

Trampas al solitario



Rafael Iturriaga Nieva
Presidente TVCP/HKEE

La denominada "huida del derecho administrativo" constituye una de las manifestaciones del débil pensamiento dominante que, legitimada por la moda neoliberal, se hace presente con desparpajo ante la impávida sonrisa de los representantes de la ciudadanía.

En principio, toda sociedad organizada se dota de normas para regular las relaciones entre sus miembros con el fin de procurar el máximo bien común con el mínimo de coerción individual. Se trata, como puede fácilmente comprenderse, de la sencilla plasmación del ideal democrático: Imperio de la Ley, Igualdad y Libertad individual.

El aseguramiento de ese bien común, implicará un control tanto más estricto en cuanto que las posibles consecuencias de nuestros actos puedan afectar más o menos severamente a los demás. Y si este sencillo paradigma democrático puede (y debe) aplicarse a todas las personas y los grupos con independencia de su particular poder o posición ¿Qué no diremos del más poderoso de todos, el Leviathan, el mismísimo poder público, el estado?

Parece, pues, evidente que si en virtud del Contrato Social hemos restringido la esfera de nuestra libertad para sujetarla, en bien de todos, a los dictados de la ley, mucho más deberá hacerlo la propia administración cuya vida entera es vida pública y plenamente sometida al

derecho, como no podía ser de otro modo y como proclama el artículo 103 de nuestra Constitución.

¿Cabe imaginar por un momento que los particulares pudiéramos disponer a voluntad del estatuto jurídico que nos resulte aplicable? ¿Podría diseñarse un traje cuyo usuario, poniéndoselo o quitándoselo a modo de disfraz, consiguiera que lo que sin él le estaba vedado le fuera permitido o viceversa?

Sin embargo no estamos hablando de una pretensión irreal o teórica, de hecho ocurre con cierta frecuencia. Así, por ejemplo, con el ánimo de eludir determinados impuestos, algunos avisados contribuyentes acuden al expediente de disimular ingresos o bienes haciéndolos aparecer ante el fisco como pertenecientes a distintas empresas y sociedades cuya verdadera actividad no resulta ser, en la mayoría de los casos, otra que la mera posesión jurídica de los mismos.

La diferencia de todo ello con la cuestión que ahora nos ocupa es que esta serie de "triquiñuelas" o "ingenierías" contables, fiscales y jurídicas son inequívocamente percibidas por los servicios de hacienda y por la opinión pública como operaciones de carácter más o menos fraudulento que, aún pudiendo pasar por el tamiz de una lectura formalista de la ley, resultan poco dudosas a la hora de recibir el reproche desde un punto de vista ético. ¡Algo es algo!

Pues bien, en la administración se producen hechos similares, con la diferencia de que, ante ellos, la crítica doctrinal, política e incluso la opinión pública, permanecen impasibles.

Analicemos el fenómeno:

La Administración, desde un punto de vista formal, es una organización creada y organizada por el derecho que utiliza recursos públicos y desarrolla unas políticas públicas; todo ello de modo profesional, eficaz y legal. Hasta aquí la teoría.

Pero la administración, desde una perspectiva práctica, está constituida por una red de personas, recursos, intereses, normas, estructuras, etc. que se relacionan entre sí y con la sociedad de distintos modos. En los procesos que tienen como centro al poder público intervienen múltiples actores que interpretan distintos roles y que obedecen a los intereses generales (como ordena la Constitución) pero que también, de modo inevitable, atienden intereses personales, políticos, corporativos, etc.

El Legislador, por su parte, desarrolla una extensa normativa cuyo objetivo general no es otro que el de embridar la poderosa máquina administrativa. Lo cierto es, sin embargo, que el legislador no hace en la mayoría de las ocasiones otra cosa que aprobar los proyectos que el propio Ejecutivo (cabeza de la Administración) le propone. De este

modo la normativa reguladora de la vida de la administración rara vez llega al Parlamento y tiende a desarrollarse a través de normas de rango reglamentario, es decir, normas de pura autotutela, constituyendo un entramado inmenso y laberíntico.

Padecemos, pues, digan lo que digan la Constitución y el sentido común sobre la primacía de la ley, de dos severas patologías: La hipertrofia normativa (hay mucha más regulación de la necesaria) y la deslegalización (lo que debiera ser Ley Formal no es sino Reglamento; lo que debiera ser Reglamento es Orden y finalmente, lo que de verdad orienta los procesos burocráticos termina resultando ser una Circular cuando no una mera práctica de conocimiento reservado a los "enterrados").

Contra estos problemas: magnitud elefantíaca, burocratismo, alejamiento de los verdaderos objeti-

vos políticos, etc. aparece triunfante la crítica neoliberal al Estado de Bienestar (presentado como paradigma democrático del "gran estado-hermano" orwelliano) postulando el adelgazamiento radical del estado; la caída de los impuestos; la limitación severa de las demás fuentes de financiación; la privatización o "devolución" al sector privado de prácticamente toda la ejecución de políticas públicas de contenido económico, etc.

Entre otros remedios para las reconocidas dolencias de lentitud, burocracia e ineficacia de la administración se ha venido proponiendo una receta consistente en la introducción en el quehacer público de modos y maneras importados desde la gestión privada o "empresarial", olvidando las lecciones de Webber respecto de que el burocratismo era una patología de las burocracias, no únicamente de las públicas, sino de las organizaciones en general.

Se olvidan, además, los papeles jugados por los distintos actores y los diferentes intereses que compiten en la Administración.

Así, contra lo que pueda parecer, la administración es un monstruo que tiene una cabeza pequeña y débil: el Gobierno. Pequeña por su número y débil por su interinidad; por el frecuente desconocimiento del terreno que pisa y por la aplastante conciencia que pesa sobre los políticos en activo de que el éxito de su gestión depende de la buena sintonía que logren mantener con las capas superiores del funcionariado a su cargo, de quienes, para bien o para mal, no solo les cabe esperar y desear obediencia y colaboración, sino que recibirán finalmente la mayor parte de las propuestas políticas que habrán de nutrir sus carreras políticas.

Se comprende, entonces, fácilmente que el burocratismo que de un modo teórico todo el mundo (el político, el jurista, el técnico, el periodista y el ciudadano) critica se encuentre férreamente cimentado en la normativa administrativa (al fin y al cabo sugerida/elaborada por los propios burócratas).

En estas condiciones resulta sencillamente ilusorio esperar el éxito de la introducción de técnicas o modelos de gestión ágiles y eficaces en la administración. El principio básico de cualesquiera técnicas de este tipo se basa en la flexibilidad, y esto es algo que resulta incompatible con el conjunto de normas, usos y costumbres de la administración.

Ante este "sueño imposible" la opción frecuentemente decidida ha consistido en extirpar el área de gestión de que se trate del seno de la paquidérmica administración para dirigirla hacia... ¡Eureka!: formas privadas de gestión empresarial, aunando felizmente lo que de bueno pudiera tener la definición del interés general aportado por la alta dirección (de titularidad política) junto con la indiscutida agilidad empresarial propia del libre mercado.

La realidad, tozuda, vuelve a dar la razón a Webber (y al Evangelio) y antes se contagian los vicios que las virtudes. Esto ocurre porque las predicadas virtudes de la gestión "empresarial" no son sino el fruto necesario de la adaptación competitiva de las empresas a los mercados y en el negocio del que estamos hablando (el desarrollo de políticas públicas) el mercado competitivo brilla por su ausencia.

Profundicemos en esta idea. La administración no debería, en efecto, suministrar a los ciudadanos bienes o servicios que el propio mercado ofrezca de modo eficiente y

Las predicadas virtudes de la gestión "empresarial" no son sino el fruto necesario de la adaptación competitiva de las empresas a los mercados y en el negocio del que estamos hablando (el desarrollo de políticas públicas) el mercado competitivo brilla por su ausencia

con equidad. La administración no debería tener "negocios" con los que ganar dinero ni ofrecer nada compitiendo con las industrias privadas y generando pérdidas para el erario público ni para los demás competidores, siempre y cuando, insisto, no haya poderosas razones de equidad (políticas) que así lo aconsejen.

Si el estado quiere actuar, por tanto, de un modo legítimo, será para proveer o garantizar un bien o servicio público concreto que el mercado no suministra suficientemente o en las adecuadas condiciones políticas por lo que al encontrarnos, entonces, ante un caso de "fallo del mercado", las ideales condiciones competitivas que habían de propiciar el éxito del nuevo modelo de gestión se volatilizan.

Por otra parte, en la puesta en marcha de este tipo de operaciones

empresariales públicas puede, con frecuencia, detectarse un trasfondo simulatorio.

El recurso fundamental con el que cuenta la administración para ejecutar sus acciones es el capital humano. Si la apelación a fórmulas de gestión empresarial se lleva a cabo en muchos casos con la declarada intención de "liberarse del corsé normativo" (compuesto, en buena medida, por disposiciones plagadas de rigideces y privilegios) ¿Cuánto tiempo podemos suponer que esa intención va a tardar en ser percibida por los empleados de la nueva empresa pública como una simple discriminación que rompiendo el sagrado principio de que "a igual trabajo, corresponde igual salario", establece una segunda categoría de gestores "sobreeplotados"?

He aquí una delicada cuestión pues, si realmente no competimos y

tampoco podemos gestionar con la pretendida flexibilidad propia del mundo empresarial... ¿Qué hacemos poniendo en marcha nuevas estructuras empresariales públicas?

Es como hacernos trampas jugando al solitario.

De una parte las estructuras administrativas, dada su reconocida rigidez, no desaparecen aún cuando su gestión sea transferida a una empresa. Por otro lado el recién creado ente mercantil se burocratiza a gran velocidad. En tal situación... ¿Qué hemos ganado? ¿Quién ha ganado? ¿Alguien pierde? ¿Qué?

Algo se ha conseguido, la huida del derecho administrativo llevada a cabo, naturalmente, "en aras de la mayor eficacia, eficiencia y flexibilidad", suele concretarse en el olvido de los procedimientos y de los principios que antaño ordenaban y regí-



an la contratación administrativa y en poca cosa mas. Es el ratoncillo que parieron los montes.

Sin embargo, resulta mucho decir que fuera ése, el procedimiento de contratación, el cuello de botella que impedía la feliz circulación del proceso administrativo y que con sus engorrosas exigencias volvía ineficientes los servicios públicos. Es mucho decir, pero se admite en la práctica con la mayor estolidez.

La Administración Pública en su conjunto tiene una relevante posición como comprador de bienes y servicios en el mercado. La participación del sector público en el PIB es muy significativa (45% de media en la Unión Europea).

Toda esa demanda pública es un jugoso botín (al mismo tiempo que una poderosa herramienta) por lo que el legislador, en algún momento de lucidez, obligó a que el acceso de los posibles contratistas se llevara a cabo con sujeción a principios de Publicidad, Concurrencia, Libertad e Igualdad de Oportunidades en definitiva.

Las compras, suministros y las grandes inversiones públicas constituyen el principal contacto entre

gestores administrativos y mercado, es decir, entre el interés general y el ánimo de lucro y son, por ello, ocasión propicia para la corrupción por lo que no faltan razones para enfocar, precisamente ahí, los mecanismos internos y externos de control y de fiscalización.

Obviamente, cuanto acabo de decir respecto de los contratos públicos en general es predicable, corregido y aumentado si cabe, para el suministro en condiciones de estricta igualdad del recurso número uno de la administración, es decir, del personal, cuyo acceso a la función pública deberá ser libre e igual y acorde con los principios de mérito y capacidad.

¿Cómo queda todo esto en la medida en que basculamos el peso de la gestión desde las administraciones generales hacia los distintos entes empresariales? Pues, como cabe suponer, cada vez mas difuminado.

Según nos alejamos por vericuetos "empresarializantes", los controles son mas débiles. Se distancian y diluyen las responsabilidades entre los distintos actores de la red, algunos de los cuales, interpretan, consciente o inconscientemente, un auténtico "papelón".

Comencemos por el Legislador al que, con harta frecuencia, se proponen enrevesadas disposiciones que abusando de múltiples torsiones semánticas, escritas en una jerga incomprensible y semiocultas en disposiciones adicionales o complementarias, terminan por desvirtuar algún control o requisito para habilitar, finalmente, al Ejecutivo (gestor y promotor de la legislación) a hacer, como suele decirse castizamente, "de su capa un sayo". En este sentido el uso y el abuso de la mastodónica "Ley de acompañamiento" de los Presupuestos es só-

lo un ejemplo, aunque significativo.

El Ejecutivo, a su vez, liberado por fin en su camino hacia una gestión eficaz de las hipotéticas trabas inherentes a la contratación administrativa, transfiere la responsabilidad de la política pública de que se trate, no ya a un alto funcionario profesional e inamovible que pudiera ser mas o menos correoso (sobre todo tratándose de cuestiones delicadas) sino (segunda "liberación") al siempre fiel y entusiasta gestor escogido de modo directo, ágil y flexible (es decir, personalmente).

Por último, el ente mercantil llevará a cabo (por sí o iniciando una cadena de subcontrataciones, ahora llamada "outsourcing") la gestión de que se trate, dotándose del personal que se le antoje, de los recursos materiales que interesen (evaluando de modo "empresarial y profesional..." lejos de las "rigideces" de las mesas de contratación de los concursos y de las subastas públicas), e incluso, como vemos en los últimos tiempos, allegando sus recursos financieros mas allá de todo presupuesto y mediante alambicados procedimientos en los que da la impresión de que nunca nadie tendrá que pagar lo que hoy se gasta. ¡Bendita ilusión contable!

¿Hace falta insistir?

Por su parte, ganan los "aparatos" de los partidos políticos y las castas de gestores afines a los antedichos aparatos. Ganan los contratistas mas dispuestos a "lubricar" sus intercambios con la administración. Crecen las organizaciones sociales mejor adaptadas al entorno burocrático, etc.

Pierden los legisladores y con ellos y por ello, pierde el control público y pierde el elector, el contribuyente, en definitiva, el ciudadano ■

Según nos alejamos por vericuetos "empresarializantes", los controles son mas débiles. Se distancian y diluyen las responsabilidades entre los distintos actores de la red