

# COMPETENCIA Y REDUCCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN ESPAÑA: UNA NUEVA PERSPECTIVA PARA SELECCIONAR LAS ORGANIZACIONES MÁS EFICIENTES

**BERNARDO SÁNCHEZ PAVÓN**

*Departamento de Planificación y Gestión del Observatorio de la Sostenibilidad Aeroportuaria (OSAER). Consultor del Área de Infraestructura y Transporte de CEPAL-UN*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

## **Extracto:**

LA forma como se organiza la Administración no es solo una cuestión de necesidades operativas, sino fuente de legitimidad ante la sociedad a la que sirve. La prudencia parece sugerir el «empleo de lo mínimo» en aras de alcanzar la eficiencia y ello, en el plano de las personificaciones funcionales, significaría que un ente público no debe introducirse en los dominios de otro, pues duplicar esfuerzos resulta antieconómico.

Las organizaciones administrativas presentan notables diferencias respecto a las privadas como consecuencia de los diferentes condicionantes previos que les afectan; no obstante, ciertos sectores de la doctrina jurídica y económica han sostenido la factibilidad de introducir un cierto grado de competencia en el ejercicio de las funciones administrativas como forma de mejorar la calidad y los resultados de gestión.

En el presente trabajo se analizan algunas de las propuestas efectuadas por la literatura científica (especialmente la anglosajona) para, posteriormente, reflexionar acerca de la factibilidad y conveniencia de su aplicación a la organización del sector público español como mecanismo para mejorar su eficiencia y, muy especialmente, como criterio de selección que permita objetivar un sustancial reajuste del mismo.

**Palabras clave:** sector público, redundancia organizacional, organismos públicos, servicio público.

# COMPETITION AND REDUCTION OF THE PUBLIC SECTOR IN SPAIN: A NEW PERSPECTIVE FOR SELECTING MORE EFFICIENT ORGANIZATIONS

**BERNARDO SÁNCHEZ PAVÓN**

*Departamento de Planificación y Gestión del Observatorio de la Sostenibilidad Aeroportuaria (OSAER). Consultor del Área de Infraestructura y Transporte de CEPAL-UN*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itz'iar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

## **Abstract:**

**T**HE way the administration is organized is not just a matter of operational needs, but a source of legitimacy in the society it serves. Prudence would suggest the «use of the minimum» in order to achieve efficiency and this, in terms of functional personifications, mean that a public body should not be introduced in other domains, it is uneconomical to duplicate efforts.

Administrative organizations have notable differences from the private as a result of the different conditions that affect them earlier, however, certain sectors of economic and legal doctrine have argued the feasibility of introducing a degree of competition in the exercise of administrative functions as a way to improve the quality and management results.

This paper discusses some of the proposals made by the scientific literature (especially the Anglo-Saxon) to then reflect on the feasibility and desirability of its application to the Spanish public sector organization as a mechanism to improve efficiency and especially, as a selection criterion allowing a substantial readjustment objectify it.

**Keywords:** public sector, organizational redundancy, agencies, public service.

# Sumario

1. Los procesos organizativos y la descentralización.
  - 1.1. La descentralización y su fundamento.
  - 1.2. Panorámica del proceso de descentralización funcional en España: éxitos y ¿casos?
2. Las organizaciones públicas y la competencia.
3. El monopolio en las organizaciones públicas norteamericanas y la teoría de la «redundancia organizacional».
4. Costes de agencia, mercado de control y redundancia.
  - 4.1. Concepto e importancia de los «costes de agencia».
  - 4.2. La superación de los «costes de agencia» y el «mercado de control»: la competencia como garante de la eficiencia.
5. Servicios públicos, servicios de interés general y factibilidad de la competencia.
  - 5.1. La doctrina del servicio público y su cuestionamiento.
  - 5.2. De los servicios públicos a los servicios de interés general: el caso de la Unión Europea.
6. Depuración terminológica y clasificación.
  - 6.1. La correcta traducción del término «redundancy».
  - 6.2. Clases de redundancia.
7. La competencia entre organizaciones administrativas en España: de las centrales de contratación a la gestión portuaria.
  - 7.1. La adhesión a los sistemas de contratación centralizada de otras Administraciones Públicas.
  - 7.2. La factibilidad de competencia entre entes públicos en el marco de la gestión portuaria.
8. Ventajas e inconvenientes de la redundancia en la organización administrativa.
  - 8.1. Los aspectos positivos.
  - 8.2. Las sombras que proyecta la redundancia.
9. Recapitulación y conclusiones.

## Bibliografía.

## 1. LOS PROCESOS ORGANIZATIVOS Y LA DESCENTRALIZACIÓN

### 1.1. La descentralización y su fundamento

La importancia de los procesos organizativos, como indica GARCÍA LLOVET, «no se reduce a la simple funcionalidad del sistema en orden a la eficacia; el modelo organizativo atiende también al sistema de legitimación de la actividad de la propia Administración Pública»<sup>1</sup>. En este mismo sentido, ha señalado BACHELET que la disciplina jurídica de la organización administrativa, además de establecer la estructura con criterios de funcionalidad, quiere también constituir un sistema de garantía de la legitimidad y oportunidad objetiva de la acción y de los procedimientos de la Administración Pública, sea frente a la colectividad, sea frente al concreto ciudadano<sup>2</sup>.

La organización se proyecta sobre las relaciones entre la Administración y el administrado, de tal forma que cuando se produce una mutación relevante en las estructuras organizativas es solo cuestión de tiempo que tales cambios generen efectos a extramuros del ejecutivo<sup>3</sup>.

El modelo de Estado liberal de Derecho se articuló bajo un sistema centralista al entenderse que era el más adecuado para realizar los fines de igualdad y libertad<sup>4</sup>. Una justificación concisa y clara de este sistema puede extraerse de las palabras de POSADA HERRERA: «Cuando en un país se deciden todas las cuestiones de administración por el Gobierno central se deciden con más igualdad y con más justicia»<sup>5</sup>.

La ruptura con el modelo de Administración centralizada se desarrolla, históricamente, mediante dos procesos<sup>6</sup>:

<sup>1</sup> GARCÍA LLOVET, E.: «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, mayo-agosto de 1993, pág. 61.

<sup>2</sup> BACHELET, V., *Profili giuridici della organizzazione amministrativa: strutture tradizionali e tendenze nuove*, A. Giuffrè, Milano, 1965.

<sup>3</sup> GARCÍA LLOVET, E., *op. cit.*, pág. 62.

<sup>4</sup> GARCÍA LLOVET, E., *op. cit.*, págs. 63 y 64.

<sup>5</sup> POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración Pública*, tomo I, Madrid, 1843, pág. 34.

<sup>6</sup> GARCÍA LLOVET, E., *op. cit.*, pág. 64.

- La descentralización territorial. Este proceso implica la creación de entes de base territorial dotados de autonomía –a menudo garantizada constitucionalmente– y que incorporan un elemento de legitimación democrática plasmado en órganos o instituciones representativas. Se trata de organizaciones que están en condiciones de realizar políticas propias, en el marco general de distribución competencial constitucional y/o legalmente previsto. En ocasiones, la descentralización territorial responde, además, a un intento por satisfacer demandas políticas con un sustrato sociológico e histórico.
- La descentralización funcional. Aquí, la descentralización es resultado de un intento de mejora en la gestión de servicios, realizándose a partir de la creación de entidades de naturaleza instrumental (personificadas bajo distintas formas jurídicas) y bajo el control de la organización matriz que la crea: una Administración territorial. Para un sector de la doctrina, el nivel de autonomía real de estos entes instrumentales es discutible; otros autores, aun admitiendo su innegable naturaleza instrumental, entienden que la autonomía de la que se les dota reviste una gran trascendencia jurídica<sup>7</sup>.

La descentralización ha representado un intento de administrar in situ, de modo que la acción y organización se decida y ejecute para el propio territorio o ámbito directamente afectado<sup>8</sup>. La descentralización institucional –conservando intacto el principio centralizador– resulta especialmente oportuna cuando, sin renunciar a la unidad de acción, se estima conveniente la aparición de organizaciones especializadas<sup>9</sup>. En opinión de ARIÑO ORTIZ, «toda descentralización trata de lograr la traslación real de una parte del poder ejecutivo desde el aparato central del Estado-organización a centros de imputación independiente»<sup>10</sup>.

PRUD'HOMME ha advertido como el concepto de descentralización está dotado de unos límites poco definidos, razón por la cual puede resultar especialmente atractivo<sup>11</sup>. En su opinión, y siguiendo a MINIS y RONDINELLI<sup>12</sup>, la descentralización admitiría ser clasificada de la siguiente forma<sup>13</sup>:

- La «descentralización espacial». Política regional consistente en un proceso de difusión geográfica de la población y las actividades urbanas fuera de las grandes aglomeraciones.
- La «descentralización del mercado». Proceso de creación de condiciones según las cuales los bienes y servicios son provistos por los mecanismos del mercado más que por decisión del Gobierno.

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, Civitas, 1984, pág. 34.

<sup>8</sup> MORELL OCAÑA, L.: «El criterium de la Administración Pública y el Derecho Administrativo contemporáneo», en *REDA*, núm. 29, 1981, pág. 272.

<sup>9</sup> LUCIFREDI, R. y COLETTI, G.: *Decentramento amministrativo*, Torino, 1956, pág. 11.

<sup>10</sup> ARIÑO ORTIZ, G.: «Principios de descentralización y de desconcentración», en *Documentación Administrativa*, núm. 214, 1988, pág. 24.

<sup>11</sup> PRUD'HOMME, R.: «On the Dangers of Decentralization». *Policy Research Working Paper*, núm. 1252, World Bank, Wash, DC, 1994, pág. 2.

<sup>12</sup> *Vid.* MINIS, H. y RONDINELLI, D.: «Promoting Economic Development and Employment Generation Through Decentralization in Senegal», *USAID Working Paper*, 1989.

<sup>13</sup> PRUD'HOMME, R.: *op. cit.*, pág. 2.

- La «descentralización administrativa». Transferencia de las responsabilidades de planificación, administración, así como de la obtención y asignación de recursos según diferentes variantes; incluye las transferencias desde los organismos del Gobierno central a unidades del mismo nivel, a unidades de niveles subnacionales, a corporaciones de nivel zonal, a organizaciones no gubernamentales privadas, etc.

Abundando en la descentralización del mercado, autores como RONDINELLI, NELLIS y CHEEMA sostienen que esta también se halla implícita en el concepto de «desburocratización», en la medida en que las decisiones son susceptibles de ser tomadas a través de procesos políticos que involucren un gran número de grupos de interés, antes que la exclusiva o primaria autoridad de los Gobiernos (mediante las leyes, decretos, o resoluciones administrativas)<sup>14</sup>. En definitiva, la evitación del engranaje administrativo en aquellos ámbitos en los que la sociedad pueda adoptar un papel más activo.

En el ámbito de la Gerencia Pública, los postulados del *New Public Management* (NPM) incluyen la reducción de las jerarquías y reglas burocráticas; la identificación de costos de insumos y productos; el uso de contratos para la provisión de servicios públicos; la desagregación funcional de las organizaciones públicas según la distinción entre la función de compra y la de provisión del bien o servicio (*purchaser-provider*); el incremento de la competencia en la provisión y la elección por parte del consumidor.

La descentralización en la Administración pública es un aspecto importante en el NPM y, como señala LAM, no se trata «solo una cuestión administrativa sino también política»<sup>15</sup>. Y es que, si bien el NPM es partidario de otorgar mayor poder a unidades de menor nivel –tanto dentro del propio Gobierno nacional como a unidades de gobiernos de nivel inferior («devolución» regional o local)– y delegar hacia organismos externos al sector público (desregulación, privatización, contratación, concesión, etc.), también requiere de las esferas gubernativas un seguimiento de lo delegado mediante una rigurosa presión política («politización»).

Al principio de delegación de autoridad se ha objetado que, otorgando mayor poder y autonomía a las subunidades (territoriales o funcionales), implica un menor control por parte del Gobierno central y, como indican PETERS y SAVOIE, «mientras diversas fuerzas políticas e ideológicas promueven mayor autonomía y un control más reducido desde el centro, surgen al mismo tiempo otras fuerzas que demandan una revalorización del control»<sup>16</sup>.

La cuestión de «otorgar poder y coordinar» es un punto siempre conflictivo en cualquier reforma administrativa.

<sup>14</sup> RONDINELLI, D.A., NELLIS, J.R. y SHABIR CHEEMA, G., «Decentralization in Developing Countries: A review of Recent Experience». *World Bank Staff Working Papers*, núm. 581, *Management and Development Series* núm. 8, The World Bank, Washington, DC, 1984.

<sup>15</sup> LAM, JERMAINE, T.M.: «Decentralization in Public Administration: Hong Kong's Experience». *Public Policy and Administration*, vol. 11, núm. 1, 1996.

<sup>16</sup> PETERS, B.G. y SAVOIE, D.J.: «Managing Incoherence. The Coordination and Empowerment Conundrum». *Research Paper*, núm. 16, Canadian Centre For Management Development, Ottawa, 1995.

## 1.2. Panorámica del proceso de descentralización funcional en España: cénit y ocaso?

En España, es un hecho constatable que las diferentes instancias territoriales han decidido apostar por un sistema de organización basado en la descentralización funcional.

La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que consagró la descentralización funcional como principio de organización [art. 3.1 b)], supuso un primer intento por simplificar la normativa reguladora de los organismos públicos de la Administración General del Estado, dotándoles de una regulación uniforme y básica.

A pesar de las loables intenciones, la extrema rigidez de los modelos de gestión y la escasa autonomía otorgada redundaron muy negativamente en su operatividad, de forma tal que, durante los años siguientes a su entrada en vigor, se promovió la creación de modelos organizativos alternativos en la procura de un régimen de funcionamiento más flexible que el propuesto por la citada Ley. En definitiva, la legislación garante de uniformidad y seguridad se trocó en un serio obstáculo a evitar mediante el recurso a la creación de entes dotados de un régimen jurídico singular, muy al margen de las configuraciones generales de los organismos públicos<sup>17</sup>.

En el año 2006 se introduce en España un nuevo modelo de ente público por parte de la Ley 28/2006, de 18 de julio: las Agencias estatales. Como se desprende de la propia Exposición de Motivos de esta Ley, las circunstancias que clamaban por la introducción de un nuevo tipo de organismo público eran, esencialmente, dos:

- El hecho de que los ciudadanos no podían tener información clara acerca de los fines de los distintos organismos públicos existentes, los resultados de la gestión asumida por cada uno de ellos o la forma en que se responsabilizarían los gestores por el grado de cumplimiento de los objetivos previamente fijados.
- Las rigideces que presentaban los modelos de gestión y autonomía de los organismos públicos configurados por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado—en especial de los organismos autónomos— que dificultaban su funcionamiento y, por ende, la consecución de sus objetivos.

A través de la introducción del nuevo modelo de agencias se pretende: la incorporación a la Administración General del Estado de una fórmula organizativa dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión; el reforzamiento de los mecanismos de control de eficacia; la promoción de una cultura de responsabilidad por resultados en el marco de la Administración institucional del Estado y el establecimiento de un régimen general que permitiese la creación de organismos para los cuales la categoría de organismo autónomo o entidad pública empresarial resultase ineficiente.

<sup>17</sup> De un total de 138 organismos públicos que existían en el año 2006, casi el 35% (47 de ellos) presentaban la peculiaridad de disponer de un régimen regulador ad hoc. Esta cifra es muy considerable si se tiene en cuenta que tal categoría se acuñó como complementaria de las categorías generales (organismo autónomo y entidad pública empresarial) para regular una serie «limitada» de entes que, por sus peculiaridades y el mayor grado de autonomía respecto de la Administración General del Estado, no encajasen en las configuraciones generales.

Los años posteriores a la entrada en vigor del modelo de Administración institucional del Estado, hasta aquí descrito, fueron testigos de cómo las Comunidades Autónomas y las entidades locales se aproximaban progresivamente al mismo.

La estructuración de las entidades vinculadas a la Administración matriz autonómica es competencia de cada Comunidad; no obstante, la tipología de personificaciones no ha diferido en exceso de la estatal. Una primera razón justificativa de ello es el necesario respeto a la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, tal y como dejó sentado la STC 14/86, de 31 de enero<sup>18</sup>. Por otro lado, las fórmulas aplicadas en los procesos de transferencias y a la necesidad de las Comunidades Autónomas de contar «a tiempo» con una estructura organizativa que les permitieran gestionar rápidamente las competencias asumidas ha influido en la decisión de reproducir esquemas, dejando las innovaciones «para más adelante». Finalmente, y asumiendo una postura nada criticable, no cabe descartar que se haya producido un aprovechamiento de las experiencias organizativas ajenas.

El 22 de marzo de 2010, el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas aprobó el *Acuerdo marco para la sostenibilidad de las finanzas públicas autonómicas y locales*, en el que se plasman una serie de compromisos presupuestarios con el objetivo de avanzar en el ajuste estructural del conjunto de las Administraciones Públicas. Entre los acuerdos adoptados, las Comunidades Autónomas se comprometieron a elaborar, en el plazo de tres meses, planes de racionalización y eficiencia del gasto público. En 2011, un informe del Ministerio de Economía y Hacienda<sup>19</sup> analizó los planes de reordenación que, en este marco, han puesto en marcha las distintas Comunidades en lo que se refiere a medidas de supresión, transformación o creación de entes, incluyendo las posibles fusiones e integraciones, así como, en su caso, la enajenación de participaciones. A fecha 1 de julio de 2010, el número de entes inventariados era de 2.431 y las modificaciones previstas en la estructuración del sector se pueden resumir de la siguiente forma<sup>20</sup>:

- Las bajas previstas por las reordenaciones –sumadas a las no incluidas en ningún Plan– ascienden a 595.
- El proceso dará lugar a la creación de 81 nuevos entes, incluyendo los no previstos inicialmente.

<sup>18</sup> Esta sentencia se dictó como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad planteado contra algunos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 12/1983, de 22 de junio, reguladora de los principios ordenadores de la Hacienda General del País Vasco. Esta Ley regulaba la denominada «sociedad Pública Especial», configurada como un nuevo tipo de sociedad mercantil, pero diferenciado de los previstos en la normativa estatal, tanto dentro del campo estrictamente mercantil como del Derecho público. A tenor de la doctrina sentada en dicha sentencia, puede afirmarse que la constitución de la mentada sociedad no es conforme al ordenamiento constitucional, tanto si se atiende a su carácter público como a su condición mercantil. En el primer aspecto, por cuanto la personificación de las Administraciones Públicas, en cualesquiera de sus posibilidades legales, se ha de realizar dentro del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, siendo competencia exclusiva del Estado el establecimiento de sus bases (art. 149.1.18 CE); en el segundo aspecto, porque también es competencia del Estado la regulación de las empresas públicas con forma privada de personificación, ya que, a tenor del artículo 149.1.6 de la Constitución Española, a aquel compete la legislación mercantil.

<sup>19</sup> *Informe sobre la reordenación del sector público autonómico*, Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las entidades locales, Ministerio de Economía y Hacienda, 2011.

<sup>20</sup> Es preciso señalar que para la elaboración de este documento no se pudo considerar los entes relativos al País Vasco, pues no se disponía de información sobre los mismos.

- Tras la reestructuración, el número de entes ascendería a 1.917.
- La reducción neta sería de 514 entes, un 21,1% de los existentes a 1 de julio de 2010.

Sin tener en cuenta aquellos entes en los que participan varias Comunidades –un total de 40–, así como Ceuta y Melilla –que suman 32–, la estructura tipológica de las entidades que conforman el sector público autonómico sería la siguiente<sup>21</sup>:

- El 28,2% adopta la forma de sociedades mercantiles.
- Un 27% son consorcios.
- El 24,8% son fundaciones y otras instituciones sin fin de lucro.
- El resto, un 20%, engloba entes públicos, organismos autónomos, entidades públicas empresariales y otros entes.

Combinando todos los procesos de reordenación y el resto de medidas adoptadas, se puede decir que está prevista la baja de 595 entidades y el alta de 81, por lo que el efecto neto sería de una reducción de 514 entes. En cuanto a las altas, en su mayoría se producirían como consecuencia de operaciones de fusión o transformación relacionadas con los distintos procesos de reordenación. De cumplirse esta previsión, la disminución más significativa afectará al número de consorcios, que, en términos netos, se reducirían en 226 unidades (35,5%). Respecto a las sociedades mercantiles y fundaciones (u otras instituciones sin ánimo de lucro), la disminución prevista sería de 158 (23,8%) y 94 (16%), sobre las existentes a 1 de julio de 2010. Por último, para el resto de entes (que incluiría organismos autónomos, entes públicos y entidades públicas empresariales) la supresión afectaría a 36 (7,6%)<sup>22</sup>.

A efectos de este estudio, resulta relevante subrayar que más del 50% de las organizaciones pertenecientes al sector público autonómico son entes de Derecho privado. La personificación en este régimen se ha impuesto dentro del sector público, pero es un hecho fácilmente constatable que ello no ha deparado pingües beneficios. Los poderes públicos han acudido a la privatización formal de sus estructuras sin asumir las consecuencias que demanda el moverse en la esfera del sector privado: más competencia y mayor productividad. De ello, cabe colegir que, quizás, el problema no está en el régimen de personificación, sino en la posición de monopolio y ausencia de competencia –con las desfavorables consecuencias que ello puede tener en la productividad– de la que sigue disfrutando todo el entramado organizativo vinculado a las Administraciones Públicas.

## 2. LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS Y LA COMPETENCIA

Tras un sucinto análisis del proceso de descentralización funcional en España, se puede concluir que existe una marcada tendencia a la especialización organizativa y la constitución de

<sup>21</sup> Así pues, el total de entes objeto de este informe es de 2.359.

<sup>22</sup> *Informe sobre la reordenación del sector público autonómico*, Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las entidades locales, Ministerio de Economía y Hacienda, 2011, pág. 2.

entidades personificadas que pueden gestionar con cierta autonomía. De esta forma, se ha venido produciendo una proliferación de entidades –estatales y autonómicas– dedicadas a la gestión de sectores a veces coincidentes (por ejemplo, los puertos), pero con una delimitación de los límites dentro de los que debe moverse cada uno (los puertos de titularidad estatal son gestionados por entidades estatales y los de titularidad autonómica por las entidades autonómicas). Bajo ninguna circunstancia se ha pensado en que los ámbitos funcionales de estas organizaciones pudiesen converger en una intersección facilitadora de un marco competitivo, pues si esta situación se llegase a producir sería reconducida al marco de los conflictos competenciales y expeditivamente resuelta por los procedimientos regulados al efecto.

El administrado percibe que la Administración se especializa cada vez más y que se multiplica su volumen, pero también que esta sigue ejerciendo sus funciones desde una cómoda posición de monopolio que le permite no «ser inquietada» y que defiende con la espada desnuda.

En una primera aproximación al significado y al alcance de la Administración Pública, puede evidenciarse que esta se perfila como una organización con especialidades que la distancian notablemente de las privadas. En opinión de SUBIRATS, los aspectos más importantes que contribuyen a remarcar el perfil de las Administraciones Públicas son<sup>23</sup>:

- Los organismos públicos no escogen el ámbito de su actuación, sino que les viene definido estatutariamente, mientras el sector privado se sitúa donde contempla posibilidad de beneficios.
- Las instituciones gubernamentales tienen algunos privilegios y posibilidades coercitivas que no son usuales en el sector privado.
- El entorno de la gestión pública es mucho más complejo que el de cualquier organización privada por importante y voluminosa que sea, siendo la necesidad de negociación y transacción mucho mayor.
- Los organismos gubernamentales son mucho más vulnerables a las presiones de naturaleza política, que debido a su carácter electoral son a corto plazo, lo que dificulta la adopción de estrategias o la planificación a medio o largo plazo.
- La determinación de objetivos es mucho más confusa, ambigua y plural que en el sector privado.
- Existen pocas presiones estructurales internas en el sector público que conduzcan a una mayor eficiencia de la gestión. Las presiones son básicamente externas (políticas, fiscales...).
- Es difícil medir o evaluar el rendimiento de las organizaciones públicas, dada la inexistencia de «números rojos», de cuenta de resultados objetivables. No resulta fácil saber si se ha conseguido lo que se pretendía.

<sup>23</sup> SUBIRATS, J.: «La Administración Pública como Problema. El Análisis de Políticas Públicas como Propuesta», en *Documentación Administrativa*, núms. 224-225, 1991, págs. 15 a 58.

- El tipo de objetivos a conseguir (salud, medio ambiente...) dificulta la segmentación de los destinatarios de la actividad pública, con lo que ello implica de problemas en el uso de muchos instrumentos de mercado.
- El grado de visibilidad y control del sector público es mucho mayor, estando sometido a mayor presión de transparencia.
- Las diversas Administraciones Públicas están obligadas, a diferencia del sector privado, a actuar con respeto a los principios de equidad, con criterios temporalmente consistentes, y con la constante presencia del control jurisdiccional sobre todas sus actuaciones, lo que conduce a una mayor centralización y burocratización.
- La gestión de los recursos humanos está mucho más condicionada en el sector público, tanto en la selección, como en la exclusión o promoción de su personal, siendo muy difícil premiar la *excelencia* de la labor de cuadros y gestores.
- La gestión de los recursos financieros es mucho menos flexible que en el sector privado, dadas las formalidades presupuestarias y la existencia de controles de legalidad del gasto.
- La inexistencia de la sensación de riesgo, el predominio de lo perenne o estructural sobre lo coyuntural.

La organización administrativa es, principalmente, un sistema de articulación del que se sirve el poder político para utilizar las diversas capacidades humanas, empleando un conjunto de recursos humanos, materiales y técnicos<sup>24</sup>. Esta articulación presenta notables diferencias respecto a la utilizada en los sistemas organizativos privados como consecuencia de los diferentes condicionantes previos que les afectan; no obstante, si se parte de la idea de que la forma como se organiza la Administración es, además de una necesidad operativa, fuente de legitimidad ante la sociedad a la que sirve, cabría concluir que resulta poco ejemplarizante un poder público que magnifica el artículo 38 de nuestra Carta Magna mientras prescinde, absolutamente, de dicho principio en lo que se refiere a su organización interna. Salvo casos de inaplicabilidad derivada de las características de la actividad concreta, parece incoherente una prédica *ad extra* de las bondades de un postulado, renunciando absolutamente a su aplicación *ad intra*. Una apuesta por introducir cierto grado de competencia en la organización administrativa vendría a ser como un *ecce signum*, demostrativo de la confianza del poder público en este principio.

### 3. EL MONOPOLIO EN LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS NORTEAMERICANAS Y LA TEORÍA DE LA «REDUNDANCIA ORGANIZACIONAL»

«Tener lo justo para hacer el trabajo es una virtud que se proclama en la esfera pública americana. Poseer más, constituye redundancia y ello, como es sabido, supone un despilfarro». De esta forma comienza el libro titulado *Parallel systems: redundancy in government* obra del profesor norteamericano Jonathan BENDOR. Con estas palabras, el reputado autor parece sugerir que la prudencia en la Administración Pública implica el «empleo de lo mínimo» como basamento de la eficien-

<sup>24</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Organización Administrativa*, Tecnos, 1984, pág. 17.

cia. Dicho en otras palabras: una agencia no debe introducirse en los dominios de otra, pues duplicar esfuerzos es demasiado costoso<sup>25</sup>.

La intención de BENDOR, con esta llamativa apertura, es situar en primera línea un axioma que luego irá contrastando con experiencias prácticas de la gestión pública estadounidense para terminar cuestionado su indefectibilidad. De esta forma, a modo cartesiano, seguidamente hace notar que «ciertas circunstancias alertan de la posibilidad de que no toda duplicación es un exceso»<sup>26</sup>.

En opinión de BENDOR, la comparativa entre competencia y monopolio no han tenido cabida en el estudio de la Administración Pública americana, pues aunque la redundancia constituyese una propuesta atractiva, siempre se vería afectada por el mismo problema que el unicornio: carecer de referentes<sup>27</sup>. Precisamente por ello, su intención, a lo largo de la obra antes citada, es comprobar si en el algún momento se han podido dar de facto las circunstancias adecuadas para poder hablar de una «competencia por el mercado» en el sector público y, si esta circunstancia se produjo, cuáles fueron las consecuencias.

A modo de frontispicio para su exposición, trae a colación conocida operación de rescate de ciudadanos norteamericanos en Irán y se pregunta por qué se utilizaron ocho helicópteros si los planes militares señalaban que con seis era suficiente. La respuesta es obvia: porque los otros dos –teóricamente sobrantes– estaban destinados a prever posibles defectos de funcionamiento en la maquinaria de los que deberían entrar en acción<sup>28</sup>.

Como primer ejemplo, y continuando en el ámbito de la defensa, pormenoriza la dura competencia surgida entre la Marina, el Ejército y las Fuerzas Aéreas en relación con los *Intermediate-Range Ballistic Missiles* (IRBMs), ubicados temporalmente en los años cincuenta del pasado siglo. Las consecuencias de esta concurrencia en el mismo proyecto no pudieron ser más positivas: incremento de las alternativas, mejoras en la calidad de la proyección e importante ahorro presupuestario.

La elección de los supuestos estudiados por BENDOR no es, empero, una simple criba para quedarse con los exitosos y que favorecerían sus tesis, sino que analiza también aquellos cuyos resultados han sido más bien cuestionables, con la finalidad de extraer las oportunas enseñanzas. Tal es el caso del «Kings River Project», en el que la rivalidad entre el *Bureau of Reclamation of the Department of Interior* y el *Army Corps of Engineers* (entre los años 1937 y 1947) sobre la jurisdicción acerca del proyecto, generó una abundante fuente de material para los primeros estudios de «competencia burocrática». Entre estos primeros trabajos de investigación, cabe mencionar el de MAASS, quien extrajo una serie de consecuencias sobre los problemas generados por esta lucha abierta entre las dos organizaciones antes citadas<sup>29</sup>:

<sup>25</sup> BENDOR, J.: *Parallel systems: redundancy in government*, University of California Press, 1985, pág. 2.

<sup>26</sup> BENDOR, J.: *op. cit.*, pág. 1.

<sup>27</sup> BENDOR, J.: *op. cit.*, pág. 3.

<sup>28</sup> Véase nota 26.

<sup>29</sup> MAASS, A.: *Muddy Waters*, Harvard University Press, 1951, págs. 252-254.

- Se duplicaron los costes de planificación.
- El proyecto sufrió importantes demoras.
- El conflicto absorbió gran parte del tiempo y atención de los ejecutivos de ambas organizaciones.
- El Gobierno Federal perdió credibilidad frente a la opinión pública.
- A resultas del enfrentamiento, se enturbiaron las relaciones entre las dos agencias, dificultándose la ejecución de otras políticas de desarrollo.

Así pues, si bien la propuesta de introducir la competencia dentro de las organizaciones administrativas resulta sugerente, y ha funcionado de forma más que adecuada en ciertos casos, tampoco admitiría ser calificada como una panacea para curar todos los males. Quizás por ello, la opinión pública y los poderes públicos norteamericanos han decidido continuar por la vía del mantenimiento del monopolio en el ejercicio de las funciones administrativas.

Si se asumen las tesis del profesor VILLAR PALASÍ, la organización administrativa, al igual el problema de la división territorial, es fruto de una evolución histórica e inexplicable sin recurrir a tal perspectiva. No se trata de algo deliberadamente creado y, por ello, no admite ser totalmente cambiado con el simple recurso a la Ley<sup>30</sup>. Siendo esto así ¿cuál es el origen teórico de la defensa del monopolio en la organización administrativa norteamericana?

Los economistas políticos del siglo XVIII, defendían el mercado competitivo sobre el mismo basamento utilizado para hacerlo con la competencia entre poderes. Ambas cuestiones tendrían una fundamentación común y beberían de la misma fuente: la mecánica newtoniana y el principio de acción y reacción, interpretado como un «sistema compensatorio de intereses propios». No obstante, la emergencia de la Administración Pública americana era contemporánea con el surgimiento de otras formas organizativas de poder: las jerarquías corporativas<sup>31</sup>.

Las corporaciones de empresas que en ese momento se estaban consolidando, tienden a reducir la competencia horizontal y a coordinar los procesos de forma vertical. Así pues, influidos por tales propuestas y fascinados con esta forma nueva de organizar el poder económico, los primeros estudiosos de la Administración Pública desvían su atención de los economistas políticos que propugnan la competencia interorganizativa.

La admiración por las estructuras corporativas no quedó confinada en el ámbito estrictamente académico, sino que, en opinión de ciertos historiadores, ejerció una notable influencia sobre la clase media americana de finales del siglo XVIII. En este sentido, señala GALAMBOS que «cada vez más, el pueblo se enamora de la racionalización, el sistema y el control; el tradicional énfasis en el individualismo y la competencia comienzan a menguar. Frecuentemente, los nuevos valores eran reflejo de un deseo de emular a las grandes corporaciones de negocios»<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1977, pág. 270.

<sup>31</sup> BENDOR, J.: *op. cit.*, pág. 33.

<sup>32</sup> GALAMBOS, L.: *The public image of big business in America, 1880-1940*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1975.

En este contexto, no resulta sorprendente como, a finales del siglo XIX, personajes de la talla de Woodrow WILSON considerasen que la Administración bien podría regirse al modo de las grandes corporaciones, dadas las importantes similitudes que presenta con estas. Una vez hecha la comparación, la conclusión es obvia: hay que eliminar la competencia interna, tal y como propugna el modelo de las grandes corporaciones<sup>33</sup>. La integración en estructuras con departamentos unifuncionales presenta mejores perspectivas. Se trata de hacer monopolios, evitando conflictos internos, solapamiento de funciones y duplicaciones en organización, medios –personales y/o materiales– y actividades.

La defensa del modelo corporativo y su intrínseca bondad quedan bien evidentes en la célebrima metáfora de WILLOUGHBY<sup>34</sup>: la Administración es un mecanismo integrado y, si la medida del rendimiento de una máquina es su eficiencia, todos los conflictos en el seno de una organización gubernativa equivalen a la fricción en una maquinaria, siendo motivo de ineficiencias.

En definitiva, tras una somera contemplación de la doctrina acerca de la Administración Pública en Estados Unidos, permitiría distinguir dos grupos de opinión:

- La de los partidarios de la competencia entre organizaciones, tanto públicas como privadas, defendida por los economistas políticos del siglo XVIII.
- La de Woodrow WILSON<sup>35</sup>, W.F. WILLOUGHBY<sup>36</sup> y Leonard WHITE<sup>37</sup>, contrarios a la redundancia organizacional.

Para buena parte de la doctrina estadounidense, como se ha podido ver, minimización organizativa es sinónimo de eficacia y de ello deriva la fiabilidad del sistema; sin embargo, algunas experiencias han demostrado que utilizar más de lo inicialmente considerado como necesario puede ser una elección muy prudente. Introducir más de una agencia en la misma área de la gestión pública puede ser igualmente racional y sensato. Es cierto que ello pone en cuestión uno de los pilares básicos de la Administración americana y que la denominada «redundancia organizacional» parece contravenir los principios clásicos, pero debería otorgarse un margen a la duda. Al menos, si existiesen argumentos suficientes para ello.

No pocos autores han teorizado en contra del punto de vista que identifica, necesariamente, redundancia con ineficiencia. LANDAU, por ejemplo, ha señalado que la duplicación –de esfuerzos, organización o autoridad– puede implicar fiabilidad en lugar de falta de certeza, pues donde una agencia falla, una segunda puede obtener éxito<sup>38</sup>. Se trataría de extender el principio de «diseño de refuerzo» –muy utilizado en la ingeniería– a la teoría de la organización.

<sup>33</sup> BENDOR, J.: *Parallel systems: redundancy in government*, University of California Press, 1985, pág. 35.

<sup>34</sup> WILLOUGHBY, W.F.: *Principles of Public Administration*, Brookings Institution, Washington, D.C., 1927, pág. 81.

<sup>35</sup> WILSON, W.: «The Study of Administration», in *Political Science Quarterly*, 2(1), June 1887, págs. 197-222.

<sup>36</sup> WILLOUGHBY, W.F.: *Principles of Public Administration*, Washington, DC, Brookings Institution, 1927.

<sup>37</sup> WHITE, L.: *Introduction to the Estudy of Public Administrations*, New York: McMillan, 1939.

<sup>38</sup> LANDAU, M.: «Redundancy, rationality, and the problem of duplication and overlap», *Public Administration review*, 29 (4), a July-august, 1969, págs. 346 a 363.

Otra argumentación ofrece NISKANEN, para quien la competencia entre organizaciones públicas por la jurisdicción sobre programas genera un estímulo a la eficiencia que en situación de monopolio sería imposible conseguir, pues este, tanto en el sector público como en el privado, siempre implica una poco estimulante «vida tranquila»<sup>39</sup>.

El sistema burocrático, para Max WEBER, envuelve una elección racional, pero los actuales científicos sociales la ven de una forma menos positiva. Muchos e interesantes trabajos en teoría organizacional, desde mediados del siglo XX, han aflorado las limitaciones de la elección racional<sup>40</sup>. Herbert SIMON, por ejemplo, llama la atención sobre el hecho de que una organización está compuesta por personas racionales, pero falibles y cuestiona que pueda predicarse un mayor grado de infalibilidad del hombre-administrativo en comparación con el hombre-económico<sup>41</sup>.

Martin LANDAU sostiene que el adecuado acomodo de canales independientes de comunicación, decisión y acción puede deparar un grado de fiabilidad que un único canal, difícilmente podría conseguir<sup>42</sup>.

Finalmente, Burton KLEIN ha señalado la conveniencia de diferenciar entre la no fiabilidad organizacional de la unidad y la fiabilidad de la organización<sup>43</sup>. KLEIN, encontrando que la elección entre alternativas hecha en las primeras etapas de los proyectos suele quebrar en la puesta en práctica de las especificaciones, recomienda que el desarrollo de componentes cruciales para el proyecto debe ser asignado a equipos en competencia. La redundancia puede suponer que se propongan diferentes soluciones para un mismo problema, incrementando la probabilidad de descubrir un diseño satisfactorio. La redundancia hace que la organización sea menos vulnerable a los fallos de sus equipos, creándose una organización fiable a partir de unas piezas que no lo son.

## 4. COSTES DE AGENCIA, MERCADO DE CONTROL Y REDUNDANCIA

### 4.1. Concepto e importancia de los «costes de agencia»

En los estudios doctrinales sobre la empresa pública se ha venido poniendo de manifiesto que uno de los problemas a tener muy en cuenta es la evitación de los denominados «costes de agencia

<sup>39</sup> NISKANEN, W.: *Representative bureaucracy*, Aldine-Atherton, New York, 1971.

<sup>40</sup> BENDOR, J.: *op. cit.*, pág. 24.

<sup>41</sup> SIMON, H.: *Administrative Behavior: A study of decision making processes in administrative organization*, McMillan, New York, 1947.

<sup>42</sup> Véase nota 38.

<sup>43</sup> KLEIN, B.: «The decision-making problem in development» in *The rate and direction of inventive activity*, Report of the National Bureau of Economic Research, Princeton University Press, 1962, págs. 477-497.

gerenciales», esto es, los generados por la divergencia entre los objetivos de quienes ostentan la gestión efectiva de la entidad y los propietarios de la misma (accionistas).

Tanto en el sector público como en el privado se manifiestan «relaciones de agencia» entre los gestores y el principal (aquellos que encargan la tarea a los gestores), pero el problema se agrava en el ámbito público debido a que el encargado del control –que puede recaer tanto en el ejecutivo (Gobierno y/o Administración) como en el legislativo (Parlamento)– realiza un control basado más en la transacción política que en criterios de eficiencia económica. Por esta razón, no solo se corre el riesgo de que los gestores acaben persiguiendo intereses particulares, sino que cabe la posibilidad de que los propios controladores orienten sus prioridades, de forma exclusiva o preponderante, hacia la maximización de los votos populares y el incremento del montante presupuestario sujeto a su poder decisorio<sup>44</sup>.

#### 4.2. La superación de los «costes de agencia» y el «mercado de control»: la concurrencia como garante de la eficiencia

Las aportaciones científicas han propuesto una serie de mecanismos para controlar y mitigar los conflictos de agencia:

- En primer lugar, un elemento de control vendría constituido por la intervención de los consejos de administración de las empresas públicas como órgano de supervisión de los directivos. Particularmente interesante resultaría el caso de Japón, donde la calidad del control se debe a la eficiencia del consejo de administración de las sociedades. Parecida situación se observa en Alemania, donde el consejo de administración posee una elevada independencia, en buena parte debido al activo control ejercido por los inversores a través del «consejo de vigilancia en la empresa»<sup>45</sup>.
- En segundo lugar, respecto a los problemas de sobreinversión que surgen en la relación accionista-directivo, la doctrina propone dos mecanismos para mitigarlos. Por un lado, que el pago del *cash flow* libre se dirija a los accionistas, reduciendo la discrecionalidad directiva. Por otro, la emisión de deuda, ya que esta obliga a los directivos a desprenderse de fondos que de otro modo retendrían<sup>46</sup>.
- En tercer lugar, la remuneración del agente es un factor importante de alineación de intereses entre los accionistas y los directivos, sobre el que se puede actuar vinculando las mejoras retributivas al resultado de la gestión. En España, la más reciente legisla-

<sup>44</sup> GONZÁLEZ DE LA FE, P.: «Políticas de privatización: Los estudios sobre resultados», en GONZÁLEZ DE LA FE, P. y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, R.: *Políticas de privatización*, Dykinson, 2003, pág. 64.

<sup>45</sup> LOZANO GARCÍA, M.B.: «El mercado de control empresarial ante el conflicto de agencia accionista-directivo», en *Tribuna de Economía*, núm. 823, ICE, 2005, pág. 231.

<sup>46</sup> JENSEN, M.C.: «Agency Costs of Free Cash flow, Corporate Finance and Takeovers», *American Economic Review*, vol. 76, núm. 2, 1986, págs. 323 a 329.

ción apunta en este sentido. Así, la Ley 28/2006 prevé que una parte de la retribución del personal directivo de las Agencias Estatales se perciba como incentivo al rendimiento de acuerdo con lo que establezca el Consejo Rector de la Entidad<sup>47</sup>. Por otra parte, el actual Estatuto Básico del Empleado Público introdujo la figura del «personal directivo»<sup>48</sup> (a imagen y semejanza del *senior civil service* o de la *dirigenza*, propios de otras legislaciones europeas), con respecto al cual la comisión de expertos que redactó el proyecto recomendó que sus retribuciones (excluidas de la negociación colectiva funcional) se fijasen en función de los resultados de su gestión<sup>49</sup>.

- En cuarto lugar, la *Teoría de la Agencia* defiende que el «mercado de control» –posibilidad de que una empresa tome el control de otra si esta no maximiza su eficiencia– constituye un mecanismo para resolver los problemas de la agencia y que la simple posibilidad de una fusión puede ayudar a mitigar los conflictos entre los directivos y los accionistas<sup>50</sup>. Convertir al mercado en protagonista principal de vigilancia obliga a descartar cualesquiera medidas defensivas tendentes a impedir los procesos de toma de control (preceptos estatutarios al efecto o «acciones de oro») para que el «efecto disciplinario del mercado» funcione adecuadamente.

De las cuatro alternativas propuestas para la mitigación de los costes de agencia en la empresa pública, la teoría del mercado de control es, a efectos de este trabajo, la más sugerente, pues sostiene

<sup>47</sup> Artículo 23 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos:

«1. El personal directivo de las Agencias Estatales es el que ocupa los puestos de trabajo determinados como tales en el Estatuto de las mismas en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas.

[...]

4. El personal directivo está sujeto, en el desarrollo de sus cometidos, a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia, eficiencia y cumplimiento de la legalidad, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que le hayan sido fijados.

5. *El personal directivo percibe una parte de su retribución como incentivo de rendimiento, mediante el complemento correspondiente que valore la productividad, de acuerdo con los criterios y porcentajes que se establezcan por el Consejo Rector, a propuesta de los órganos directivos de la Agencia Estatal.»*

<sup>48</sup> Artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público:

«El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

*Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.*

Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

*El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.*

La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.»

<sup>49</sup> *Estatuto Básico del Empleado Público*, Informe de la Comisión, INAP, abril de 2005, pág. 70.

<sup>50</sup> LOZANO GARCÍA, M.B.: *op. cit.*, pág. 228.

que la generación de concurrencia dentro del mismo sector obliga a actuaciones gestoras más eficientes. Se trata de un ejemplo meridianamente claro de cómo la concurrencia de varias entidades en idéntico ámbito podría ahorrar unos costes que, especialmente en el ámbito público, se muestran ciertamente elevados.

## 5. SERVICIOS PÚBLICOS, SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL Y FACTIBILIDAD DE LA COMPETENCIA

### 5.1. La doctrina del servicio público y su cuestionamiento

En la actualidad, a la hora de atender las necesidades sociales –algunas de las cuales derivan de obligaciones constitucionales y/o legales–, existe una viva dialéctica entre dos diferentes modelos: el de mercado (basado en la liberalización, el Derecho de la competencia, la regulación y, en su caso, la privatización) y el público (cuya piedra angular es el concepto de servicio público)<sup>51</sup>.

La noción de servicio público ha supuesto, para un relevante sector doctrinal del Derecho Público, la justificación misma de la existencia del Estado. Así, el jurista francés DUGUIT sostuvo que el Estado se articula en mayor medida sobre el concepto de servicio público que sobre el de poder: «[...] L'État n'est pas comme on a voulu le faire et comme a cru quelque temps qu'il était, una puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants [...]»<sup>52</sup>.

Los últimos decenios del pasado siglo han sido testigos de cómo las ideas económicas de las Escuelas de Friburgo, Viena, Chicago y de la *Public Choice Theory* –respaldadas, desde el ámbito jurídico, por relevantes miembros de la doctrina administrativista y constitucional– han postulado que «servicio público» y «libertades públicas» son dos conceptos prácticamente incompatibles, considerando que estas últimas encuentran una mejor salvaguarda en el mercado, pues en él se combinarían, de forma óptima, las libertades y la eficiencia económica. Los puntos que permiten dibujar la generatriz de esta política son tres: privatización, gestión comercial y desregulación<sup>53</sup>.

- La *privatización* hace referencia a la venta de activos del Estado a empresas privadas. En el supuesto de que las empresas o activos vendidos permitan una actuación en régimen de competencia, la enajenación no ha implicado interferencia alguna; no obstante, cuando tal enajenación haya podido implicar la creación de un monopolio privado, se ha procedido a crear, al mismo tiempo, un organismo de regulación pública con la misión de velar por la no perturbación del mercado.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «Claves del nuevo Derecho administrativo económico», en *REDA*, núm. 135, julio-septiembre de 2007, pág. 423.

<sup>52</sup> DUGUIT, L., *Traité de Droit constitutionnel*, 3.ª ed., 1928, t. II, pág. 59.

<sup>53</sup> IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. et. al.: *Transportes. Un enfoque integral*, Servicio de publicaciones del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1994, pág. 125.

- La *gestión comercial* consiste en la búsqueda de rentabilidad por parte de las empresas y su basamento principal consiste en que las cargas sean soportadas por los usuarios y no por otros sujetos. Este postulado no elimina las ayudas públicas, pero las reduce de forma sustancial. Las ayudas, de existir, han de ser dirigidas al usuario y no a la empresa explotadora.
- La *desregulación* implica la supresión de encorsetamientos de carácter normativo en el funcionamiento del mercado, especialmente en lo que se refiere a la «libertad de accesos» y a la «libre tarificación». La pretensión es dejar amplios márgenes al mercado, aligerando la carga normativa establecida por los poderes públicos. Los partidarios de la desregulación propugnan que el número de normas relativas a los distintos sectores de la economía sea reducido al mínimo indispensable.

A diferencia de la teoría del servicio público, el sistema de mercado propugna el principio de la libre entrada de operadores en el respectivo sector, siendo su número fijado no como consecuencia de una decisión discrecional del Estado, sino por las disponibilidades del mercado (desde el punto de vista económico) y por las características técnicas del servicio (en el caso, por ejemplo, de las telecomunicaciones, debido a lo limitado del espacio radioeléctrico).

Esta «nueva crisis del servicio público» –no pocos entienden que el concepto de servicio público se ha encontrado en crisis, por su proverbial indefinición, desde su mismo surgimiento– se diferencia notablemente de otras en que se trata de un cuestionamiento de los pilares que fundamentan la actividad prestacional del Estado. La validez del concepto de servicio público no se discute exclusivamente en términos técnico-jurídicos, sino sobre la base de su carácter perjudicial para las libertades públicas. En este sentido, se ha llegado a afirmar que si al Estado no se le concibe más que como un conjunto de servicios públicos y estos gozan de una desmedida elasticidad en su determinación, se estaría justificando toda intervención del Estado y, por ende, cualquier restricción de las libertades, abriéndose el camino a la servidumbre del ciudadano<sup>54</sup>.

## 5.2. De los servicios públicos a los servicios de interés general: el caso de la Unión Europea

La expresión servicio público puede significar cosas muy diferentes en los diversos sistemas normativos, pues varias son las técnicas jurídicas que cabe emplear para dar respuesta al mismo fin político: asegurar a los ciudadanos una serie de prestaciones esenciales de forma general, regular y continuada. Este resultado puede ser alcanzado con alternativas tan dispares como el servicio público con *publicatio* y régimen exorbitante (sistema francés) o las *public utilities* garantizadas por vía de regulación de la actividad de los sujetos privados prestadores de la actividad (sistema anglosajón)<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> HAYEK, F.A.: *The road of serfdom*, University of Chicago Press, 1944.

<sup>55</sup> ROLDÁN MARTÍN, A.: «Los nuevos contornos del servicio público», en *Derecho Administrativo Económico*, CGPJ, 2000, págs. 17 a 56.

En aquellos supuestos en los que una extrema diversidad normativa ha aconsejado dotar de cierta uniformidad al tratamiento de las actividades antes citadas (caso de la Unión Europea), con la intención de no privilegiar a una u otra tradiciones jurídicas concretas, se ha optado por un concepto de carácter ecléctico: «servicios de interés económico general»<sup>56</sup>. No obstante, algún sector de la doctrina, como es el caso de TRONCOSO REIGADA, sostiene que la categoría de los servicios de interés económico general no es deudora dogmáticamente de la categoría del servicio público, sino que «esta categoría nace como ruptura frente al servicio público tradicional tanto en el plano jurídico como en el plano ideológico»<sup>57</sup>. Tal afirmación se sustenta en que el concepto de «servicios de interés general» parte del reconocimiento del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, por contraposición a la titularidad pública de la actividad inherente al concepto servicio público.

En el documento *Los servicios de interés general en Europa*<sup>58</sup> se procede a efectuar una definición de varios conceptos de especial importancia:

- *Servicios de interés general*. Actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas de servicio público.
- *Servicios de interés económico general*. Actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y están sometidas, por parte de los Estados, a obligaciones específicas de servicio público (servicios en red de transportes, energía y comunicación).
- *Servicio público*. Con esta expresión se designa tanto al organismo de producción como la misión de interés general que se le confía. Las obligaciones de servicio público específicas pueden ser impuestas por la autoridad pública al organismo de producción del servicio con la finalidad de favorecer o permitir la realización de interés general (por ejemplo, en materia de transporte aéreo, por vía férrea o en materia de energía).
- *Servicio universal*. Conjunto de exigencias de interés general a las que deberían someterse las actividades de interés general y que tienen por finalidad garantizar el acceso de todos los ciudadanos a determinadas prestaciones esenciales, con unos niveles de calidad aceptables y a un precio asequible.

En Europa, la tendencia a extender la libre competencia en todos los ámbitos ha pasado a los propios textos de los tratados constitutivos de la Comunidad. El artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas

<sup>56</sup> VILLAR EZCURRA, J.L.: *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, Civitas, 1999, pág. 208.

<sup>57</sup> TRONCOSO REIGADA, A.: «Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio públicos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, 1999, págs. 87 a 164.

<sup>58</sup> *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C-281, de 29 de septiembre de 1996, pág. 3.

confiada». Ahora bien, el propio Tratado de Funcionamiento se cuida de señalar que no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros<sup>59</sup> y, por ello, en base al denominado «principio del inversor en una economía de mercado», los Estados miembros pueden ser propietarios de empresas, dirigirlas y adquirir participaciones en las mismas. En consecuencia, la Comisión (órgano ejecutivo por excelencia de la Unión), no puede ni penalizar ni favorecer a las autoridades públicas que adquieran participaciones en determinadas empresas.

Las normas comunitarias someten a todas las empresas a las reglas de la competencia y no prejuzgan el régimen de propiedad de los Estados miembros ni obligan a privatizar sus empresas. Esta decisión depende de la voluntad de cada Estado y las decisiones al respecto han sido bien distintas: determinados Estados han optado por mantener su participación en el capital de empresas actuantes en el sector correspondiente (Holanda y Alemania), mientras que otros han decidido abandonarlo definitivamente (España).

La realidad ha puesto de manifiesto que desde el Tratado de Maastricht<sup>60</sup> se ha desencadenado un proceso de liberalización que ha afectado profundamente a la organización institucional de los servicios públicos de los Estados miembros. En este sentido, reputados administrativistas europeos han llegado a afirmar que se ha laminado la empresa pública, la existencia de un sector público fuerte y la intervención pública en la economía<sup>61</sup>.

Las empresas públicas europeas estaban acostumbradas a moverse en un contexto de ayudas financieras en orden a atender los servicios públicos encomendados, lo que las situaba muy al margen de las reglas de juego del mercado. Los servicios públicos se parapetaban en estos privilegios, a pesar de su asidua falta de rentabilidad, porque facilitaban empleo y/o atendían necesidades de desarrollo regional o social.

La actual normativa europea solo permite la no aplicación de las reglas de competencia a las empresas que prestan servicios económicos de interés general en los casos en que dicha excepción sea imprescindible para el adecuado cumplimiento de su misión. La posición de privilegio –y, por ende, la no aplicación del régimen común de la competencia– se contempla hoy como una excepción, pues la regla es el sometimiento de todas las empresas que prestan servicios públicos a los principios de mercado<sup>62</sup>. El Derecho Europeo de la Competencia –que principalmente se dirige a controlar la actuación *ad extra* de las empresas públicas o privadas– ha llegado a condicionar las potestades de organización de los servicios públicos de los Estados miembros, procediendo a limitar considerablemente sus posibilidades de mantener empresas públicas que los desarrollen en régimen de mono-

<sup>59</sup> Artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>60</sup> El Tratado de la Unión Europea (TUE) modificó sustancialmente el primigenio Tratado de Roma de 1957. El contexto político europeo, en aquellos momentos, se caracterizaba por importantes y profundos cambios como la caída del muro de Berlín (1989) –que dio lugar a la unificación de Alemania en octubre de 1990– y la descomposición de la Unión Soviética (1991). El TUE fue adoptado por el Consejo Europeo de diciembre de 1991 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Con la finalidad de añadir a las estructuras comunitarias integradas un sistema de cooperación intergubernamental en algunos ámbitos, se creó la Unión Europea.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ, T.R.: «Empresa pública y servicio público: el final de una época», en *REDA*, núm. 89, 1996, págs. 41 y ss.

<sup>62</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado*, Civitas, 1998, págs. 22 a 24.

polio. La jurisprudencia europea ha contribuido también a combatir con todo rigor los privilegios administrativos por considerarlos injustificados o desproporcionados, muy especialmente los derechos de exclusiva y monopolios.

Las instituciones europeas han pretendido que las consecuencias de sus exigencias en el plano organizativo no implicasen mermas en el nivel de prestación de los servicios. Para ello, se ha previsto la intervención de los Estados imponiendo a las empresas que operan en los sectores liberalizados obligaciones o cargas de servicio público, con la finalidad de asegurar la prestación y la calidad del servicio allí donde exista riesgo efectivo de que el mercado no funcione adecuadamente (falta de rentabilidad o reducción de los estándares de calidad exigibles)<sup>63</sup>. Esta es la razón por la cual la regulación de los servicios de interés económico general distingue entre las prestaciones susceptibles de ser realizadas satisfactoriamente en régimen de mercado y aquellas no aptas para una prestación competitiva (para las que el mercado no es capaz de generar la oferta necesaria o cuyos costes plantean serios problemas de financiación para los usuarios). En cuanto a estas últimas, la autoridad impone la prestación obligatoria a alguno de los operadores del sector, arbitrándose un sistema de compensación económica. Las «obligaciones de servicio público» han sido erigidas por la Unión en instrumentos de corrección de las ineficiencias del mercado.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, cabe afirmar que a nivel europeo se ha producido una apertura a la competencia en ciertos servicios (transporte, telecomunicaciones, etc.), anteriormente monopolizados por la iniciativa pública, inimaginable decenios atrás, confirmándose, por la vía de los hechos, que existen ámbitos de la actividad pública donde la concurrencia de más de un operador no solo no es imposible, sino que resulta aconsejable con la finalidad de beneficiar a los usuarios e incrementar la calidad del servicio prestado.

## 6. DEPURACIÓN TERMINOLÓGICA Y CLASIFICACIÓN

### 6.1. La correcta traducción del término «redundancy»

Una tarea ineludible en la introducción de una figura jurídica es analizar la finalidad que con ello se pretende y, por tanto, resulta más que procedente una depuración terminológica y conceptual que la haga reconocible y ubicable en el conjunto de instituciones jurídicas ya existentes. Así pues, es preciso analizar el vocablo *redundancy* y la correcta traducción que cupiese otorgarle en el idioma español, dotándole de la mayor precisión posible en orden a su operatividad.

José CADALSO, en su celeberrima obra *Cartas Marruecas*<sup>64</sup>, señala que las traducciones al español amontonan galicismos, italianismos y anglicismos que convierten a la lengua española en subal-

<sup>63</sup> ROLDÁN MARTÍN, A.: *op. cit.*, pág. 34.

<sup>64</sup> Carta XLIX.

terna de otras y defraudan el original de su verdadero mérito. Para eludir tales inconvenientes, propone un método: leer el original con todo cuidado, procurar tomarle el sentido preciso y, finalmente, cuestionarse cómo sería la mejor forma de expresar en castellano la idea que el texto ha producido en el lector. El literato sugiere evitar una simple transposición literal, repensando su significado y haciendo al término escogido plenamente apto para unas determinadas circunstancias de lugar y tiempo.

La traducción no es un mero cambio de una palabra por otra, sino una exégesis y efectuar esta operación supone una labor hermenéutica. Hans-Georg GADAMER sostiene que el conocimiento hermenéutico se manifiesta en la lengua, el habla o las situaciones de habla, las cuales, si se pretende una comunicación eficaz, deben estar ajustadas al «horizonte» de los hablantes y que «[...] Interpretar consiste en poner en juego los propios preconceptos, con lo que la intención del texto se hace evidente para nosotros a través de la lengua»<sup>65</sup>.

El término inglés *redundancy* suele ser traducido a nuestro idioma como «redundancia», pero el *Diccionario de la Lengua Española* define esta como «sobra o demasiada abundancia de cualquier cosa o en cualquier línea». De hecho, el lexicón señala que «redundar» consiste en duplicar o repetir exactamente algo, hacer una mera copia. Teniendo esto en cuenta, cabe afirmar que el término «redundancia» no resulta conveniente para indicar lo que se pretende conseguir, pues ni de lejos se está sosteniendo la mera duplicación de organizaciones.

En la doctrina, para hacer referencia a la aportación de BENDOR, se ha usado el término «duplicación de organismos». Tal es el caso de CASSESE, quien al comentar los ejemplos citados por el texto del autor americano indica que «se han creado organismos públicos duplicados con la finalidad de hacer una competencia entre ellos»<sup>66</sup>. No obstante, esta traducción no hace sino incurrir en los mismos problemas ya mencionados y haría inoperativa la transposición de la institución al ordenamiento patrio.

En la búsqueda de un término adecuado, y volviendo sobre el *Diccionario de la Lengua Española*, podemos encontrar el término «interferir» (proveniente del inglés *interfere* y que cabe traducir como «entrometerse» en algo) que significa cruzar, interponer algo en el camino de otra cosa, o en una acción. Siendo esto así, bien podría proponerse la utilización de los términos «*interferencias funcionales*», «*interferencias de atribuciones*» o «*interferencias competenciales*» para explicar lo que se pretende: que más de una organización pueda converger en un mismo contexto, que sus ámbitos funcionales puedan encontrarse sin que ello suponga una mera duplicación.

Al margen de las sugerencias de carácter léxico y conceptual, en lo que resta de exposición se continuará utilizando el vocablo «redundancia», como simple transposición al español de *redundancy*, con la finalidad de facilitar la identificación de los trabajos doctrinales –procedentes de la literatura científica anglosajona– que más han abordado la cuestión y que emplean, con general profusión, esta terminología.

<sup>65</sup> GADAMER, H.G.: *Verdad y método*, Ed. Sígueme, 2001.

<sup>66</sup> CASSESE, S.: *Las bases del Derecho Administrativo*, MAP, 1994, pág. 97.

## 6.2. Clases de redundancia

Tras el intento de precisión terminológica y conceptual, sería conveniente detenerse a analizar las posibles clases de redundancia que podrían tener cabida:

LANDAU señala que cabe distinguir entre redundancia pasiva (cuando una agencia entra en una función solo si faltan o fallan otras) y redundancia activa (en caso contrario)<sup>67</sup>. Para BENDOR, es más fácil evitar críticas en el caso de la redundancia pasiva, ya que en los Estados Unidos existen algunos casos concretos de utilización de la misma<sup>68</sup>.

Además de esta clasificación, desde estas líneas se proponen otras en virtud de diferentes criterios:

- En función de la etapa en la que se busque la competencia:
  - *Planificadora*. En los momentos iniciales de la proyección y en orden a conseguir mayor número de propuestas, alternativas y soluciones.
  - *Gestora*. En la fase de implementación o ejecución del proyecto.
- En relación con su origen:
  - *Voluntaria*. Buscada ex profeso por los responsables públicos.
  - *Involuntaria*. La producida como simple consecuencia de problemas en la delimitación competencial.
- Por el tipo de organizaciones entre las que se produzca:
  - *Interadministrativa*. La generada entre organizaciones administrativas personificadas.
  - *Intraadministrativa o puramente administrativa*. Producida en el seno de una misma Administración y entre sus propios órganos.
- Por el grado de competencia efectiva que se genere:
  - *Propia*. Cuando varias organizaciones administrativas pueden entrar y competir exactamente sobre la misma realidad. Por ejemplo, sobre la misma infraestructura (varias entidades públicas pretenden gestionar el mismo puerto).
  - *Impropia*. El poder público resuelve que organizaciones distintas entren a gestionar la «misma clase» de infraestructuras, pero no la «misma infraestructura»

<sup>67</sup> LANDAU, M.: «Federalism, redundancy and system reliability», *Publius* 3(2), 1973, 173-196.

<sup>68</sup> BENDOR, J.: *op. cit.*, pág. 29.

(varias organizaciones administrativas gestionan diferentes puertos, pero cada una lo hace sobre uno diferente, sin que lleguen a competir por el mismo).

- En función del nivel al que se pretenda instaurar la competencia:
  - *De primer grado.* Un sector de la actividad pública se abre de forma inmediata para dar cabida a varias organizaciones administrativas que compiten por captarla (se admite la entrada a la gestión del mismo puerto a más de una entidad pública).
  - *De segundo grado.* Un sector de la actividad pública se otorga en régimen de monopolio a una organización administrativa, pero esta resuelve conservar solo el control y abrir la gestión efectiva a otras organizaciones públicas (el Estado otorga la gestión de unos puertos a una autoridad central quien, a su vez, decide encargarse de la supervisión, pero dejar la gestión en manos de otras organizaciones que pueden entrar en régimen de competencia).
- Desde el punto de vista teleológico o de la voluntad real del poder público:
  - *Procompetitiva.* La redundancia que tiene por finalidad establecer una competencia efectiva entre organizaciones administrativas gestoras.
  - *No procompetitiva o simplemente estructural.* La finalidad perseguida por los poderes públicos no es establecer una competencia actual entre entidades, sino establecer un contexto en el que quepa la posible entrada de un competidor. En realidad, se trataría de mostrar a los gestores actuales –a modo de incentivo– que una falta de eficiencia por su parte, puede deparar su completa sustitución por una organización nueva.

## **7. LA COMPETENCIA ENTRE ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS EN ESPAÑA: DE LAS CENTRALES DE CONTRATACIÓN A LA GESTIÓN PORTUARIA**

### **7.1. La adhesión a los sistemas de contratación centralizada de otras Administraciones Públicas**

Una sucinta contemplación de la normativa española relativa a la organización administrativa permitiría concluir que nuestro ordenamiento no es proclive a admitir que varias organizaciones administrativas encuentren una intersección en sus espacios competenciales que les permitiese entrar, con escrupuloso respeto a la legalidad, en un mismo ámbito. Son muchos los preceptos de la legislación, tanto estatal como autonómica, que pueden señalarse, pero bastaría como ejemplo citar el artículo 11 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, que, al regular la creación de órganos administrativos, reza: «no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos» (art. 11.3 de la Ley 30/1992).

No obstante esta primera aproximación, lo cierto es que el legislador estatal ha ido introduciendo en sus más recientes textos ciertas novedades que parecen abrir la puerta a la factibilidad de la redundancia administrativa.

La alternativa de que unas Administraciones Públicas aprovechen la buena gestión de organizaciones ligadas a otras no está ausente en el Derecho positivo español. El artículo 205 de la Ley de Contratos del Sector Público (RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre), regulando la adhesión a sistemas externos de contratación centralizada, señala:

«1. Las Comunidades Autónomas y las entidades locales, así como los organismos autónomos y entes públicos dependientes de ellas podrán adherirse al sistema de contratación centralizada estatal regulado en el artículo 206, para la totalidad de los suministros, servicios y obras incluidos en el mismo o solo para determinadas categorías de ellos. La adhesión requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con la Dirección General del Patrimonio del Estado.

2. Igualmente, mediante los correspondientes acuerdos, las Comunidades Autónomas y las entidades locales podrán adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras Comunidades Autónomas o entidades locales.

3. Las sociedades y fundaciones y los restantes entes, organismos y entidades del sector público podrán adherirse a los sistemas de contratación centralizada establecidos por las Administraciones Públicas en la forma prevista en los apartados anteriores.»

Sin duda, se está en presencia de una especie de «selección por el mercado» de las organizaciones públicas más eficientes en el ámbito de la contratación –con las enormes ventajas que ello deparará en términos de costes de escala–, pues a la hora de adherirse a los sistemas de contratación centralizada de otras Administraciones, se tendrá muy presente cómo funcionan y qué ventajas puede reportar en términos de eficiencia.

La legislación contractual vigente parte de una situación inicial de redundancia interadministrativa (centrales de contratación diferentes para cada Administración Pública), pero, consciente o inconscientemente, admite que en el futuro se produzca una unificación de órganos de contratación centralizada sobre la base de la selección de los más capaces en el cumplimiento de sus tareas. Todo ello requerirá que las Administraciones abandonen los anquilosados y encorsetados criterios de estricta habilitación competencial para adentrarse solo en la eficiencia y el servicio al interés general.

## 7.2. La factibilidad de competencia entre entes públicos en el marco de la gestión portuaria

En orden a elucidar si los postulados de BENDOR resultarían aplicables a la gestión pública española, es decir, a la hora de comprobar si es posible introducir algún grado de competencia entre

las organizaciones administrativas españolas, puede volverse la mirada hacia las infraestructuras, un sector que está siendo objeto de constantes estudios y reformas. Particularmente atractivos en este aspecto resultan los puertos, grandes infraestructuras cuya gestión se efectúa en régimen de monopolio por el sector público.

La OCDE, y otras organizaciones internacionales del ámbito económico, han subrayado las ventajas que ofrece la introducción de la competencia en un determinado sector: estímulo a la innovación y la eficacia en las actividades; incremento de las posibilidades de elección por parte de los consumidores; refuerzo en la diferenciación de productos y servicios; mejor respuesta a las demandas de los consumidores y límite a una inmoderada reglamentación<sup>69</sup>.

En el ámbito de las infraestructuras conviene tener muy presente que son cuestiones bien distintas generar competencia entre las infraestructuras (puertos) y hacerlo entre los gestores de su explotación (gestores portuarios).

### 7.2.1. Competencia entre infraestructuras

La viabilidad de establecer la competencia entre infraestructuras es una cuestión controvertida que solo admitiría una respuesta cabal tras la valoración singularizada de cada caso concreto. Como ejemplo, y entrando ahora dentro del sector aeroportuario, una serie de investigaciones realizadas en Europa<sup>70</sup> han puesto de manifiesto que los grandes *hubs* aeroportuarios compiten con aeropuertos similares<sup>71</sup> y, en ciertos casos, con los grandes aeropuertos regionales. Por su parte, los grandes aeropuertos regionales pueden competir con otros de las mismas características, con los grandes *hubs* y con el transporte terrestre<sup>72</sup>. Según estos mismos estudios, los pequeños aeropuertos no suelen entrar en competencia con otros, salvo que estén próximos, tengan un tamaño similar y satisfagan una demanda coincidente.

El contexto más propicio para establecer la competencia entre infraestructuras responde a los siguientes postulados:

- Posibilidad de ofrecer los mismos o equivalentes servicios de transporte.
- Capacidad de los gestores para poder actuar sobre los costes (especialmente sobre el régimen tarifario), con la finalidad de que ello pueda trascender, posteriormente, en el precio que las empresas de transporte aéreo decidan exigir a los usuarios.

<sup>69</sup> Vid. OCDE, *Concurrence et restructuration des services publics*, 2001, pág. 10.

<sup>70</sup> Vid. *Study on competition between airports and the application of State aid rules*, Cranfield University, 2002. En contra de las opiniones proclives a implantar la competencia, se han venido produciendo en Europa alianzas entre ciertos aeropuertos, como el caso del plan de cooperación «Pantares» (Frankfort-Schipol) cuya finalidad es compartir experiencias en los ámbitos inmobiliario y comercial, así como poner en común sus servicios de tecnología de la información. Las alianzas entre aeropuertos tienen la posibilidad de convertirse en elementos óptimos para corregir las deficiencias de los sistemas aeroportuarios y para completar, por la vía de la colaboración, las relaciones entre diferentes subsistemas aeroportuarios.

<sup>71</sup> El nivel de competencia dependería de factores tales como la congestión y la existencia de transportes alternativos.

<sup>72</sup> En este caso, la posibilidad de competir dependería de si disponen o no de un buen acceso por vía terrestre.

- Condiciones óptimas de accesibilidad de las infraestructuras, pues, en caso contrario, con independencia del atractivo que presenten unas instalaciones los usuarios se decantarán por otro si el coste total del transporte (coste del transporte más el coste de accesibilidad) resulta más económico.

Existen cuatro factores básicos que influyen sobre el potencial atractivo de una infraestructura: las instalaciones físicas y técnicas, los costes, la gestión y su ubicación geográfica<sup>73</sup>. Si se procede al análisis prospectivo de los susodichos factores, cabría efectuar las siguientes consideraciones:

- En cuanto a los *costes*, será difícil encontrar espacios para la competencia si las autoridades gestoras no pueden modular las tarifas que cobran a los usuarios.
- En relación con la *ubicación geográfica*, resulta incuestionable que una mejor ubicación territorial implicará importantes ventajas, pero puede actuarse positivamente sobre este problema mejorando la intermodalidad y, por tanto, la accesibilidad a las instalaciones.
- Por lo que respecta a la *gestión*, se trataría de un aspecto dependiente de la habilidad de la organización gestora y solo quedaría fuera de su control un deficiente diseño del modelo jurídico-administrativo (defectos en la configuración organizativa del gestor) que determinase la falta de adaptación para dar respuesta a las cambiantes exigencias del mercado. Hecha esta salvedad, el resto recae sobre los hombros de los gestores de la infraestructura.
- Finalmente, las *instalaciones* constituyen un componente externo cuya alteración queda, en principio, íntegramente dentro de la esfera de decisión del gestor. En definitiva, es el elemento que puede resultar menos dependiente de apreciaciones subjetivas y cuya mejora es más fácilmente evidenciable.

Todos los factores señalados permitirán la comparación entre infraestructuras en términos disyuntivos, pero son la gestión y las instalaciones los que van a estar en manos del gestor. Por ello, es lógico colegir que si se abre a la competencia un sistema de infraestructuras una de sus inmediatas consecuencias será el incremento de las inversiones en la mejora y ampliación de las instalaciones. Este razonamiento, excesivamente abstracto, puede ser avalado con datos derivados de la experiencia. Tal es el caso de la reforma operada en España por la Ley de Puertos del Estado de 1992 y que optó por incentivar la competencia entre las infraestructuras portuarias.

Diversos estudios han señalado como la apertura a la competencia en el sistema portuario español ha venido acompañada de un incremento de la inversión (superior incluso al de la propia actividad portuaria), especialmente intenso en la partida correspondiente a las instalaciones<sup>74</sup>. Sin lugar a dudas, la inversión en instalaciones depara beneficiosos efectos sobre la economía general y sobre

<sup>73</sup> LIRN, T.C., THANOPOULOU, H.A., BEYNON, M.J. y BERESFORD, A.: «An application of AHP on Transshipment Port Selection: A Global Perspective», en *Maritime Economics and Logistics*, 6, 2004, págs 70 a 91.

<sup>74</sup> Vid. TRUJILLO, L. y NOMBELA, G.: «El sistema portuario español», en *Economistas*, núm. 80, 1999, págs. 417 a 424. Asimismo, GARCÍA ALONSO, L. y SÁNCHEZ SORIANO, J.: «Evolución de la inversión vs. evolución de la selección portuaria provincial», en *Investigaciones Regionales*, núm. 11, 2007, págs. 113 a 128.

la modernización de la infraestructura. Así, se producirá un notable dinamismo que tenderá a reactivar diversos sectores (especialmente el de la construcción y servicios) y, por otra parte, nunca está de más una mejora en las instalaciones con la finalidad de hacerlas más competitivas, aun teniendo en cuenta que esta no es requisito suficiente para el logro de mejores resultados en la captación de tráfico<sup>75</sup>. Ahora bien, una inversión en instalaciones que crezca más rápidamente que la propia actividad (piénsese en el anteriormente citado caso de los puertos en España) solo será posible por un periodo de tiempo determinado (periodo inicial de reformas estructurales para adaptar las instalaciones a las exigencias de la competencia), pero resulta obvia la insostenibilidad de la situación sine die.

La alternativa de introducir la competencia en un sistema de infraestructuras presenta el innegable atractivo de convertir a las piezas que lo componen en unos elementos competitivos, modernos y con buenas expectativas de futuro. Con todo, no debería obviarse un previo proceso de reflexión para cerciorarse de si el sistema está efectivamente en condiciones para competir e, incluso, acerca de si fomentar la competencia es la mejor forma de optimizar su gestión.

### 7.2.2. Competencia en la gestión de infraestructuras: el caso de los puertos españoles

Como se señalaba en líneas precedentes, en la procura de la introducción de un cierto grado de competencia en el segmento de las infraestructuras de transporte es cuestión bien distinta poner a competir a las infraestructuras entre sí que hacerlo en el plano de la gestión. De hecho, la condición de monopolio natural que caracteriza ciertas infraestructuras ha implicado que se procediese a introducir una «competencia por el mercado» en aquellos sectores donde las características inherentes a la actividad impiden establecer una «competencia en el mercado»<sup>76</sup>. El proceso competitivo se produce a través de un proceso de licitación (competencia inducida).

Tras haber analizado la competencia entre infraestructuras abierta en el segmento portuario, se analizará, a continuación, una opción escasamente explorada: la competencia entre gestores portuarios.

El primer pilar del modelo actual de gestión de los puertos españoles de interés general del Estado es el ente de Derecho público Puertos del Estado<sup>77</sup>, que ajusta sus actividades al ordenamiento jurídico privado (incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación), salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que se le atribuyen. El Ministerio de Fomento procede, anualmente, a la aprobación del Plan de Objetivos de Puertos del Estado y el sistema para su seguimiento. Entre las competencias que le corresponden a Puertos del Estado destacan: la ejecución de la política portuaria del Gobierno y la coordinación y el control de eficiencia del sistema portuario de titularidad estatal<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> VERHOEFF, J.M.: «Seaports competition: some fundamental and political aspect», en *Maritime Policy and Management*, núm. 8, 1981, págs 49 a 60.

<sup>76</sup> Vid. IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. y VASSALLO MAGRO, J.M.: «Concesiones de infraestructuras con plazos cortos», en *Revista de Obras Publicas*, octubre de 2002, núm. 3.425, págs. 119 y ss.

<sup>77</sup> Artículo 24 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

<sup>78</sup> Artículo 25 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

El entramado organizativo de gestión de los puertos de interés general del Estado está constituido por las Autoridades Portuarias, organismos públicos que, al igual que Puertos del Estado, ajustan sus actividades al ordenamiento jurídico privado, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público. Las Autoridades Portuarias desarrollan sus funciones bajo el principio de autonomía funcional y de gestión. Cada Autoridad Portuaria gestiona un puerto, si bien el Gobierno, mediante Real Decreto, podría otorgar la gestión de varios puertos ubicados en el territorio de una misma Comunidad Autónoma a una sola entidad<sup>79</sup>. A las Autoridades Portuarias les corresponden, entre otras, las siguientes competencias: la prestación de los servicios portuarios generales; la autorización y control de los servicios portuarios básicos; la ordenación de la zona de servicio del puerto y de los usos portuarios; la planificación, proyecto, construcción, conservación y explotación de las obras y servicios del puerto, así como la gestión del dominio público portuario<sup>80</sup>.

La distribución competencial y estatutaria sobre los puertos españoles sugiere una situación de claridad en relación a las competencias gestoras entre las entidades autonómicas y las entidades estatales. La cuestión, empero, no es tan pacífica como a priori pudiera parecer. En efecto, el artículo 3 de la Ley de Puertos del Estado, indica que los puertos comerciales dependientes de la Administración del Estado integran en la unidad de su gestión (principio de unidad de gestión) a aquellos espacios y dársenas pesqueras, así como los espacios destinados a usos náutico-deportivos situados dentro de su zona de servicio<sup>81</sup>. Este precepto fue estimado inconstitucional por algunas Comunidades Autónomas y recurrido sobre la base de una posible invasión de su esfera competencial por parte del Estado.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998, de 19 de febrero, el supremo intérprete de la Carta Magna rechazó la impugnación, estimando que el sistema de distribución de competencias en materia de puertos, al utilizar como uno de los criterios de delimitación el dato de que desarrollen o no actividades comerciales, hace inevitable que el legislador estatal concrete la clasificación de puertos en comerciales y no comerciales, sin que ello implique invasión competencial alguna.

Siendo incuestionable que «principio de unidad de gestión» le concede la competencia exclusiva al Estado sobre las dársenas deportivas existentes en un puerto de interés general, es preciso tener en cuenta ciertos aspectos de la cuestión:

- Nada garantiza que la gestión de la infraestructura vaya a ser más exitosa que la que pudiese realizar una Comunidad Autónoma. Es más, debe reconocerse la probabilidad de que estas últimas estén suficientemente preparadas y cuenten con equipos capaces para administrar este tipo de infraestructuras al gestionar un mayor número, dado que esta competencia es, por imperativo constitucional, enteramente suya.
- Las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva sobre turismo (siendo el segmento náutico uno de los más exitosos en los territorios del litoral español), pero

<sup>79</sup> Artículo 35.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

<sup>80</sup> Artículo 36 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

<sup>81</sup> Asimismo, podrán incluir en su ámbito espacios destinados a otras actividades no comerciales cuando estas tengan carácter complementario de la actividad esencial, o a equipamientos culturales o recreativos, certámenes feriales y exposiciones, siempre que no se perjudique globalmente el desarrollo de las operaciones de tráfico portuario.

es cuestionable la factibilidad de una gestión integral del turismo náutico en un territorio, careciendo ab initio de competencias para actuar en relación con todos los puertos deportivos en él ubicados.

Asumiendo que razones de índole constitucional imponen que los puertos deportivos enclavados en uno de interés general caigan dentro de la competencia estatal, al decidir la forma concreta que adoptará la gestión de un puerto de titularidad pública puede optarse bien por una gestión directa (aquella en la que la entidad pública conserva la dirección inmediata de la gestión) o bien por una gestión indirecta (donde la autoridad pública cedería la gestión inmediata, reservándose su control, reglamentación y supervisión), recurriendo a entidades ajenas.

Hasta el momento, decantarse por la gestión a través de un ente público ha implicado su otorgamiento –por vía legal– a una entidad dependiente de la Administración titular de la infraestructura (gestión directa descentralizada en régimen de Derecho Administrativo), pero ¿cabría explorar la opción de que fuese una entidad pública vinculada a otra Administración territorial la que se encargase de ello?

Por otra parte, la decisión de gestionar de forma indirecta una infraestructura –a través de una organización no vinculada a la Administración titular de la misma– ha venido siendo reconducida, necesariamente, a la búsqueda de alternativas en el sector privado. No obstante, nada justifica que una organización privada pueda satisfacer mejor las necesidades que una entidad pública. Es más, las organizaciones públicas están más acostumbradas a gestionar teniendo en cuenta el interés general que las organizaciones privadas, pues esta es su principal misión. Tampoco debe olvidarse que la gestión a través de formas societarias sometidas a la legislación mercantil impone una limitación de la responsabilidad en el éxito de la gestión al capital social, mientras que esta restricción no existe en el caso de los entes públicos. Y no es esta una cuestión menor. La amplitud de la responsabilidad que se asume cuando se gestiona por un ente público es un argumento muy a favor del compromiso con los resultados.

La solución a estas dudas, limitaciones e inconvenientes podría venir de la mano de una nueva visión de la gestión administrativa en la cual tanto las entidades públicas estatales como las autonómicas estarían habilitadas para entrar, recíprocamente, unas en los ámbitos funcionales de las otras de forma tal que, con independencia de la titularidad competencial, cada sector fuese atendido por la organización más eficiente.

La circunstancia de que desde el Estado se pudiese elegir entre la gestión de un puerto deportivo a través de la Autoridad Portuaria titular de la gestión del puerto de interés general y la Autoridad Portuaria de la Comunidad Autónoma, promovería una situación de cierta «competencia por el mercado» de gestión de los puertos deportivos de la que podrían salir muy beneficiados los usuarios. Mas no solo ellos, pues ambas organizaciones portuarias agudizarían sus sentidos para dotarse de los mejores gestores y las más adecuadas técnicas de gestión para evitar que sus resultados no satisficieran las expectativas. Los beneficios redundan en las dos partes: administrados y Administración.

La competencia administrativa dejaría de ser contemplada como una facultad de exclusión de otras Administraciones Públicas para centrarse en la dirección y control de actividades.

Esta técnica podría, por ejemplo, facilitar que cuando una Comunidad Autónoma estimase que la gestión por una organización estatal fuese la más adecuada lo hiciese así, sin necesidad de que la ineficiencia autonómica obligase a repensar la «devolución» de la titularidad competencial a su anterior titular: el Estado.

Si bien es cierto que seguir esta senda precisa de una modificación de la legislación vigente, parece fuera de toda duda que no implicaría una reforma constitucional, dado que se trata tan solo de arbitrar un título jurídico habilitante para esta gestión.

Una situación como la descrita supone la puesta a prueba de los gestores y la selección de aquellos más capaces en función de sus virtudes y no por una asignación en régimen de monopolio por la vía constitucional y/o legal.

## 8. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA REDUNDANCIA EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

### 8.1. Los aspectos positivos

#### *A) La redundancia en la fase de proyección hace menos vulnerable a la organización*

Burton KLEIN ha insistido en la conveniencia de diferenciar entre la «no fiabilidad organizacional de la unidad» y la «fiabilidad de la organización»<sup>82</sup>. KLEIN, encontrando que la elección entre alternativas hecha en las primeras etapas de los proyectos suele quebrar en la puesta en práctica de las especificaciones, recomienda que el desarrollo de componentes cruciales para el proyecto sea asignado a equipos en competencia.

La redundancia organizativa puede suponer que se propongan diferentes soluciones para un mismo problema, incrementando la probabilidad de descubrir un diseño satisfactorio. La redundancia hace que la organización sea menos vulnerable a los fallos de sus equipos, creándose una organización fiable (fiabilidad de la organización) desde unas partes no fiables (no fiabilidad organizacional de la unidad). KLEIN compara la eficacia de organizaciones simples con sus unidades<sup>83</sup>, pero, según BENDOR, se podría fácilmente extender la idea de redundancia a sistemas multiorganizacionales<sup>84</sup>.

En el ordenamiento español pueden encontrarse ejemplos de cómo la competencia en la fase de proyección –concretamente, en la determinación concreta de las necesidades de la Administra-

<sup>82</sup> KLEIN, B.: «The decision-making problem in development» in *The rate and direction of inventive activity*, Report of the National Bureau of Economic Research, Princeton University Press, 1962, págs. 477-497.

<sup>83</sup> KLEIN, B.: *Ibidem*.

<sup>84</sup> BENDOR, J.: *op. cit.*, pág. 27.

ción— se ve beneficiada con la aportación de distintas opiniones. Se trata de una figura recientemente introducida en la contratación pública: el diálogo competitivo.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, admite como procedimiento de adjudicación el diálogo competitivo (art. 138.2 RDLeg. 3/2011), caracterizado en su artículo 163 como aquel en el que el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. El diálogo competitivo ha sido diseñado para utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato (art. 180 RDLeg. 3/2011). La utilidad de esta figura es clara, pues la creciente complicación de las tareas a realizar por la Administración y los notables avances de la tecnología contribuyen a que esta pueda no tener una idea muy nítida acerca de las soluciones más adecuadas a sus problemas. Para salir de este atolladero, se abre la posibilidad a un diálogo entre Administración y potenciales licitadores con la finalidad última de encontrar lo óptimo. No se trata de competir para ofrecer las mejores condiciones en orden a llevar a efecto una previa resolución administrativa, sino de contribuir a fijar la voluntad misma de la Administración. En definitiva, se estaría dialogando en una fase claramente intraadministrativa.

### *B) La actuación concurrente de más de una organización administrativa es garantía de objetividad*

La Administración Pública se nos presenta en nuestro texto constitucional como una organización necesaria<sup>85</sup>, que se articula a partir de determinados principios y actúa con estricto sometimiento al principio de legalidad.

El artículo 103 de la Carta Magna representa la piedra basilar de las normas relativas a la organización administrativa —con la salvedad de las reglas relativas a la organización territorial<sup>86</sup>— y, según este precepto, las relaciones de dependencia jerárquica que vinculan a los órganos de las Administraciones Públicas. Pero el contenido de este mismo artículo 103 reza a que la jerarquía se haga compatible con otro principio de organización y actividad de la Administración: servir con objetividad a los intereses generales.

Una primera aproximación al significado que pueda darse al término objetividad es la efectuada por GARCÍA LLOVET<sup>87</sup>. La construcción del principio de objetividad es, para este autor, compleja y con un contenido diferente a la imparcialidad de los funcionarios públicos, que se configuraría

<sup>85</sup> MORELL OCAÑA, L.: «El *criterium* de la Administración Pública y el Derecho Administrativo contemporáneo», en *REDA*, núm. 29, 1981, pág. 269.

<sup>86</sup> GARCÍA LLOVET, E.: «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 131, mayo-agosto de 1993, pág. 75.

<sup>87</sup> GARCÍA LLOVET, E.: *op. cit.*, págs. 73 y 74.

como una regla constitucional ad hoc ubicada en el mismo artículo<sup>88</sup>. La objetividad en la organización y la actividad y la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones vienen a diseñar un modelo de Administración Pública donde la dependencia del Gobierno ha de cohonestarse con la neutralidad política de la misma Administración.

Otra aproximación a la inteligencia de este principio es la que ofrece SÁNCHEZ MORÓN, para quien la objetividad de la acción administrativa es la manifestación a este nivel del principio de igualdad, es decir, agotaría sus efectos, como principio informador de la organización y la actividad de la Administración, en la interdicción de la discriminación<sup>89</sup>.

Dentro de la doctrina italiana, CONTI entiende que la objetividad supone –en concreto en el proceso de adopción de decisiones– la participación de todos los intereses en presencia y que todos ellos sean valorados y tenidos en consideración<sup>90</sup>.

La perspectiva de CONTI resulta de especial interés para este trabajo, pues añade un vínculo entre imparcialidad y descentralización administrativa. Desde su interpretación del principio de imparcialidad, se pone en conexión la descentralización con la participación y esta última con la imparcialidad. Cuantos más sujetos (personas físicas o jurídicas, públicas o privadas) participen en la fase decisoria, más posibilidades existen de garantizar la objetividad.

*C) Las «inestabilidades» que genera la redundancia favorecen una selección de los gestores y las organizaciones más capacitadas, ajustándose las cuotas de poder y los recursos*

La utilización de formas organizativas redundantes puede provocar ciertas inestabilidades –lo que no siempre conlleva efectos desfavorables– en el sistema<sup>91</sup>:

- Cuando las agencias compiten por programas se ven todas amenazadas por pérdidas de poder y presupuestarias. Este aparente inconveniente se suele subsanar con adecuadas negociaciones y acuerdos de especialización, pues, a diferencia de las corporaciones industriales, las entidades públicas son más proclives a lograr acuerdos entre ellas y resolver de forma negociada sus diferencias. Por otra parte, tanto la pérdida de poder de las organizaciones descentralizadas como los ajustes a la baja en sus presupuestos

<sup>88</sup> El artículo 103.3 de la Constitución Española señala: «La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

<sup>89</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., «Notas sobre la función administrativa», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PREDIERI, A., *La Constitución española de 1978*, 2.ª ed., Madrid, pág. 681.

<sup>90</sup> CONTI, G.: *Organizzazione gerarchica e stato democratico*, Padova, 1989, pág. 161.

<sup>91</sup> BENDOR, J., *op. cit.*, págs. 42 y 43.

constituyen, hoy en día, uno de los postulados de las más recientes reformas administrativas.

- La redundancia en las estructuras burocráticas pueden provocar fácilmente una mayor movilidad en las jefaturas de las agencias. También aquí la inestabilidad tiene un aspecto positivo, pues la movilidad en la cúspide de la jerarquía administrativa tiende a consolidar a los gestores que consoliden mejores resultados.
- El éxito de una agencia en un programa puede deparar que otras abandonen ese ámbito, convirtiéndolo en un monopolio de la ganadora. En contrapartida, puede destacarse que el monopolio se habrá configurado sobre la base de una selección competitiva de la organización más capacitada.

## 8.2. Las sombras que proyecta la redundancia

Siguiendo a BENDOR, los inconvenientes de la redundancia administrativa cabrían ser agrupados de la siguiente forma<sup>92</sup>:

### A) *Los costes de escala*

La eficiencia económica parece aconsejar la fusión de actividades duplicadas en una misma organización para generar economías de escala. Este argumento es particularmente sugestivo cuando las economías de escala se refieren a productos físicos, pero las economías de escala administrativas son más difícilmente mensurables y, desde reputados sectores de la ciencia económica, se ha planteado que pasar por alto esta diferencia es tanto como confundir el tamaño óptimo de una planta industrial con el de una empresa. Una confusión de este tipo en el sector público podría resultar peligrosa, produciéndose concentraciones en niveles equivocados de la organización. Las fusiones en el seno de la Administración para obtener economías de escala son más habituales en los niveles bajos de la organización, mientras que las fusiones en niveles altos, suelen venir motivadas más por cuestiones de simbolismo político que por consideraciones de carácter sustantivo.

### B) *El coste de oportunidad*

En contextos de recorte presupuestario, los gestores de la Administración se muestran bastante sensibles hacia los «costes de oportunidad» asociados a la redundancia administrativa. Los recursos aplicados para satisfacer un objetivo no pueden dedicarse a tareas diferentes. Desde esta perspectiva, la redundancia depararía lagunas financieras que impedirán cubrir otras necesidades consideradas perentorias.

<sup>92</sup> BENDOR, J.: *op. cit.*, pág. 29.

### C) *La asunción de responsabilidades*

La imputación de responsabilidades por una defectuosa gestión se complica en una estructura redundante<sup>93</sup>, pues la multiplicidad de intervinientes dificulta la concreción de culpas.

## 9. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

SCHOPENHAUER se preguntaba si es la manera de vivir la que se regula según la organización o esta según aquella<sup>94</sup>. A primera vista, parecería que lo exacto es lo primero y que, en el orden del tiempo, la organización precede a la manera de vivir, de forma tal que un animal habrá adoptado el género de vida que mejor se acomoda a su estructura (el pájaro vuela porque tiene alas). No obstante, –y en la misma línea seguida por ARISTÓTELES cuando aseveraba que «la naturaleza hace los órganos para el oficio y no este para aquellos»– SCHOPENHAUER concluye que es el género de vida que el animal quería llevar para hallar su sustento el que determinó su estructura y no a la inversa.

Al hilo de lo anterior, y volviendo al tema que nos ocupa, se plantea una cuestión de si deben afrontarse los retos de la Administración actual sobre la base de un sistema organizativo ya dado o es más recomendable efectuar los cambios precisos para adecuar este a las necesidades de la realidad existente.

En nuestra opinión, la organización administrativa se ha venido admitiendo como una marmórea delimitación de lo posible y lo imposible, prácticamente ajena a la voluntad del poder público –que se toparía con un tótem sagrado– y, por lo tanto, un pesado lastre para las oportunidades de adaptación.

La falta de originalidad puede estar irrefutablemente justificada en evitar los peligros de la experimentación en contextos críticos y nuestra propia Carta Magna es un botón de muestra. Ciertamente, los bandazos organizativos incrementan las probabilidades de echar a pique la nave, pero la incondicionada y acrítica importación de técnicas del entorno tampoco es una panacea. Sin duda, se trata de una alternativa ágil ante situaciones comprometidas que demandan medios de solución contrastados y con resultados prontamente visibles; sin embargo, una planificación a corto plazo, y sin rumbo claro allende el horizonte, es «ir de victoria en victoria hasta la derrota final». Por otra parte, la experiencia demuestra que la última moda es siempre la penúltima.

El Derecho es un fenómeno complejo y puede contemplarse desde muy diversas perspectivas. En el marco de nuestra cultura jurídica –Derecho continental–, tres enfoques han tenido una especial relevancia: el formalista (que da lugar a las diversas formas de normativismo jurídico), el valorativo

<sup>93</sup> SCHULYER, W.: *Federal departmentalization: A critique of theories of organization*, Columbia University Press, New York, 1941.

<sup>94</sup> SCHOPENHAUER, A., *Sobre la voluntad en la naturaleza*, Alianza Editorial, Madrid, 1970.

(centrado en la dimensión deontológica del Derecho) y el realista (centrado en la eficacia). Ante este «tridimensionalismo jurídico», Manuel ATIENZA destaca que es factible un cuarto enfoque, consistente en considerar al Derecho como una técnica para la solución de problemas prácticos<sup>95</sup>. La tarea de construcción social consiste en introducir las referencias legales precisas que permitan a las instituciones operar de la forma deseada. Como señala MEILÁN GIL, las instituciones nacen para resolver problemas sociales y, en el caso de la Administración Pública, para hacer frente a problemas sociales y problemas políticos<sup>96</sup>.

La asunción de una perspectiva más funcional del Derecho Administrativo relativo a la organización tiene mucho que ver con la cultura jurídica de cada país y la española parece poco propensa, pero las estructuras existentes carecen de infinita flexibilidad.

Es preciso un esfuerzo de voluntad para crear una organización que responda a las necesidades, sustituyendo o adaptando lo obsoleto.

Un sistema jurídico no se construye en un día, ni solamente legislando, pero la evolución requiere de mudanzas razonables y prudentes. La incapacidad, intencionada o no, de abordar procesos de cambio en las organizaciones públicas evidencian una apoplejía en los niveles de decisión política que derivará en una parálisis de las extremidades del poder: el sector público. Ante semejante cuadro clínico, hasta el menos hábil de los galenos auguraría graves problemas en la salud del paciente.

En cualesquiera mercados, las organizaciones intervinientes han procurado siempre una posición de monopolio que garantice la maximización de los beneficios y la Administración –aunque los beneficios pretendidos no tuviesen, necesariamente, un contenido económico–no ha sido la excepción. No obstante, en la postura de la organización pública late una profunda incoherencia: desde las instancias gubernativas se reivindica una evitación de las posiciones monopolísticas en beneficio de los consumidores. La razón es una falta de cultura al respecto, pues la «competencia» no es una mera situación de hecho, sino una forma de pensar y proceder.

Algo pequeño pero ineficiente es costoso y el poder público no puede conformarse con perder menos en lugar de decidirse a ganar. No es el tamaño de la Administración, sino su capacidad para gestionar bien la que puede incidir positivamente en la superación de situaciones críticas. Es indudable que cuando algo de gran tamaño no funciona una reducción en sus dimensiones minora costes, pero tal solución solo garantiza tener organizaciones más pequeñas y menos costosas que seguirán sin funcionar. En una gran empresa entrada en pérdidas, ¿sería un alarde de buena gestión el optar por la reducción de plantilla y dimensiones sin valorar la alternativa de efectuar cambios estructurales y de producción que mejoren sus expectativas en el mercado?

<sup>95</sup> Vid. ATIENZA, M., «Derecho y argumentación», Universidad Externado de Colombia, *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997, págs. 20 y ss.

<sup>96</sup> MEILÁN GIL, J.L.: «El servicio público en el Derecho actual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 1, 1997, pág. 376.

Eliminar todo lo redundante es positivo siempre que esa redundancia no ofrezca más ventajas que inconvenientes.

La redundancia –como anteriormente se ha señalado para el caso de las centrales de contratación pública– puede ser un instrumento muy adecuado para reducir la organización administrativa sobre la base de generar una situación de competencia facilitadora de una «selección natural» de las organizaciones más competitivas. La alternativa es una «selección racional» por parte de la autoridad pública que, como los datos ponen de manifiesto, no siempre ha deparado mejores resultados. Los criterios políticos que pueden afectar a esta última plantean el inconveniente de que eventuales cambios de Gobierno introduzcan criterios diferentes procediéndose a una cadena de reorganizaciones, generándose altamente costosa en términos de eficiencia.

La «selección natural» se muestra como más objetiva y con más posibilidades de estabilidad en el tiempo, pues las alteraciones en la organización vendrán como consecuencia de mejoras en el rendimiento y de la mano de organizaciones más capaces.

«Selección natural» (redundancia) y «selección racional» son dos mecanismos igualmente aptos en la procura de una exitosa reducción del sector público. El cómo y el cuándo aplicar cada uno de ellos dependerá del contexto.

A modo de epílogo de todo lo hasta aquí expuesto, cabría extraer las siguientes conclusiones:

- *El objetivo de mejorar la eficiencia del sector público requiere ciertas dosis de originalidad y voluntad de cambio.*
- *La generalización de la figura de los «servicios de interés general» a nivel europeo supone una confirmación de que ciertos sectores de actuación pública admiten el juego de la competencia.* En el marco de la Unión Europea se ha producido una progresiva apertura a la competencia de servicios anteriormente monopolizados por la iniciativa pública (transporte, telecomunicaciones, energía, etc.), respecto a los cuales, decenios atrás hubiese resultado extraordinariamente osado atreverse a pronosticar tan profundo cambio. Los hechos evidencian la existencia de ámbitos en la actividad pública donde la concurrencia de más de un operador no solo no es imposible, sino que resulta aconsejable para beneficio de los usuarios vía precios y/o calidad.
- *La redundancia administrativa puede favorecer una reducción del sector público sobre la base de la selección de los más eficientes.* El éxito de una entidad pública en un programa puede hacer que otras abandonen ese ámbito, convirtiéndolo ese espacio en un monopolio de la ganadora. En tal caso, se habrá llegado a la primigenia situación de monopolio, pero tras una eliminación de las organizaciones menos hábiles y con la supervivencia de las mejor preparadas. Al monopolio desde la competencia, a la unidad desde la diversidad.
- *La redundancia administrativa en la fase de proyección incrementa las probabilidades de éxito de los programas.* La redundancia organizativa en la fase de proyección

implicará diferentes soluciones para un mismo problema, incrementándose notablemente las probabilidades de una solución satisfactoria. La redundancia convierte a la organización en menos vulnerable a los fallos de sus unidades. La fiabilidad de la organización no puede hacerse depender de la infalibilidad de una sola de sus piezas.

- *Las características de las Administraciones Públicas como organización sugieren que el empleo de técnicas de redundancia puede apoyar su eficiencia.* Entre los aspectos más importantes que contribuyen a remarcar el perfil de las Administraciones Públicas como complejos organizativos muy diferentes a las organizaciones privadas destacan, en opinión de SUBIRATS, las pocas presiones estructurales internas que conduzcan a una mayor eficiencia de la gestión (las presiones son básicamente externas, como las políticas, fiscales...) y la inexistencia de la sensación de riesgo (con la lógica consecuencia del predominio de lo estructural sobre lo coyuntural)<sup>97</sup>. La introducción de un cierto grado de competencia produciría una presión sobre los gestores, que no deberían de procurar solo el mero cumplimiento de los objetivos marcados, sino atender a la eficiencia y calidad, pues, en caso contrario, cabría su sustitución. En este contexto, aparece un factor de riesgo que tiende a eliminar anquilosamientos estructurales de ineficiencia.
- *El principio constitucional de objetividad puede resultar beneficiado con la aparición de varias organizaciones administrativas actuando de forma concurrente.* Si la objetividad supone que en el proceso decisorio intervengan todos los intereses en presencia y que todos ellos sean valorados y tenidos en consideración, una mayor participación implica más posibilidades de garantizar la objetividad.
- *Los principales inconvenientes de la redundancia radican en el coste de oportunidad, la difícil mensurabilidad de las economías de escala administrativas y la dilución de responsabilidades.*
- *Los requerimientos de estabilidad presupuestaria y reducción de costes administrativos a medio plazo no tienen por qué verse afectados en un contexto de competencia en el sector público.* Si la competencia dentro del sector público es capaz de garantizar que los mejores equipos gestores se encarguen de las áreas más comprometidas se estará ganando y ahorrando, pues se estará siendo eficaz. No se trata de reducir el tamaño del monopolio para que cueste menos su ineficacia, sino de conseguir un contexto propicio para que alcance los objetivos propuestos con el menor volumen de recursos posible.
- *No es en absoluto criticable una mengua del sector público basada en una selección racional del poder público, pero hay que reconocer que ello conlleva la utilización de criterios políticos y que estos no son más objetivos que el propio funcionamiento de los organismos y sus resultados operativos.*
- *La reducción del sector público no es un fin, sino un medio.* La eliminación del déficit público puede erigirse en *conditio sine qua non*, pero el mero ahorro no satisface de modo directo el interés general. El objetivo último, la eficiencia del sector público,

<sup>97</sup> SUBIRATS, J.: *op. cit.*, págs. 15 a 58.

- cabe ser alcanzado a través de su reducción basándose en criterios de selección natural por concurrencia. Ello deparará, a posteriori, una reducción del gasto.
- *A la actual superpoblación del sector público se ha llegado sobre la base de una Administración obstinada por el monopolio en el ejercicio de las funciones públicas. Todos han querido tener lo mismo y todos han querido evitar una eventual concurrencia.*
  - *La circunstancia de que desde el Estado o una Comunidad Autónoma se pudiese elegir, a la hora de gestionar un sector de actividad, entre organizaciones vinculadas a otra Administración promovería una situación de «competencia por el mercado».*

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G.: «Principios de descentralización y de desconcentración», en *Documentación Administrativa*, núm. 214, 1988.
- «Significado actual de la noción del servicio público», en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, 1997.
- BACHELET, V.: *Profili giuridici della organizzazione amministrativa: strutture tradizionali e tendenze nuove*, A. Giuffrè, Milano, 1965.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Organización Administrativa*, Tecnos, 1984.
- BENDOR, J.: *Parallel systems: redundancy in government*, University of California Press, 1985.
- BILBAO UBILLOS, J.: «La privatización: concepto, objetivos y procedimiento», en GONZÁLEZ DE LA FE, P. y RENDEIRO MARTÍN CEJAS, R. (coord.), *Políticas de Privatización*, Dykinson, 2003, pág. 13.
- CASSESE, S.: *Las bases del Derecho Administrativo*, MAP, 1994.
- CONTI, G.: *Organizzazione gerarchica e stato democratico*, Padova, 1989.
- COSTAS, A. y BEL, G.: *Privatización y posprivatización de servicios públicos: riesgos regulatorios e impuestos ocultos. El caso de España*, CEPAL-SERIE Seminarios y conferencias, núm. 3.
- Cranfield University: *Study on competition between airports and the application of State aid rules*, 2002.
- DUGUIT, L.: *Traité de Droit constitutionnel*, 3.<sup>a</sup> ed., 1928, T. II.
- FAMA, E.F. y JENSEN, M.C.: «Separation of Ownership and Control», *Journal of Law and Economics*, vol. 26, núm. 2, 1983.
- FERNÁNDEZ, T.R.: «Empresa pública y servicio público: el final de una época», en *REDA*, núm. 89, 1996.
- GALAMBOS, L.: *The public image of big business in America, 1880-1940*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1975.
- GARCÍA ALONSO, L. y SÁNCHEZ SORIANO, J.: «Evolución de la inversión vs. evolución de la selección portuaria provincial», en *Investigaciones Regionales*, núm. 11, 2007.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Civitas, 1984.
- GARCÍA LLOVET, E.: «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, mayo-agosto de 1993.
- GONZÁLEZ DE LA FE, P.: «Políticas de privatización: Los estudios sobre resultados», en GONZÁLEZ DE LA FE, P. y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, R., *Políticas de privatización*, Dykinson, 2003.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «Claves del nuevo Derecho administrativo económico», en *REDA*, núm. 135, julio-septiembre de 2007.
- HAYEK, F.A.: *The road of serfdom*, University of Chicago Press, 1944.
- HARTLEY, K. y PARKER, D.: «Privatization a conceptual framework», en *Privatization and economic efficiency. A comparative analysis of developed and developing countries*, eds. A.F. OTT y K. HARTLEY, 1991.
- IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. et al.: *Transportes. Un enfoque integral*, Servicio de publicaciones del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1994.
- JENSEN, M.C.: «Agency Costs of Free Cash flow, Corporate Finance and Takeovers», *American Economic Review*, vol. 76, núm. 2, 1986.
- KLEIN, B.: «The decision-making problem in development», in *The rate and direction of inventive activity*, Report of the National Bureau of Economic Research, Princeton University Press, 1962.
- LANDAU, M.: «Redundancy, rationality, and the problem of duplication and overlap», *Public Administration review*, 29 (4), july-august, 1969.
- «Federalism, redundancy and system reliability», *Publius* 3(2), 1973.
- LIRN, T.C., THANOPOULOU, H.A., BEYNON, M.J. y BERESFORD, A.: «An application of AHP on Transhipment Port Selection: A Global Perspective», en *Maritime Economics and Logistics*, 6, 2004.
- LOZANO GARCÍA, M.B.: «El mercado de control empresarial ante el conflicto de agencia accionista-directivo», en *Tribuna de Economía*, núm. 823, ICE, 2005.
- LUCIFREDI, R. y G. COLETTI, G.: *Decentramento amministrativo*, Torino, 1956.
- MAASS, A., *Muddy Waters*, Harvard University Press, 1951.
- MINIS, H. y RONDINELLI, D.: «Promoting Economic Development and Employment Generation Through Decentralization in Senegal», *USAID Working Paper*, 1989.
- MORELL OCAÑA, L.: «El *criterium* de la Administración Pública y el Derecho Administrativo contemporáneo», en *REDA*, núm. 29, 1981.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado*, Civitas, 1998.
- NISKANEN, W.: *Representative bureaucracy*, Aldine-Atherton, New York, 1971.
- OCDE: *Concurrence et restructuration des services publics*, 2001.
- POSADA HERRERA, J.: *Lecciones de Administración Pública*, tomo I, Madrid, 1843.

- PRUD'HOMME, R.: «On the Dangers of Decentralization». *Policy Research Working Paper*, 1.252, World Bank, Washington, DC, 1994.
- ROLDÁN MARTÍN, A.: «Los nuevos contornos del servicio público», en *Derecho Administrativo Económico*, CGPJ, 2000.
- RONDINELLI, D.A., NELLIS, J.R. y SHABIR CHEEMA, G.: «Decentralization in Developing Countries: A review of Recent Experience». *World Bank Staff Working Papers*, núm. 581, Management and Development Series núm. 8, The World Bank, Washington, DC, 1984.
- SCHULYER, W.: *Federal departmentalization: A critique of theories of organization*, Columbia University Press, New York, 1941.
- SIMON, H.: *Administrative Behavior: A study of decision making processes in administrative organization*, McMillan, New York, 1947.
- SUBIRATS, J.: «La Administración Pública como Problema. El Análisis de Políticas Públicas como Propuesta», en *Documentación Administrativa*, núms. 224-225, 1991.
- TRONCOSO REIGADA, A.: «Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio públicos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, 1999.
- TRUJILLO, L. y NOMBELA, G.: «El sistema portuario español», en *Economistas*, núm. 80, 1999.
- VERHOEFF, J.M.: «Seaports competition: some fundamental and political aspect», en *Maritime Policy and Management*, núm. 8, 1981.
- VILLAR EZCURRA, J.L.: *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, Civitas, 1999.
- VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1977.
- WHITE, L.: *Introduction to the Estudy of Public Administrations*, New York: McMillan, 1939.
- WILLOUGHBY, W.F.: *Principles of Public Administration*, Brookings Institution, Washington, D.C., 1927.
- WILSON, W.: «The Study of Administration», in *Political Science Quaterly*, 2(1), june 1887, págs. 197-222.
- ZANK, N.S.: «Perspectives on privatization in LDC: encoraging economic growth and efficiency», en *Privatization and economic efficiency. A comparative analysis of developed and developing countries*, eds. A.F. OTT y K. HARTLEY, 1991.