

ARROYO, Luis y UTRILLA, Dolores (dirs.): *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 257 págs.

Como bien se explica en la contraportada, «la Administración Pública de nuestro tiempo está llamada con mucha frecuencia a adjudicar derechos limitados en número. Estos derechos o recursos escasos pueden ser de lo más variado (títulos habilitantes, prestaciones públicas, subvenciones, contratos, plazas de empleados públicos, etc.) y, por tanto, su asignación está sometida a reglas muy diversas. Sin embargo, al mismo tiempo resulta visible que en todos estos ámbitos la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos plantea ciertos problemas característicos, así como las soluciones y tratamientos que proporciona la regulación sectorial tienden a menudo a converger, al menos en cierta medida». ¿Dónde se encuentra acaso la razón de ese proceso de convergencia? De inmediato se apunta: «El motivo reside en que en esas áreas la Administración ejerce una misma función consistente en adjudicar recursos escasos en situaciones de concurrencia. Y esa circunstancia común determina que su régimen jurídico, aun estando marcado por la diversidad y el pluralismo, presente algunos rasgos tendencialmente semejantes. Desde una perspectiva normativa puede incluso afirmarse que esos elementos homogéneos de carácter transversal representan la materialización sectorial de exigencias constitucionales comunes que, precisamente por ello,

deben ser identificadas y elaboradas dogmáticamente desde el Derecho administrativo general».

Nos encontramos, así pues, ante la enésima manifestación de la polaridad que desde la noche de los tiempos constituye la esencia misma del derecho administrativo y, probablemente, del derecho en general: el casuismo de la vida y de las correspondientes normativas, por un lado; y, por otro, la propensión del gremio de los juristas (propensión no solo natural y noble, sino incluso indispensable: desde Kant sabemos que sin *categorías* no se puede siquiera razonar y Max Weber, un kantiano de tomo y lomo, nos puso de relieve que, seamos conscientes o no, todo arranca de *tipos ideales*) a conceptualizar, lo que requiere a un proceso intelectual de abstracción.

Pero ese rasgo por así decir universal (que lo nuestro es tender puentes entre lo inmediato o incluso lo tangible y lo que por el contrario es general: el «vaivén de la mirada» de que hablara Martin Heidegger) tiene para los autores de este libro un estímulo específico, por así decir. La famosa Directiva de servicios de 23 de diciembre de 2006 parte de la ideología económica de que la oferta de actividades económicas puede y debe ser siempre ilimitada, de suerte que si así no sucede es solo por motivos artificiales (el «régimen de autorización»). De ahí que su agenda, como se dice ahora, consista en la eliminación de los mismos o al menos su adelgazamiento hasta donde sea posible: o bien libertad total, o subsidiariamente mera declaración responsable o comunicación previa o, en tercer lugar, y si no hay más remedio, autorización —de ámbito cronológico y geográfico ilimitado, ade-

más—pero con silencio positivo. Eso explica que los procedimientos administrativos correspondientes respondan al esquema bilateral más estricto: el interesado en desarrollar la correspondiente actividad económica y, frente a él, la Administración a cargo del interés público y a la que se trata de privar de las tentaciones —en esencia, entorpecer las cosas pidiendo más y más papeles— que en todo burócrata resultan congénitas. En ese esquema conceptual no hay espacio para terceros: si otros quieren desarrollar la misma actividad, lo que tienen que hacer es también ir a la ventanilla, porque en el mercado hay sitio para todos y en eso consiste precisamente si de verdad es un mercado, supuesto que donde los empresarios tienen que competir es en la calle, no en las covachuelas funcionariales: «toda oferta crea su propia demanda», como explicó hace más de dos siglos Jean-Baptiste Say.

No es esta la ocasión para discutir los fundamentos de esa manera de pensar (por lo demás, la propia del derecho administrativo con carácter casi universal y no solo en sus planteamientos más liberales: lo que se trata de regular mediante la planificación urbanística no es sino la oferta de suelo, por ejemplo), que la ciencia económica ha abandonado desde que Keynes le dio la vuelta a la perspectiva y puso sobre la mesa que es la demanda la que tira de la oferta y no al revés. Y lo cierto es que el autor de la propia Directiva fue el primero en caer en la cuenta de que hay escenarios en los que el punto de partida —el carácter ilimitado de la oferta, al menos potencialmente— no responde a la realidad. A tan elemental constatación —por escasez de recursos naturales o de las necesi-

dades técnicas que se pueden utilizar— se debe el art. 12, que es, por así decir, un cuerpo extraño dentro del sistema, como acredita su propio rubro: «Selección entre varios candidatos». En tal caso, el número de autorizaciones disponibles está limitado. Y lo que se pide a los Estados miembros es que apliquen «un procedimiento de selección entre los posibles candidatos en el que se den todas las garantías de imparcialidad y transparencia y, en concreto, se haga la publicidad adecuada del texto, el desarrollo y la finalización del procedimiento». Son todas ellas cautelas muy importantes, pero al cabo meramente instrumentales con respecto al bien jurídico de fondo, que no es otro que el principio de igualdad entre los candidatos, que por cierto han de ser cuanto más mejor y de ahí la exigencia de que el «procedimiento de selección» —por definición, iniciado de oficio— empiece con «la publicidad adecuada». En resumidas cuentas: que, en estos casos, y aun tratándose formalmente de autorizaciones, en realidad lo que se ha de aplicar es algo parecido a la legislación de contratos del sector público. Porque, palabras aparte, en el fondo estamos ante eso.

Llegamos así, una vez más, al art. 14 de la Constitución, probablemente (y aun aceptando su intrínseca complejidad interpretativa: los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad son indeterminados hasta el extremo) el más importante de todo su texto. En cierto sentido, lo que la norma nos exige es algo así como un ajuste de cuentas con nuestra historia: los poderes públicos españoles se comprometían a ser neutrales de verdad y a no utilizar sus atribuciones para favorecer al amigo (o in-

cluso al familiar) y perseguir al disidente. Una auténtica revolución —el reino feliz de los tiempos finales— en el país de las mercedes enriqueñas del siglo XIV o de las concesiones de ferrocarriles de mediados del XIX.

En lo más profundo del alma española anida en efecto algo parecido a un virus letal que hace que, cuando la gente accede a un cargo público (gente incluso inicialmente pacífica y ecuánime), su naturaleza cambie para peor y les salga el monstruo que llevaban dentro: debe ser eso que llaman la erótica del poder. En efecto, la legislación general de contratos públicos, desde el famoso Decreto de Bravo Murillo del ya remotísimo 1852, viene intentando objetivar las cosas (o al menos diciendo que lo intenta), pero la fortuna no termina de acompañar a tan encomiables empeños. Desde la Constitución (de 1978: también hace ya bastantes años) los ciudadanos llevamos viendo con nuestros propios ojos que los partidos políticos —el verdadero protagonista de nuestra vida pública toda, aunque el legislador administrativo se obstine en ponerse la venda y no quererlo ver— encuentran sus fuentes alimenticias en los contratistas de obras y servicios por las Administraciones controladas por ellos, lo que significa no solo que los precios que paga el contribuyente son artificialmente altos (de otra manera, no habría margen para el reparto), sino también que el proceso real de selección no coincide con el descrito arcangélicamente por las normas. Y las políticas concesionales que tienen por objeto las frecuencias de radio o televisión también nos ofrecen un repertorio muy completo de cómo se las gastan tirios y troyanos

cuando disponen de esa varita mágica que es el Boletín Oficial del Estado, de la que por cierto cabe apreciar, experiencia en mano, que más castiga con el silencio —quedarse fuera de tal o cual concurso— que con palabra alguna, por violenta que se antoje. Y eso por no hablar de la jurisprudencia penal sobre las contrataciones de los alcaldes de los pequeños municipios, que ahora merece un interés menor porque en muchas ocasiones ponen de relieve modos de proceder que están más cerca de la picaresca (en muchas ocasiones incluso sin la menor codicia para su propio bolsillo) que de la auténtica delincuencia.

En definitiva, que el reenvío que subyace al bienintencionado art. 12 de la Directiva (que, en caso de escasez y de consiguiente limitación del número de títulos disponibles para el desarrollo de una actividad, hay que actuar, aunque sea al precio de reintroducir burocracia, con un procedimiento único y siguiendo los dictados de la igualdad que es propia de la selección de los contratistas públicos, esto es, poniendo a cero el contador de los amigos y de los enemigos) se topa en España, y no solo en la historia lejana, con una realidad que —no siempre, por supuesto, pero tampoco con el carácter excepcional que sería de desear— se resiste tozudamente a adecuarse a tan seráficos mandatos.

El libro que estamos glosando, y que resulta de lectura obligada, no quiere entrar en esa escabrosa realidad. Diríase que sus autores han hecho un esfuerzo consciente por abstraerse de ella —esa ha sido su opción metodológica: dejar la sociología al margen— y razonar en términos puramente jurídicos, enten-

diendo este concepto en su acepción más formal. Baste repasar su estructura, a saber:

— Hay un magnífico prólogo del inolvidado Luis Ortega.

— El capítulo I constituye por así decir la presentación: «La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. Bases conceptuales y metodológicas». Son las páginas 25 a 46. Los autores son, con firma conjunta, los dos investigadores que han dirigido la obra.

— El capítulo II, de la página 47 a la 107, recoge por así decir el armazón dogmático del asunto: «Las bases constitucionales de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número». El autor es solo Arroyo. Se pasa revista uno a uno a los objetivos a perseguir en esta actuación administrativa, empezando, por supuesto, por la igualdad. Para pasar luego a disertar sobre todo lo demás: libertad, prestación, imparcialidad, objetividad, eficacia y transparencia.

— El capítulo III, «Las autorizaciones limitadas en número en el Derecho de la Unión Europea», páginas 109 a 137, constituye en esencia una exposición de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, lo que, en el contexto de la Directiva de servicios (que en esencia no constituye sino la codificación de una previa jurisprudencia, como se ha señalado mil veces), no debe extrañar. Su autor es un investigador holandés, Johan Wolswinkel.

— El capítulo IV, «El procedimiento administrativo de adjudicación de derechos limitados en número en el Derecho Administrativo General», páginas 139 a 203, es obra de un estudioso alemán, Ferdinand

Wollenschläger, y, aunque en el título no se diga de manera expresa, es un análisis del ordenamiento germano en la materia. Y además con las maneras muy abstractas que en nuestros colegas teutones resulta proverbial desde la *Begriffsjurisprudenz*.

— En fin, el capítulo V y último, páginas 205 a 242, se ocupa de «La tutela de los competidores en los procedimientos administrativos de adjudicación». La pluma es de Silvia Díaz Sastre, que notoriamente es muy buena conocedora de la jurisprudencia contenciosa sobre adjudicación de contratos del sector público. Se distingue al respecto entre la tutela primaria o restitutoria y la secundaria (y, en teoría, de alcance meramente subsidiario, aunque acaba siendo lo más importante casi siempre) o resarcitoria, cuyo contenido es solo indemnizatorio. El estudio resulta muy completo, bien que, de nuevo sin duda atendiendo a unas directrices metodológicas que resultan respetables, se ha dejado al margen toda la jurisprudencia penal recaída en la materia en los últimos años, singularmente, se insiste, en relación con las Administraciones de los pequeños municipios. La España profunda y más irreductible.

El libro es, en suma, espléndido. Se trata, para decirlo volviendo a lo expuesto al inicio, de dotar de un armazón dogmático de naturaleza transversal —la palabra, en efecto, como hemos visto, se emplea literalmente en la contraportada— a esa pluralidad de actuaciones administrativas que al cabo consiste en repartir lo que, ay, no puede ser para todos. Y de ese armazón dogmático de primer orden —ahora, además, europeizado— hay que decir (es lo

más importante de todo) que toma posición y contiene un auténtico código o prontuario de buen gobierno, señalando cómo tiene que actuar el gestor de la cosa pública si es que, aunque milite en un partido político, quiere reconciliarse con la igualdad y la objetividad.

A ver si es verdad que los autores tienen éxito (el trabajo, digámoslo ya de una vez, se inscribe en el fondo de la mejor tradición regeneracionista, aunque lo haga evitando el tono de denuncia escandalizada que suele caracterizar a ese género literario) y las mercedes del primero de los Trastámaras en Castilla bajomedieval algún día, Dios lo quiera, se quedan solo como una reliquia del pasado. Que, a la hora de darle algo a alguien, se haga, para decirlo con las palabras tradicionales, *salvo iure tertii*, sin pisotear a los otros.

Libro imprescindible, en suma, para los estudiosos del derecho administrativo, sobre todo si andan, pobrecillos, en tareas de asesoramiento inmediato a los políticos.

Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO
DE ALBORNOZ
Universidad Politécnica de
Madrid

ESTEVE PARDO, José: *El Estado garante. Idea y realidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, 111 págs.

La última y profunda crisis económica y de financiación del sector público le ha dado un nuevo sesgo a la cuestión ya muy manida de la

crisis del Estado del bienestar, por la importación a este terreno de un concepto, el de sostenibilidad, que nació vinculado al medio ambiente y que se convierte aquí en sostenibilidad financiera. Es importante destacar que nadie defiende abiertamente un cambio del modelo social que representa el Estado del bienestar, ni se pone en cuestión el entramado constitucional que está en su base, es decir, el Estado social, sino que lo que se proponen son estrategias para salvar todo lo que se pueda de sus logros. De esta tentativa, el Estado y las funciones que desarrolla no han salido indemnes, aunque cada vez es más evidente que el término «neoliberalismo» no define con precisión estas transformaciones, al menos si con él se pretende significar un retorno al papel que el Estado desempeñaba en los inicios del constitucionalismo contemporáneo, porque más bien lo que se está produciendo es una búsqueda de vías para salvaguardar los fines y objetivos del Estado social, haciéndolos financieramente sostenibles y asumiendo al mismo tiempo el protagonismo que ha ido ganando la iniciativa privada, con el fin de conservar el Estado del bienestar en la medida de lo posible.

Esta cuestión, que, junto con el desafío al que se está viendo sometida la seguridad pública por el terrorismo globalizado, quizá sea una de las más relevantes para el derecho público y la ciencia política en nuestros días, ha sido objeto de atención por parte del profesor José ESTEVE PARDO, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona, en algunos de sus estudios más recientes, que aportan reflexiones muy sugerentes. Con el libro que ahora nos ocupa da un