciones la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial, con centenares de servidores públicos de alto nivel dedicados exclusivamente (o en una parte sensible de su tiempo de trabajo) a esta tarea absolutamente improductiva; en aplicación del principio de eficacia, este problema se ha paliado parcialmente con la admisión del aseguramiento privado de algunas Administraciones, pero el trecho por recorrer es aún muy largo. Y el segundo aspecto, mucho más preocupante, la absoluta imprevisibilidad de los costes de indemnización por daños generados por la actuación anormal de la Administración pública; costes que pueden llegar a alcanzar cifras astronómicas, inasumibles para cualquier Hacienda pública. A mi entender, dichos costes resultarían mucho más contenidos y previsibles en la medida en que la Administración se autoimpusiera parámetros de calidad y eficacia en sus servicios que permitieran medir objetivamente su actuación irregular.

g) Los sectores propicios a una creciente incorporación de técnicas basadas en el principio de eficacia son muy numerosos. Para no hacer inacabable e insoportable esta exposición, aludiré sólo, para terminar con este punto, a la regulación de los bienes y de las sanciones administrativas. Aunque muy a contrapelo (el peso de los viejos principios es todavía muy fuerte), en el régimen de los bienes parece observarse una cierta tendencia a la ampliación de la categoría de los que nuestro Código Civil sigue llamando bienes patrimoniales, en perjuicio de los demaniales, por la sola razón de que su régimen parcialmente privado permite un mayor número de formas de utilización, mucho más ágiles y eficaces que las clásicas del derecho público, la autorización y la concesión. Y un fenómeno similar se observa en el derecho administrativo sancionador con la implantación de principios, como los de prescripción y de caducidad de los procedimientos, que no obedecen sólo a un

ideario garantista de los imputados, sino a estrictas razones de eficacia: una y otra regla fuerzan a las Administraciones no sólo a una persecución y tramitación ágil de las infracciones administrativas, sino a centrarse en infracciones de comisión reciente, las únicas que pueden ser adecuadamente perseguidas, investigadas y sancionadas, y las únicas cuya represión surte algún efecto de prevención especial, en terminología clásica del Derecho penal.

Quizá, para los entusiastas de la performance, todas estas innovaciones resultarán demasiado modestas y poco ambiciosas. A mi no me lo parecen, sin embargo.

V. ELCONTROL JUDICIAL DE LA EFICACIA

Y termino con unas muy breves consideraciones acerca de los problemas que ofrece el control jurídico (y específicamente judicial) de las aplicaciones del principio de eficacia: la hago así no sólo porque soy consciente de que he excedido el tiempo que tengo asignado (yo también tengo el deber de ser eficaz en el sentido temporal), sino porque no cabe decir excesivas cosas interesantes sobre este punto final.

Cuando hablo del control judicial de la eficacia me estoy refiriendo, claro está, al empleo de este parámetro como medio exclusivo de anulación. ¿Cabe anular un acto o reglamento administrativo formalmente ajustados a la ley por ser ineficaces (debo puntualizar: presuntamente ineficaces), esto es, por su inidoneidad intrínseca para surtir los efectos que persiguen? Teóricamente, nada podría objetarse a esta posibilidad: la eficacia es un imperativo que forma parte de una norma jurídica igualmente obligatoria, la Constitución; y si un precepto constitucional cualquiera puede ser empleado como medio de contraste para anular una ley, no se advierte la razón por la que ello no pudiera anularse un acto administrativo ineficaz, y vulnerador por tanto del artículo 103.1 de nuestro texto fundamental.

Alguien dijo hace años, no obstante, que el sueño de la razón produce monstruos. Y he de serles sinceros y decirles que, pese a mi condición de abogado litigador, el razonamiento anterior me estremece: no en sí mismo, sino por sus consecuencias sociales y políticas; y no creo que sea el único a quien afectaría este temor: en la actualidad, la posibilidad de que un fallo judicial de este tenor se produzca en España es mínima. Y la razón de que, felizmente, las cosas sean así, es fácilmente comprensibles: una gestión directa, expeditiva y discrecional por parte de los jueces del principio de eficacia como técnica de anulación ordinaria de los actos administrativos haría entrar en crisis el sistema de control contencioso tan laboriosamente gestado y evolucionado.

No se trata de catastrofismo gratuito. Los juristas del derecho público jamás deberíamos olvidar aquella genial advertencia de Prosper Weil de que el Derecho administrativo es un milagro; un milagro cotidiano, pero siempre una singularidad amenazada de desaparición, porque parece ir contra la naturaleza de las cosas. Es un fenómeno insólito de la hoy denostada cultura occidental,

el que el poder se someta al control de tribunales independientes; un poder, no lo olvidemos, que es hoy más intenso y robusto que en ningún otra etapa ni ocasión histórica, en todo el mundo; un poder con tendencias autoritarias grabadas genéticamente en su estructura; y un poder que, desgraciadamente, parece estar entrando en un nuevo ciclo secular de reforzamiento e impunidad crecientes. El giro de la política interior norteamericana no es explicable, a mi modesto entender, sólo como una reacción a la brutalidad del 11-S ni a la incidencia del terrorismo internacional; y no es una mera casualidad que coincida con el resurgimiento de movimientos populistas y autoritarios en todo el mundo, incluso en países de larga tradición democrática (y, aunque decirlo sea absolutamente descortés, este resurgimiento es tan patente como preocupante en el subcontinente en que nos encontramos). En los albores de este nuevo milenio, el horizonte de la libertad empieza a teñirse de nubes negras (ojala sean pasajeras); y, en este contexto, las primeras víctimas de los procesos autoritarios son los sistemas de control de la Administración y del poder.

No son tiempos, me parece, de forzar la máquina en la evolución del sistema de justicia administrativa. Mucho es que el poder haya admitido someterse a un tipo de razonamiento tan poco exacto como es el jurídico. Pero me parece bastante improbable que el mismo poder tolere pacientemente que jueces independientes controlen sus actos utilizando los mismos criterios lábiles de oportunidad que él mismo emplea para adoptar sus decisiones; porque el control de eficacia supone el desplazamiento *de facto* de las potestades decisorias al estamento judicial; su paso, se diría, de un poder responsable ante los ciudadanos (al menos, teóricamente) a otro poder ajeno a todo tipo de responsabilidad. No invento nada. Estos mensajes de moderada protesta (por el momento) se escuchan en todos los países europeos en los que existe control de constitucionalidad de las leyes en los momentos en que los Tribunales respectivos han de pronunciarse sobre cuestiones de alto contenido político; y de la protesta a la acción hay sólo un paso; un paso que no consistiría en la supresión pura y dura del sistema de justicia administrativa, pero sí, quizá, en la manipulación de los sistemas de selección de los jueces para convertirlos en apéndices dóciles del poder; ya que han de juzgarnos a nosotros, que sean de los nuestros.

Creo, en resumen, que la utilización de los principios de eficacia y eficiencia, sin más, como técnicas de control judicial, constituye un exceso desaconsejable. No cabe, desde luego, excluirlo radicalmente: sería perfectamente posible emplearlo en casos extremos y excepcionales, como los de ineficacia debida la contradicciones lógicas intrínsecas del acto, o los de ineficacia potencial evidente y palmaria (p. ej., un contrato administrativo con un plazo de ejecución manifiestamente inviable); y también en los casos en que la eficacia se objetivice y se autolimite a través de las técnicas que antes he expuesto a modo de ejemplo. Pero fuera de estos supuestos, pretender ir más allá sería una aventura arriesgada en la que los posibles frutos no compensarían, ni de lejos, sus riesgos.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y CONTROL JURÍDICO DE EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-JUAN-ALFONSO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 5, n. 19, out./dez. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.