

EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

MARCOS VAQUER CABALLERÍA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA APERTURA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA ECONOMÍA.—III. LA ACEPTACIÓN JURÍDICA DE LA EFICIENCIA Y SU RELEVANCIA PARA EL DERECHO PÚBLICO.—IV. LA EFICIENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *La potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa*. 2. *La potestad organizativa*. 3. *La ordenación de los recursos financieros, materiales y humanos*. 4. *El procedimiento administrativo y las técnicas de intervención*. 5. *Otras aplicaciones de la eficiencia*.—V. LA CAUSA GENERAL ABIERTA CONTRA ALGUNAS INSTITUCIONES PROPIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. SUS FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS E IDEOLÓGICOS.—VI. RECAPITULACIÓN FINAL.—VII. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA.

RESUMEN

La eficiencia ha tenido una amplia pero desigual recepción en el Derecho público español durante las últimas décadas y su estudio tiene que abrirse a las aportaciones de la ciencia económica. En este artículo se trata de teorizar la noción jurídica de la eficiencia y su alcance para nuestro Derecho administrativo, tanto desde una perspectiva general como también desde la más particular de la regulación económica, que permite aplicar y contrastar este marco teórico en algunas reformas recientes, como la de la regulación de los servicios.

Palabras clave: eficiencia; economía; regulación; servicios.

ABSTRACT

In recent decades, Spanish public law has widely yet unevenly come to accept the concept of efficiency, and to explain this it is necessary to acknowledge the contributions of economics. This article theorizes the legal notion of efficiency and its incidence in Spanish public law from an overall perspective and, specifically, from the viewpoint of economic regulation, by applying and checking the theoretical framework in the light of new reforms, such as the regulation of services.

Key words: efficiency; economy; regulation; services.

I. INTRODUCCIÓN¹

La ciencia del Derecho administrativo español ha vivido dos «edades de oro». Una fundadora, a mediados del siglo XIX, de la mano de los

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación «De los servicios públicos a los servicios de interés general: el futuro de la intervención pública en un contexto de crisis económica» (DER2009-09819), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Agradezco a los profesores Luciano PAREJO, Álvaro ESCRIBANO y Antonio DESCALZO las observaciones que han tenido la amabilidad de hacer al borrador.

liberales moderados como Posada Herrera, Colmeiro, De Burgos, Gómez de la Serna, Oliván u Ortiz de Zúñiga. Y otra de madurez, durante la segunda mitad del siglo XX, gracias a la que conocemos como la «generación de la RAP». Durante estos periodos —sobre todo el segundo—, nuestro Derecho administrativo se ha abierto a las corrientes dogmáticas europeas más relevantes y se ha hecho acreedor también de su respeto, se ha expandido a materias antes no exploradas y se ha armado de un aparato conceptual sistemático que ha contribuido a su formidable progreso como rama del ordenamiento y de la ciencia jurídica (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983a, 1999).

El primer periodo mencionado tiene lugar durante el Estado liberal del Derecho, pero entonces el Derecho administrativo responde todavía al paradigma del poder administrativo como poder ejecutivo y persigue su eficacia². Entre él y la segunda etapa aludida media, sin embargo, la poderosa influencia del liberalismo decimonónico alemán, que elabora la doctrina del Estado de Derecho, desarrolla el método jurídico y propicia una cierta «hipóstasis de la legalidad, elevando a la categoría de esencia del sistema lo que no es más que un elemento del mismo» (NIETO, 1986: 162)³. Su influencia sobre el Derecho público europeo se extiende durante la primera mitad del siglo XX y llega también a España de la mano de Royo Villanueva, Gascón y Marín o Fernández de Velasco (GALLEGO ANABITARTE, 1999: 88-89) y a través de la doctrina francesa e italiana (cuyos «padres fundadores», como Orlando o Santi Romano, están caracterizados por su «germanofilia», según CASSESE, 2010: 289).

La segunda etapa aludida es heredera directa de esta poderosa influencia y se forma, además, bajo un Estado autoritario carente de Constitución formal, durante la cual la doctrina española centró su atención en la necesaria «lucha contra las inmunidades del poder»⁴, esto es, en la plena sujeción del poder al Derecho. Su éxito ha sido proporcional a su mérito y, por ello mismo, sigue gozando de gran actualidad.

² En esta etapa temprana de la ciencia jurídico-administrativa española late con fuerza la preocupación por la eficacia de la Administración: «Poder es querer con eficacia: donde no hay voluntad para concebir y fuerza para ejecutar, allí no existe poder de ninguna especie» (COLMEIRO, 1850: 5).

³ Según Alejandro NIETO, «la ideología liberal ha encontrado en el Derecho administrativo uno de sus últimos reductos y han sido los administrativistas quienes mejor han sabido afinar las técnicas de paralización del Estado, por muy paradójico que parezca. (...) Para remediar esta situación, el Derecho administrativo tiene que empezar por reconsiderar el estrecho ámbito en donde él mismo se ha encerrado al cabo de siglo y medio de individualismo jurídico» (NIETO, 1975: 22, 25).

⁴ En las páginas iniciales de su libro así titulado, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (1983b: 11-12) escribe: «todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales».

Si bien este mismo éxito ha venido lastrando su necesaria adaptación y puesta al día de las importantes novedades que le han sido sobrevenidas (PAREJO ALFONSO, 2010: 958). Entre estas novedades tienen una especial significación dogmática dos: la Constitución de 1978 y nuestra integración en la Unión Europea a partir de 1986.

La Constitución española, en primer lugar, ha ratificado la plena sujeción de los poderes públicos al Derecho en general (art. 9.1 CE) y en particular la de las Administraciones públicas (art. 103.1 CE), bajo control judicial (art. 106.1 CE). Pero también ha dotado a la Administración de una legitimidad democrática indirecta a través de la función directiva que sobre ella ejerce el Gobierno (art. 97 CE) y le ha asignado una función proactiva (arts. 9.2 y 103.1 CE) de acuerdo con principios constitucionales que van más allá del sometimiento pleno a la ley y el Derecho: principios organizativos y funcionales como los de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. Y la integración en la Unión Europea está generando, asimismo, una verdadera mutación del Derecho constitucional y administrativo español (MUÑOZ MACHADO, 1993 y 2004: 312-325), como de los restantes Estados miembros, de la que veremos más adelante alguna manifestación a propósito de la regulación de los servicios económicos.

Sobre estas o similares bases, en varios países europeos, incluido España, se discute desde hace décadas la necesidad de una renovación del Derecho administrativo como ciencia. En la concreta formulación de Eberhard SCHMIDT-ASSMANN (2003: 26-27) —que ha ganado bastante notoriedad entre nosotros gracias a su capacidad de síntesis y a su traducción al español—, la ciencia del Derecho administrativo debe concebirse como una «ciencia de dirección» porque cumple una doble finalidad: la limitación del poder, sin duda, pero también la eficacia de la acción administrativa, lo que debería llevarnos a entender prohibido no sólo el exceso, sino también el defecto incurrido en esa acción. Como ya advirtiera prontamente entre nosotros Manuel COLMEIRO (1850: 11), «el gobierno no es sólo un escudo; es también una palanca». Entre las principales características de esa ciencia del Derecho administrativo como ciencia de dirección destaca, a los efectos que interesan para estas páginas, su concepción como un *sistema dinámico y abierto* que debe integrar, dentro del dogma clásico de la vinculación al Derecho, otros parámetros de dirección y control como los criterios de *eficiencia* (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 4-5, 35; las cursivas son mías). En consecuencia, cobra protagonismo la preocupación por la organización y el funcionamiento de la Administración, junto al que tradicionalmente han desempeñado sus relaciones jurídicas con terceros.

II. LA APERTURA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA ECONOMÍA

Como se acaba de recordar, una de las características más destacadas de nuestra tradición científica ha sido su empeño por ceñir el Derecho administrativo a las pautas y los cánones metodológicos de la ciencia jurídica. La emancipación de la ciencia jurídica ha favorecido su progreso y madurez, como también ha propiciado una cierta comunicación respecto de las restantes ciencias sociales, con las que todavía dialogaba de forma natural y fluida el Derecho administrativo fundado por nuestros liberales moderados a mediados del siglo XIX. Hoy, alcanzado este objetivo emancipador y sin renunciar a él en absoluto, se oyen voces renovadoras que reclaman la apertura del sistema a otras ciencias sociales que lo enriquezcan, como la economía, la sociología o las ciencias políticas y de la Administración (NIETO, 1975: 30; PAREJO ALFONSO, 2010: 971).

El Derecho es un sistema en sí mismo, pero un sistema dinámico y abierto. El ordenamiento jurídico no sólo goza de validez y eficacia formal, sino que persigue tener eficacia material, efectividad y eficiencia (CALSAMIGLIA, en VV.AA., 1989: 142-146). Se reivindica como un orden de las relaciones sociales que procura su transformación y progreso⁵. Como tal orden, es esencialmente dinámico: muta y se autointegra permanentemente (VAQUER CABALLERÍA, 2010a: 15-16, 55-65). Por la misma razón, la dogmática jurídica no puede cerrarse a las restantes ciencias sociales, que investigan y explican el comportamiento de los sujetos y las relaciones que el Derecho ordena. Pues no cabe ordenar sin aprehender primero el objeto de ordenación.

Según las sugerentes palabras de HOFFMANN-RIEM, sin conocer ni tratar el área de la realidad de la norma (*Realbereich*) en la dogmática y la práctica jurídicas, el Derecho queda en una construcción teórica, un «juego de bolas de cristal en una torre de marfil» (en RUFFERT, 2007: 203). Y permanecer a salvo en la «ciudadela del Derecho», según una feliz metáfora de Andreas HELLDRIK (cit. *ibidem*: 206), protegidos por los fuertes muros trabajosamente construidos a lo largo de todo un siglo, ya no es una opción, porque hace décadas que el «caballo de Tro-

⁵ El preámbulo de la Constitución española de 1978 es elocuente de esta voluntad tanto de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular» como también de «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida». Esta dualidad encuentra su síntesis en la constitucionalización del Estado social y democrático de Derecho en el artículo 1.º, un Estado que no sólo sujeta a todo poder al Derecho (art. 9.1), sino que también le atribuye la misión de promover la efectividad de la libertad y la igualdad de las personas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2).

ya» de otras ciencias sociales los ha traspasado. Así las cosas, parece que la opción metodológica del Derecho y su fortuna como ciencia social en el futuro dependen más bien de saber dar «una respuesta competitiva» (COASE, 1978: 209).

Si esto es así con carácter general, cuánto más no lo es para el Derecho público en general y el administrativo en particular, que rige la «función ejecutiva» de las leyes y cuya historicidad o dinamismo es particularmente agudo. No existen muchos ejemplos de la apertura del Derecho administrativo contemporáneo español a las otras ciencias sociales, pero sí algunos notorios, como son el influjo desplegado desde la ciencia política a través de la noción de *gobernanza*, el que la doctrina sociológica de la *sociedad del riesgo* ha tenido sobre la elaboración del principio de precaución o el ejercido por la teoría económica de la *regulación* sobre nuestro Derecho público de la economía.

De entre las diversas ciencias sociales cuyo concurso cabe invocar interesa aquí en particular la ciencia económica. Porque la misión de la Administración pública es administrar, es decir, gestionar recursos escasos (personal, patrimonio, financiación) para la consecución de fines de interés general. Y la economía es justamente eso: la ciencia de administrar recursos escasos⁶. Luego la Administración es una organización económica de primer orden: porque administra los recursos del Estado y porque proyecta su actividad en todas sus formas (regulación, intervención, fomento, servicio público, iniciativa empresarial, planificación, información) sobre el mercado.

Esta confluencia entre economía y Administración pública⁷ y, en consecuencia, entre las ciencias económica y jurídica en el campo del Derecho administrativo se ha acrecentado en el Estado social, que añade a su legitimidad de origen la búsqueda de una legitimidad de ejercicio a través de su desempeño o *performance*, y en el que la actividad de las Administraciones públicas de garantía de las libertades de los ciudadanos cede protagonismo en favor de la prestación de bienes y servicios, así como de la dotación de las necesarias infraestructuras que

⁶ «Economía es el estudio de la manera en que las sociedades utilizan recursos escasos para producir mercancías valiosas y distribuirlos entre los distintos individuos» (SAMUELSON y NORDHAUS, 2010: 4). «El problema económico central es la asignación de recursos para satisfacer deseos o necesidades humanas», y es un problema porque las necesidades son, a efectos prácticos, ilimitadas, mientras que los recursos disponibles son limitados (LIPSEY y HARBURY, 1993: 7). «La economía es la ciencia de la elección racional en un mundo —nuestro mundo— donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas» (POSNER, 2007: 25).

⁷ Ya afirmada por Manuel COLMEIRO, uno de los primeros cultivadores en España tanto del Derecho administrativo como de la economía política: «la economía política ... es la ciencia de la administración pura» (1850: 13); «la economía política es la ciencia que demuestra, y la administración el arte que aplica» (1870: 17).

constituyen el entorno para los bienes y servicios que debe prestar la sociedad, sea de forma mercantil o solidaria. Tareas todas ellas atributivas y distributivas a las que es esencial optimizar el empleo de recursos (*input*) en la actividad de la Administración y la asignación de sus resultados o rendimientos (*output*), esto es, la economía.

Como ya se ha apuntado, la Administración del Estado social tiene atribuidos unos fines de transformación social de rango constitucional, al servicio de la efectividad de la libertad e igualdad de las personas y grupos (art. 9.2), y el mandato de ser eficaz en su servicio objetivo (art. 103.1). Muchos de esos fines se traducen desde la Constitución misma en mandatos de prestaciones públicas potencialmente universales y muy intensivas en el empleo de recursos (por ejemplo, en educación: art. 27, o seguridad social: art. 41). Así pues, el Derecho administrativo del Estado social de Derecho instaurado por nuestra Constitución está presidido por un amplio conjunto de derechos de prestación y principios rectores (todos los del capítulo III del Título I, pero no sólo ellos) que constituyen verdaderos «mandatos de optimización», según la conocida expresión de Robert ALEXY (2008: 67), y cuya consecución nunca es plena, sino secuencial e idealmente progresiva. La efectividad de esos principios y derechos consiste en realizar un bien o valor jurídico en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, por lo que constituye un problema económico (DOMÉNECH, en ORTEGA y SIERRA, 2009: 159-161).

La gestión eficaz de una matriz tan abierta de mandatos jurídicos de optimización demanda asimismo criterios jurídicos de optimización. Como veremos de seguido, el concepto de la eficiencia nos ofrece precisamente eso: criterios de optimización para la consecución de fines diversos con medios determinados o limitados. Esta correlación entre fines potencialmente ilimitados y recursos estrictamente limitados, ambos predeterminados por la ley, hace que la eficacia global de la Administración dependa de su eficiencia⁸ y provoca que la economía del sector público emerja como un problema esencial del Estado social.

En el Estado social, lo social y lo económico se funden en un magma inescindible (VAQUER CABALLERÍA, 2005). Y la continua crisis en que vive la cláusula social del Estado a partir de la década de los setenta del siglo pasado tiene un componente ideológico⁹, sin duda, pero su prin-

⁸ La Administración puede lograr uno o más de sus fines de modo ineficiente. Pero para ser globalmente eficaz debe ser eficiente, de manera que los ahorros logrados en cada una de sus actividades le permita dedicar más medios y alcanzar más objetivos en ella o en las restantes (eficiencia productiva) y que pueda maximizar los efectos sociales positivos y minimizar los negativos de dichas actividades (eficiencia asignativa).

⁹ No es la ideología la que ha provocado la crisis del Estado social en Europa, pero sí que condiciona su diagnóstico (mientras para unos se trata de una crisis de crecimiento, para otros

principal explicación es económica: las sucesivas crisis económicas (primero del petróleo, después de las empresas tecnológicas, hoy la inducida desde los sectores inmobiliario y financiero) han puesto en evidencia la fragilidad de su sostenibilidad, sobre todo financiera. Cómo supere el Estado social las crisis dependerá, en definitiva, de su eficiencia. Porque siendo un Estado *finalmente social*, se ha convertido en un Estado *modalmente económico*.

III. LA ACEPCIÓN JURÍDICA DE LA EFICIENCIA Y SU RELEVANCIA PARA EL DERECHO PÚBLICO

Los dos grandes criterios que utiliza la economía política o pública para valorar la racionalidad en la asignación de recursos e ingresos son la *eficiencia* y la *equidad* (STIGLITZ, 2000: 111; ALBI, GONZÁLEZ-PÁRAMO y ZUBIRI, 2009: 5). Y ambos han sido asumidos de forma cartesiana en el artículo 31.2 de la Constitución española, según el cual «el gasto público realizará una asignación *equitativa* de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de *eficiencia* y *economía*» (las cursivas son mías).

«Una economía es eficiente si no es posible hacer que nadie esté mejor sin hacer que otros estén peor». Así pues, la eficiencia de la economía es la maximización de los resultados deseados con los medios disponibles¹⁰. Ahora bien, «la eficiencia tiene que ver con *cómo lograr objetivos*; no dice nada al respecto de cuáles deben ser esos objetivos. Decir que el resultado del mercado es eficiente no significa que dicho resultado sea necesariamente deseable. (...) ¿Cuándo puede un resultado eficiente no ser deseable? Cuando no sea justo». Por ello, «le pedimos algo más que eficiencia a una economía. También le pedimos *equidad*: exigimos que la distribución de la utilidad entre los individuos sea razonablemente justa» (KRUGMAN y WELLS, 2006: 317, 325-326; las cursivas en el original).

es terminal) y su tratamiento (para los primeros, hay que redimensionar y ganar en eficiencia; para los segundos, «dar un entierro digno» a sus principales instituciones). La discusión sobre la vigencia de la doctrina de los servicios públicos en España es un paradigma de este debate.

¹⁰ Aunque habitualmente, en economía, cuando se habla de eficiencia sin más se suele identificar con la *eficiencia asignativa*, y más en particular con el óptimo de Pareto (como ocurre con la definición transcrita en el cuerpo de este texto), también se maneja el concepto de *eficiencia productiva* para referirse a la «situación en que una economía no puede producir más de un bien sin producir menos de otro bien; esto significa que la economía se halla en su frontera de posibilidades de producción» (SAMUELSON y NORDHAUS, 2010: 13, 687). Ambas pueden trasladarse a la Administración pública como organización económica y al Derecho administrativo como orden que rige tanto su producción como la asignación por ella de bienes y servicios, de manera que ambas son pertinentes al objeto de este trabajo.

La noción económica de equidad difiere de la jurídica utilizada, por ejemplo, en el artículo 3.2 del Código civil. En economía, la equidad se entiende como «distribución justa del ingreso» (SAMUELSON y NORDHAUS, 2010: 38). Más concretamente, alude a la justicia distributiva necesaria para favorecer la igualdad material (vid. STIGLITZ, 2000: 111-112)¹¹. En consecuencia, la equidad de la economía apunta a los valores superiores de la igualdad y la justicia proclamados en el artículo 1.1 de la Constitución, por lo que su asunción es consustancial al Derecho y no plantea problemas dogmáticos en nuestro Estado social y democrático de Derecho. Por la misma razón, los poderes públicos, y en particular la Administración, objetivamente dirigida al cumplimiento de los fines marcados por el Derecho del Estado social (arts. 9.2 y 103.1 CE), son, por su misma esencia, organizaciones al servicio de los valores superiores de la justicia y la igualdad, esto es, de la equidad tal y como la concibe la economía.

Con lo afirmado en el párrafo anterior no quiere devaluarse el problema de la equidad, sino todo lo contrario. En los Estados sociales de Derecho de tradición continental, la equidad forma parte del «código genético» axiológico y finalista del ordenamiento. Su Derecho público lo configura jerárquicamente a través del trinomio constitución + ley + reglamento, lo determina lógicamente por el trinomio valor + principio + regla, y lo realiza funcionalmente mediante el trinomio legislación + ejecución + aplicación, por lo que su certidumbre es menos problemática que en los países situados en la tradición del *common law*.

Pero con la eficiencia no ocurre lo mismo. Ese «código genético» de nuestro Derecho público no la incorpora del mismo modo: la igualdad y la justicia son valores superiores del ordenamiento jurídico español; la eficiencia, no. Eso no quiere decir, sin embargo, que no quepa rastrear fundamentos o elementos de la eficiencia en nuestro orden constitucional más allá de su proclamación expresa a propósito del gasto público en el artículo 31. Por ejemplo, los siguientes:

En primer lugar, es cierto que la cláusula de Estado democrático y el valor superior correspondiente del pluralismo político introducen criterios de eficiencia en la configuración del poder público. Porque los representantes públicos que dirigen los procesos políticos y administrativos de toma de decisiones se eligen en pública competencia, de acuerdo con la famosa concepción schumpeteriana de la democracia como método. Y los empleados públicos también se seleccionan me-

¹¹ Y que ésta es la acepción del término empleada en el artículo 31 de la Constitución lo confirma su posterior utilización en el artículo 40 de la misma, según el cual «los poderes públicos promoverán las condiciones favorables (...) para una *distribución de la renta* regional y personal más *equitativa*, (...)».

dian­te con­curren­cia pú­bli­ca regi­da por los cri­te­rios de mé­ri­to y ca­pa­ci­dad¹². Pe­ro es­tos cri­te­rios de efi­ci­en­cia ya no ri­gen en el mo­men­to pos­te­rior del fun­cio­na­mien­to del po­der pú­bli­co, es de­cir, en su ac­ti­vi­dad o de­se­m­pe­ño.

Los de­fen­so­res del fe­de­ra­li­smo com­pe­ti­ti­vo¹³ ar­gu­men­tan, en se­gun­do lu­gar, que la cláu­su­la de Es­ta­do au­to­nó­mi­co ha in­tro­du­ci­do asi­mis­mo ele­men­tos com­pe­ti­ti­vos en la ac­ti­vi­dad de los dis­tin­tos en­tes ter­ri­to­ri­ales del Es­ta­do. Y no les fal­ta ra­zón, pe­ro su al­can­ce es mu­cho más li­mi­ta­do por el gra­do de pre­de­ter­mi­na­ción con­sti­tu­ci­o­nal del ám­bi­to ma­te­ri­al, ter­ri­to­ri­al y per­so­nal de sus com­pe­ten­cias y su fi­nan­cia­ción (*mutatis mutandis*, del «pro­duc­to» y del «pre­cio» con que se «com­pe­te»).

En ter­cer lu­gar y para su­pe­rar es­ta li­mi­ta­ción, pue­de sus­ci­tar­se una cues­ti­ón pre­via que sue­le —pe­ro no debe— ser ob­vi­ada: si la *com­pe­ten­cia* es el úni­co o prin­ci­pal ca­non de efi­ci­en­cia en el sec­tor pú­bli­co co­mo en el mer­ca­do y si no pue­de ser­lo tam­bién, al­ter­na­ti­va o com­ple­men­ta­ri­a­men­te, la *coo­pe­ra­ción*. So­le­mos con­tra­poner Es­ta­do a mer­ca­do e iden­ti­fi­car a es­te úl­ti­mo con la so­cie­dad ci­vil, pe­ro lo cie­rto es que la so­cie­dad ci­vil se or­ga­ni­za ca­da día más en to­rno a dos gran­des ti­pos de or­ga­ni­za­ci­o­nes: las em­pre­sas y las or­ga­ni­za­ci­o­nes sin án­i­mo de lu­cro. La com­pe­ten­cia es el prin­ci­pal pa­ra­di­gma de or­ga­ni­za­ción y re­la­ción de las pri­me­ras en el mer­ca­do¹⁴, pe­ro la coo­pe­ra­ción lo es de la or­ga­ni­za­ción y re­la­ción de las se­gun­das en el ter­cer sec­tor. Com­pe­ten­cia y coo­pe­ra­ción son, en su­ma, dos for­mas po­si­bles de re­la­ción en­tre or­ga­ni­za­ci­o­nes eco­nó­mi­cas¹⁵. Y la coo­pe­ra­ción (o la leal­dad in­sti­tu­ci­o­nal) sí es un prin­ci­pio ver­te­bral del Es­ta­do au­to­nó­mi­co.

En cuar­to y úl­ti­mo lu­gar, co­mo se ha an­ti­ci­pa­do más atrás y se de­sar­rol­la­rá se­gui­da­men­te, la efi­ci­en­cia pue­de ser asu­mi­da co­mo un co­rola­rio ge­ne­ral y com­ple­men­to ne­ce­sa­rio del prin­ci­pio de la efi­ca­cia en el Es­ta­do so­cial.

¹² Co­mo ha re­cor­da­do Ra­món PA­RA­DA (2010: 355-357), es­ta com­pe­ten­cia se­lec­ti­va del mo­de­lo bu­ro­crá­ti­co es dis­tin­ta pe­ro com­ple­men­ta­ria de la com­pe­ten­cia elec­ti­va de los re­pre­sen­ta­n­tes po­lí­ti­cos, par­ti­ci­pa de su mis­ma le­gi­ti­mi­dad de­mo­crá­ti­ca y aca­bó sien­do apo­ya­da has­ta por «los más con­spi­cuos li­be­ra­les», co­mo John Stuart Mill.

¹³ Es­ta cor­ri­en­te de pen­sa­mien­to, ar­ra­i­ga­da en Es­ta­dos Uni­dos, fue in­tro­du­ci­da en el De­re­cho pú­bli­co es­pa­ñol por la es­ti­mu­lan­te mo­no­gra­fía de BALLBÉ y PADRÓS (1997).

¹⁴ Se­gún el pre­ámbu­lo de la Ley 15/2007, de 3 de ju­lio, de De­fen­sa de la Com­pe­ten­cia, «la exis­ten­cia de una com­pe­ten­cia efec­ti­va en­tre las em­pre­sas con­sti­tu­ye uno de los ele­men­tos de­fi­ni­to­rios de la eco­nó­mi­a de mer­ca­do, dis­ci­pli­na la ac­tu­ación de las em­pre­sas y re­asigna los re­cur­sos pro­duc­ti­vos en fa­vor de los ope­ra­do­res o las téc­ni­cas más efi­ci­en­tes».

¹⁵ Se­gún el pa­dre de la eco­nó­mi­a neo­clásica, «si la com­pe­ten­cia se opo­ne a una enérgica coo­pe­ra­ción en un tra­ba­jo desin­te­re­sa­do, que se en­ca­mi­na al bien pú­bli­co, en­ton­ces in­clu­so las me­jo­res for­mas de com­pe­ten­cia son re­la­ti­va­men­te per­ni­ciosas, y sus for­mas más egoís­tas y de­plo­ra­bles lle­gan a ha­cer­se odio­sas» (Alfred MARSHALL, 2005: 12). En la teo­ría de jue­gos, la ra­ci­o­nalidad de la coo­pe­ra­ción sue­le ex­pli­car­se con el fa­moso *dilema del prisionero*, for­mu­la­do por Albert TUCKER.

En todo caso, estas elaboraciones no niegan, sino que más bien confirman que no ocurre lo mismo con la eficiencia como criterio operativo general de los poderes públicos que con la equidad o con la propia eficiencia en el momento constitutivo de los poderes públicos: la dogmática del Derecho público no puede *presumirla*, sino que tiene que *asumirla* y elaborarla a partir de diversos fundamentos. Y por ello, así como para la economía política el reto dogmático más difícil lo ofrece actualmente la equidad¹⁶, para el Derecho público lo plantea simétricamente la noción de eficiencia.

En efecto, la traslación del criterio de la eficiencia al ordenamiento jurídico español es más novedosa y difícil. Eso no significa, como se ha comprobado, que la eficiencia sea un concepto ajeno al ordenamiento jurídico, porque éste ya lo tiene hoy incorporado a la propia Constitución. En sede de los principios que rigen el funcionamiento de los poderes públicos en general (eficiencia: art. 31.2 CE) y de las Administraciones públicas en particular (eficacia: art. 103.1 CE), la Constitución española resuelve uno de los clásicos problemas de conciliación entre las cláusulas de Estado social y Estado de Derecho, ya que integra criterios de desempeño o de *performance* entre los principios constitucionales del ordenamiento jurídico o, en otros términos, integra parámetros de oportunidad dentro del canon de la legalidad al que están sometidos todos los poderes públicos en un Estado de Derecho (PAREJO ALFONSO, 1995: 108, 137).

Y si la Constitución menciona la eficiencia en su artículo 31.2 como criterio de programación y ejecución del gasto público, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), lo convierte en un criterio general de actuación de las Administraciones públicas en su artículo 3.2, según el cual «las Administraciones públicas ... se rigen ... en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos».

Ambos preceptos introducen la eficiencia en nuestro Derecho público, pero tienen distinto alcance: conforme a la óptica estatutaria que le es propia, la LRJPAC, por un lado, restringe el ámbito subjetivo

¹⁶ Los desarrollos iniciales de la *law and economics* los impulsó en Estados Unidos la escuela de Chicago y estuvieron vinculados a la ideología liberal o conservadora y orientados al valor de la eficiencia. Posteriormente, la Universidad de Yale ha protagonizado una cierta «reacción progresista» caracterizada por una mayor sensibilidad hacia los problemas de la equidad (vid. ROSE-ACKERMAN, 1988-1989, y NAPOLITANO y ABRESCIA, 2009: 21-30). Paralelamente, es bien conocida la denuncia de Amartya SEN (1987), según la cual la economía moderna ha evolucionado hacia la caracterización de la motivación humana en términos «extraordinariamente estrechos» y hacia un carácter autoconscientemente «no ético» que la ha empobrecido.

a las Administraciones públicas pero, de otro lado, amplía su ámbito funcional, del gasto público a la actuación administrativa en general. Al desvincularla del gasto público y vincularla al funcionamiento general de la Administración, podemos interpretar que la eficiencia querida por la ley es la optimización del consumo y asignación de cualesquiera recursos públicos, ya sean económicos (financieros, materiales o personales) o jurídicos (reglas, actos, plazos)¹⁷.

Más adelante observaremos cómo la noción de eficiencia ha sido recibida también en otros cuerpos legales como la Ley General Presupuestaria, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el Estatuto Básico del Empleado Público o la Ley de Economía Sostenible, por ejemplo, además de una pléyade de leyes sectoriales. Así pues, la eficiencia es hoy norma positiva en el Derecho administrativo español. Sobre esta base, las páginas que le dedicamos aquí no quieren ser un ejercicio de análisis económico del Derecho, sino más bien un análisis jurídico, basado en la interpretación finalista y sistemática del concepto de eficiencia tal y como lo ha recibido nuestro ordenamiento y dirigido a proponer algunas conclusiones sobre su alcance.

En otros términos, no se trata aquí de la noción económica de eficiencia, sino de la jurídica. Esta juridificación de la noción económica de eficiencia plantea, sin duda, un reto para el Derecho público en general y en particular para el Derecho administrativo (HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, 1998). Por ello nos centraremos en adelante en las difíciles relaciones entre la eficiencia y el Derecho administrativo.

Pues bien, podemos concluir de lo hasta aquí expuesto que la eficiencia, para el Derecho público, es un criterio complementario del principio de eficacia, que significa empleo y asignación racionales de los recursos en general y que es susceptible de aplicarse a problemas tan diversos como la minimización del gasto público¹⁸, la explotación óptima del patrimonio del Estado, la productividad de los empleados públicos, la proporcionalidad de la regulación o la simplicidad y la celeridad del procedimiento administrativo.

Más aún, podemos concebir la eficiencia como un concepto integrador de la eficacia, que la presupone o concurre con ella, según se con-

¹⁷ En este sentido apunta la letra j) del artículo 4 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, LAECSP), que confía el logro de una mayor eficacia y eficiencia en la Administración pública a la reducción sustancial de los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos.

¹⁸ Esta complementariedad se expresa claramente en el artículo 69.1 de la Ley General Presupuestaria, según el cual «los sujetos que integran el sector público estatal adecuarán su gestión económico-financiera al cumplimiento de la *eficacia en la consecución de los objetivos fijados* y de la *eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos*, en un marco de objetividad y transparencia en su actividad administrativa» (la cursiva es mía).

sidere. Porque siendo la eficiencia una noción relativa, que evalúa la idoneidad de la combinación de recursos empleados para alcanzar la finalidad perseguida, enriquece la noción absoluta de eficacia¹⁹.

Ahora bien, la eficacia de una organización puede juzgarse de forma particular respecto de cada uno de los fines perseguidos por ella (evitar o erradicar una epidemia, alcanzar un nivel de alfabetización de la población, extender una red de infraestructuras o de servicios a equis núcleos de población) o globalmente, cuando se refiere al conjunto de fines perseguidos por organizaciones tan complejas como la Administración pública. La eficacia global de la Administración aumenta según lo hace su eficiencia porque, siendo para ella indisponibles los recursos disponibles, los ahorros conseguidos en la gestión de un fin no sólo podrán, sino que deberán necesariamente destinarse al mismo o a otros de los que tiene atribuidos, mejorando sus resultados. Pero se puede lograr un fin u objetivo (eficacia particular) de muchos modos, de los que sólo uno constituye el óptimo de eficiencia. Y, del otro lado, el discurso sobre la idoneidad de medios no puede prescindir de los fines. Una actuación no puede ser eficientemente ineficaz: si existiera algún óptimo de eficiencia para la ineficacia, sería precisamente la inactividad. Luego la eficiencia presupone la eficacia cuando se mide de modo particular y concurre con ella en un juicio global.

Se comprende, pues, que la economía política suela prescindir de la noción de la eficacia y centrarse en la de eficiencia²⁰. Pero la Constitución española enuncia ambas separada y diversamente, lo que obliga a los especialistas en Derecho público a investigar sus relaciones y diferencias.

Ciertamente que la eficacia es un concepto final y la eficiencia una noción modal, por lo que no cabe confundirlas. Más aún, a diferencia de quienes las afirman como dos principios jurídicos autónomos, referido el primero a fines y el segundo a recursos²¹, concebimos aquí más

¹⁹ La eficacia como principio constitucional del artículo 103.1 CE es una noción material que equivale a efectividad o surtimiento de los fines o efectos deseados. Como tal, se diferencia de la eficacia formal, entendida como aptitud o potencia de surtir efectos. Esta acepción material la sitúa en línea con la noción de eficiencia, de la que sin embargo se distingue por ser la primera una noción absoluta y la segunda relativa, pues relaciona medios con fines (PAREJO ALFONSO, 1995: 92-94).

²⁰ Y es que «para que la eficacia sea una medida adecuada de la bondad de la gestión de los recursos públicos, es necesario que los objetivos establecidos sean los máximos alcanzables con los recursos asignados y que estos objetivos tengan en cuenta todos los beneficios y los costes de la actuación pública. Pero esto es exactamente lo que hacen los análisis de eficiencia. Por ello la eficiencia, y no la eficacia, es el concepto que se debe utilizar a la hora de valorar la actuación pública» (ALBI, GONZÁLEZ-PÁRAMO y ZUBIRI, 2009: 234-235).

²¹ En la doctrina alemana, que se ha ocupado profusamente del asunto, esta aproximación está bastante generalizada, como atestiguan los trabajos de Walter LEISNER (1971), HOFFMANN-RIEM (en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, 1998: 16-25) o EIDENMÜLLER (2005).

bien a la eficacia como un *principio* jurídico y a la eficiencia como un *criterio* de optimización de la eficacia global de la Administración y, para ello, de ponderación en la decisión entre opciones diversas de asignación de los recursos con los que cuenta la Administración. No en vano, tanto la Constitución como la LRJPAC califican a la eficacia como un «principio» y a la eficiencia como un «criterio».

Como principio jurídico, la eficacia es un mandato de optimización. Mientras que la eficiencia es un criterio —más bien un conjunto complejo y tecnificado de criterios— para dicha optimización. En consecuencia, la relación que guardan es similar a la que media, por ejemplo, en el sistema de fuentes entre el principio de legalidad del artículo 9 CE y los criterios de interpretación de las normas del artículo 3.1 Cc. O la que existe en el Derecho de la función pública entre el propio principio de eficacia de la Administración, el de igualdad y el derecho de participación en los asuntos públicos (arts. 14, 23 y 103.1 CE) y los criterios —aunque la Constitución los denomine también «principios»— de mérito y capacidad del artículo 103.3 CE²².

Puede concluirse que las nociones de eficacia y eficiencia de la Administración son diferentes pero inescindibles: la eficiencia en la ineficacia carece de sentido y la eficacia global pasa necesariamente por la eficiencia²³. Por eso no cabe contraponerlas ni ponderar entre ambas, como entre principios diversos.

SCHMIDT-ASSMANN (2003: 347) parece apuntar en la línea que se va a defender aquí cuando califica a la eficiencia como parámetro, baremo o escala, al utilizar el término *Maßstab*, que Alejandro HUERGO traduce oportunamente como «criterio», pero el autor alemán no lo diferencia claramente del concepto de principio. En su opinión —que no comparto en este punto—, «en el momento en que un criterio orientador de la acción administrativa es utilizado por un Tribunal como canon de control, se convierte automáticamente, en última instancia, en un principio jurídico» (*ibidem*: 351).

²² Dado que convencionalmente se clasifica a las normas en valores, principios y reglas, ¿a qué clase pertenecerían estos «criterios»? Cuando trata del principio de proporcionalidad, ALEXY afirma que los tres «subprincipios» en que se articula (idoneidad, necesidad y ponderación) tienen que catalogarse como reglas (ALEXY, 2008: 92, nota 84). Similarmente, podemos entender que la eficiencia y los demás criterios de optimización mencionados pertenecen al género de las reglas. Pues los principios son *razones prima facie* y las reglas *razones definitivas*, y «el camino que conduce desde el principio, es decir, desde el derecho *prima facie*, hasta el derecho definitivo, transcurre por la determinación de una relación de preferencia. Sin embargo, la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de la colisión, el establecimiento de una regla» (*ibidem*: 83). Los que aquí llamamos criterios de optimización son, en la terminología de ALEXY, «relaciones de preferencia» que sirven de puente entre el principio y la regla y determinan «razones definitivas» para la decisión en los casos concretos.

²³ Esta interdependencia recíproca entre fines y medios rige tanto en el momento de la actuación de la Administración como en el de su control, como evidencia el siguiente razonamiento de la STSJ de Madrid 1063/2001, de 26 de noviembre (RJCA 2002/480): «Podríamos afirmar que *nos encontramos, al hablar del principio de eficacia, ante una "obligación de simple actividad", "de diligencia" o "de medios"*. Con ello venimos a afirmar que la eventual disconformidad del actuar administrativo con el principio constitucional de eficacia no será predicable por la mera constatación de que con él no se obtuvo el resultado al que debió en-

Y por lo que hace a la relación entre la equidad y la eficiencia, la economía suele aceptar que «hay una relación de intercambio entre equidad y eficiencia: las políticas que promueven la equidad a menudo tienen un coste en términos de eficiencia, y viceversa» (KRUGMAN y WELLS, 2006: 15). Eso no significa que la economía no se ocupe de lo socialmente deseable, pero sí que su marco analítico sitúa a la eficiencia y la equidad como valores autónomos y potencialmente rivales.

La economía del bienestar es «la rama de la teoría económica que se ocupa de la deseabilidad social de los estados económicos alternativos». Y su primer teorema fundamental afirma que «siempre y cuando los productores y consumidores actúen completamente como precio aceptantes, y exista un mercado para cada mercancía, surgirá una asignación de recursos Pareto eficiente²⁴. Es decir, la economía operará en un punto de la frontera de posibilidades de utilidad». «Pero el teorema fundamental no dice nada acerca de la justicia». Como ya hemos advertido más atrás, un óptimo de Pareto puede ser eficiente pero injusto. Las exigencias de la justicia pueden desviar el equilibrio o resultado deseable de ese óptimo de eficiencia y «entonces se puede utilizar la economía del bienestar para determinar cuán costosa (en términos de eficiencia) será esa interferencia» (KATZ y ROSEN, 1995: 422, 434, 437).

Los iuspublicistas no nos planteamos el problema de la justicia como una «interferencia» en el análisis de la eficiencia de los poderes públicos ni concebimos que éste pueda contraponerse a aquél. En el Derecho público podemos asumir la idea esgrimida por Ronald DWOR-KIN en su polémica con CALABRESI y POSNER, según la cual no se trata de una relación de compensación o de compromiso entre dos valores autónomos, pues «carece de sentido hablar de intercambiar medios por fines» (DWORKIN, 1980a: 204), sino más bien de una distribución entre ingredientes o elementos de la justicia igualitaria según su teoría «de la igualdad profunda» (*deep-equality theory*), de manera que la solución justa o el equilibrio entre ambos en cada caso no debe ser conce-

caminarse. La vulneración nacerá en aquel instante en que dicho actuar no vaya dirigido a la obtención del resultado querido por el ordenamiento, o que sea conforme a éste; o cuando los medios, instrumentos o etapas se presenten objetivamente como inidóneos para tal obtención; o cuando el resultado buscado, estando en línea con el querido por el ordenamiento, no alcance en su misma previsión los niveles que en ese momento pudieran objetivamente ser exigibles» (la cursiva es mía).

²⁴ El de Pareto es el modelo más conocido y extendido de eficiencia, según el cual se alcanza el óptimo en el punto en el que no se puede aumentar la utilidad de un individuo o grupo sin reducir la de otro. Esta restricción hace que muchas situaciones diversas puedan ser óptimos de Pareto. Para tratar de superar sus limitaciones, KALDOR y HICKS propusieron otro alternativo según el cual el óptimo se situará allí donde la ganancia de utilidad de un sujeto o grupo pueda compensar a la pérdida que experimente el otro.

bido como un compromiso (*trade-off*), sino como una receta o fórmula combinatoria (*recipe*) (DWORKIN, 1980b: 569). Entre nosotros, Albert CALSAMIGLIA (en VV.AA., 1989: 114) ha defendido, asimismo, que la eficiencia es uno de los «componentes esenciales» de la idea de justicia en el Estado social, ya que «una sociedad no sólo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino que también debe asignar correctamente los recursos. Una sociedad que despilfarre recursos que cubren necesidades básicas no es una sociedad justa».

Del mismo modo que hemos sostenido que los poderes públicos del Estado social no pueden ser eficientemente ineficaces, podemos afirmar ahora análogamente que la eficiencia de un Estado de Derecho no puede ser injusta ni discriminatoria, sino vicaria de la idea de justicia. «No se puede enfrentar la eficiencia administrativa al Derecho» (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 353). Esta concepción es plenamente consistente con la configuración de la justicia y la igualdad como valores superiores del ordenamiento, prevalentes sobre la eficiencia en la Constitución española, que hemos recordado más atrás. En el Derecho público español, no cabe la antinomia entre los valores superiores de la justicia y la igualdad del artículo 1 CE y el criterio de la eficiencia de su artículo 31. En primer lugar, porque éste sólo juega en el marco de aquéllos y está subordinado a ellos. En segundo lugar, porque aquéllos identifican fines o mandatos de optimización y éste sólo un criterio modal para su consecución y su ponderación con otros.

La perspectiva del jurista es, en este punto, distinta de la del economista. Y nos permite tecnificar la noción de eficiencia en el Derecho público, desactivando su carga ideológica, axiológica o teleológica. Mientras los economistas se plantean como problema los fines de la eficiencia (¿qué es lo que debe maximizarse: la riqueza, la libertad, la utilidad o el bienestar?²⁵; y ¿a qué nivel: individual, grupal o social?) y su relación con la equidad o justicia distributiva (¿son valores rivales?; ¿cabe compensación —*trade off*— entre ellos?), en nuestro Derecho público, cuyas organizaciones no se rigen por la autonomía de la voluntad, sino por la heteronomía legal²⁶, los fines los fijan las normas, empezando por los valores superiores del ordenamiento, continuando por los principios y derechos constitucionales y así sucesivamente. Y la eficiencia, como ha quedado ampliamente expuesto, no constituye ni

²⁵ Un ejemplo sintético pero elocuente de la discusión entre estos cuatro conceptos (*welfare, wealth, freedom* o *liberty* y *utility*) en términos económicos se encuentra en STIGLER (1978).

²⁶ De acuerdo con el artículo 3.3 LRJPAC, «la actuación de la Administración pública (...) se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico».

un valor ni un principio jurídico, sino un criterio para su optimización.

IV. LA EFICIENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La ciencia del Derecho administrativo español parece todavía inconsciente de su economicidad. No me refiero aquí al Derecho administrativo económico como ramo o sector especial del Derecho administrativo, que ha merecido numerosas y valiosas aportaciones en las últimas décadas, sino a la consideración cabal del Derecho administrativo desde una perspectiva económica, desde la que valorar su eficiencia en el empleo y en la asignación de recursos y su eficacia al servicio de los intereses generales. Expresado más sencillamente, no se trata aquí del Derecho administrativo de la economía, sino de *la economía del Derecho administrativo*.

Goza ya de cierta tradición científica entre nosotros el análisis económico del Derecho (*law & economics*), que evalúa las normas con criterios económicos. Y, sin embargo, apenas hemos desarrollado instituciones jurídicas dirigidas a optimizar la eficiencia en el ejercicio de las potestades reglamentaria u organizativa, por ejemplo, o en la gestión de los medios de la Administración.

Los avances normativos dados en los últimos años parecen insuficientes y caen frecuentemente en el descrédito y en la pura formalidad, porque responden a meros impulsos del legislador que no se inscriben ni proyectan en una política sistemática y estable. Falta, como decimos, una *política de economía administrativa* que optimice y evalúe la organización, el funcionamiento y la actividad de las Administraciones públicas con criterios objetivos, adecuados, contrastables y transparentes de eficiencia. Repasemos los principales pasos dados en este sentido y su desigual alcance.

1. *La potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa*

Existe la opinión, generalizada en determinados círculos aunque difícil de verificar empíricamente de forma general, de que nuestro ordenamiento conforma hoy «una maraña legislativa y reguladora que amenaza la unidad de mercado dentro del territorio español, sofocando la actividad empresarial y económica bajo unos costes de transacción muy elevados e injustificables» (Círculo de Empresarios, 2011: 9). En los últimos años, el legislador parece haber asumido este diag-

nóstico y ha emprendido la senda de la llamada «mejora regulatoria»²⁷. Lo ha hecho volcándose en la regulación económica²⁸ y sus efectos sobre los mercados, dejando para mejor ocasión un planteamiento más general sobre la eficiencia del ordenamiento desde la perspectiva del derecho a una buena Administración, de los principios de legalidad y de seguridad jurídica y de los fines del Derecho.

Tampoco la ciencia del Derecho ha estado muy preocupada por los problemas de la eficacia material y la eficiencia de las normas, sino más bien entretenida con las cuestiones de su validez y de la vigencia o la eficacia formal. Pero ya Rudolf VON IHERING destacó hace más de un siglo que el Derecho es acción movida por un fin práctico (asegurar las condiciones de vida de la sociedad) y nos recordó que la etimología del Derecho evoca precisamente la idea de la recta dirección hacia ese fin, es decir, su función directiva (IHERING, 2000: LX y 300-304), a lo que podríamos añadir nosotros que la línea recta es el camino más corto entre dos puntos: el más eficiente. Para IHERING, el fin del Derecho es necesario, pero los medios son disponibles y «el método puede equivocarse en la elección de los medios» (*ibidem*: 308). Y, como ya sabemos, el criterio de adecuación de medios a fin nos lo ofrece la noción de eficiencia.

La eficiencia del ordenamiento jurídico puede ser evaluada de forma prospectiva o retrospectiva, para lo que existen diversas técnicas (PONCE SOLÉ, 2009). La evaluación *ex ante* o prospectiva trata de prever el impacto de la norma proyectada, los efectos (positivos o negativos) que se seguirán de su aprobación y los costes que acarreará su ejecución y cumplimiento, mientras que la evaluación *ex post* o retrospectiva valora la eficacia material efectivamente desplegada por una disposición vigente durante un periodo de tiempo, lo que permite mejorarla (corregir las desviaciones observadas respecto de los fines perseguidos y los medios previstos, integrar sus lagunas, aclarar los aspectos cuya interpretación y aplicación ha planteado más dificultades, codi-

²⁷ La Comunicación de la Comisión *Plan de Acción «Simplificar y mejorar el marco regulador»*, de 5 de junio de 2002 [COM (2002) 278 final], asumió esta corriente y la instauró en la Unión Europea. Tuvo continuación en la estrategia de simplificación (2005) y el programa de acción para la reducción de cargas (2007), a los que me referiré en notas posteriores.

²⁸ Como es notorio, el término «regulación» puede referirse al uso del poder legislativo y reglamentario, pero también tiene una acepción materialmente más reducida pero funcionalmente más amplia y también más indeterminada, por influencia de otras ciencias sociales y otras regiones que lo identifican con la actividad de las «agencias reguladoras». Esta acepción incluye a todas las potestades y técnicas de actividad administrativa ejercitables sobre las empresas y los sectores económicos, haciéndolo equivaler a lo que en países como Alemania, Francia y España se ha llamado más tradicionalmente «Derecho público de la economía» (OGUS, 2004: 2; MUÑOZ MACHADO, en MUÑOZ MACHADO y ESTEVE PARDO, 2009: 16, 111; BETANCOR, 2010: 31-37).

ficarla o refundirla con otras conexas, etc.) y derogar las normas obsoletas o en desuso²⁹.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dedica un capítulo a la «mejora de la calidad de la regulación», para la que exige en su artículo 5 a las Administraciones públicas tanto «instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas» como también «procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa», que, según el artículo 6, pasa por la revisión periódica de la normativa vigente y la promoción del análisis económico de la regulación.

En España, la evaluación retrospectiva se ha hecho hasta ahora de forma informal y asistemática, salvo en algún ejemplo sectorial —aunque sin duda relevante— como la reciente revisión de la regulación de los servicios económicos provocada por la Directiva Bolkestein, de la que nos ocuparemos más adelante. Pero sí se ha intentado establecer un cauce general y eficaz para la evaluación prospectiva de las iniciativas legales y reglamentarias, siempre más sencilla y menos comprometida.

Así y por lo que toca a la Administración General del Estado³⁰, el Real Decreto 1083/2009, de 2 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, destaca en su preámbulo el «papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible, la competitividad y la creación de empleo» como justificación primaria de su aportación a la mejora de la calidad de las normas. En consecuencia, el Decreto presta «especial atención a la valoración del

²⁹ La simplificación legislativa es objeto de un amplio programa de la Unión Europea, que incluye tanto la evaluación del impacto de nuevas iniciativas como la revisión del acervo en vigor, y dentro del que se enmarca a su vez el programa de reducción de cargas administrativas, del que daré cuenta unas notas más adelante. Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de octubre de 2005, «Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: Una estrategia para la simplificación del marco regulador» [COM (2005) 535 final].

³⁰ Los ordenamientos autonómicos también han introducido parámetros similares de motivación de las iniciativas normativas de la Administración. La Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de Cantabria, exige que los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento se acompañen de un «informe sobre mejora de la regulación», que «tendrá por objeto analizar el impacto normativo, así como justificar qué trámites se han reducido, qué procedimientos se han simplificado o, en aquellos casos en que la norma se dirija a la regulación de cualquier actividad económica, qué cargas administrativas se han reducido». Y la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, exige que los proyectos de reglamentos se acompañen de una «memoria de impacto normativo» que, entre otros documentos, incluya «un informe de impacto económico y social, en que se evalúan los costes y los beneficios que implica el proyecto de disposición reglamentaria para sus destinatarios y para la realidad social y económica». En su Sentencia 45/2005, de 20 de enero, el TSJ de Cataluña nos recuerda que estos parámetros de motivación pueden serlo también de control de la discrecionalidad, pues anuló un reglamento de suministro eléctrico por carecer del estudio económico en términos de coste-beneficio exigido por la ley entonces vigente.

impacto económico de las propuestas, entendida como un concepto más amplio que la estimación del coste presupuestario y haciendo hincapié en el impacto sobre la competencia, así como a la adecuación del proyecto al orden constitucional de distribución de competencias».

Este protagonismo se plasma en un contenido preceptivo de la memoria del análisis de impacto normativo de las iniciativas legales y reglamentarias, que deberá pronunciarse sobre el «impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas», según reza el artículo 2.1.d). Un sesgo económico, pues, dentro del cual se otorga especial relieve a la competencia³¹ y la reducción de cargas administrativas.

Sin embargo, ¿qué son «cargas administrativas» a los efectos de esta norma? Jurídicamente, «carga» es una situación jurídica pasiva o negativa que es preciso levantar para poder ejercer un derecho (así, por ejemplo, la carga de la prueba de quien ejerce una pretensión procesal en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva). Pero no parece ser ésta la acepción utilizada en el precepto, sino otra según la cual «carga administrativa» sería cualquier carga, obligación o deber legal que se imponga desde o ante la Administración pública y no para el ejercicio de cualesquiera derechos, sino justamente de la libertad de empresa. En efecto, en sus recomendaciones para una regulación eficiente, la Comisión Nacional de la Competencia (2008: 15) nos propone esta definición: «Las cargas administrativas son aquellos costes que soportan las empresas como consecuencia de una obligación contenida en la norma, tales que, si las normas desaparecieran, las empresas dejarían de incurrir en ellos»³². Una noción no sólo reduccionista, sino

³¹ Las normas que afecten a la competencia, además, deben ser objeto de dictamen preceptivo de la Comisión Nacional de la Competencia, de conformidad con lo prescrito en el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

³² En la Unión Europea, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 24 de enero de 2007, «Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea» [COM (2007) 23 final] plantea «un ambicioso programa de acción destinado a reducir la carga administrativa que impone la reglamentación en vigor en la UE», que deberían reducir las instituciones y los Estados miembros conjuntamente en un 25% hasta 2012 (porcentaje que justifica por los objetivos «políticos» establecidos por algunos Estados miembros y que estima que puede aumentar el PIB de la UE un 1,4%, es decir, 150.000 millones de euros). La Comunicación define las cargas administrativas conforme a estándares internacionales y a partir del concepto más amplio de costes administrativos, como los costes para las empresas de gestionar la información que no recogerían de no obligarles a ello la legislación. También deja clara su finalidad específica, que tiene más que ver con el mercado interior que con la buena administración: puesto que «uno de los objetivos constantes del Programa de Acción será la obtención de resultados concretos que hagan la vida más fácil a las empresas», la Comisión propone limitar el ámbito de aplicación del programa a las obligaciones im-

también preñada de una evidente carga valorativa negativa, ya que pone el foco en los costes de la regulación y deja en la sombra sus beneficios. Más adelante tendremos ocasión de desarrollar esta suerte de «presunción general de onerosidad» imputada en los últimos tiempos al Derecho administrativo, hasta el punto de haber abierto una causa general contra sus instituciones clásicas.

2. *La potestad organizativa*

Por lo que hace a la eficiencia en el ejercicio de la potestad organizativa, podemos traer aquí a colación brevemente el ejemplo paradigmático de las agencias.

La Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos, pretendió dar un impulso notable a una nueva cultura de gestión, sobre la base del desarrollo de la administración por objetivos y de la evaluación de resultados en un marco de mayor flexibilidad y responsabilidad gestora. Y la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios fue concebida como «una pieza clave de un nuevo modelo de gestión pública orientada al servicio de los intereses generales, en un entorno de estabilidad presupuestaria, y de búsqueda de la mejora continua de la productividad y competitividad de la economía española», según el preámbulo del Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba su Estatuto.

Pero tampoco este modelo parece haber cuajado. Son pocas las agencias creadas al amparo de la Ley de 2006³³ y pocos los organismos públicos convertidos en agencias desde entonces, pese a que nacieron al Derecho español con la vocación de constituir en adelante la forma de personalidad jurídica central o de referencia para la descentralización funcional de los servicios públicos de la competencia de la Administración General del Estado. Y la propia Agencia Estatal de Evaluación se ha visto después despojada de una de sus principales actividades de evaluación, la del impacto regulatorio o normativo, por el Real Decreto antes citado por el que se regula la Memoria de Análisis de Impacto Normativo.

puestas a las empresas. Por último, también cabe destacar que la Comisión anuncia que contratará la medición de los costes con consultores externos. Confiemos, pues, en que el interés directo de éstos en el negocio de la reducción de cargas administrativas abierto con este proceso no afectará a la objetividad de sus mediciones, informes y propuestas.

³³ Dejando de lado, claro está, las «agencias independientes» o «agencias reguladoras» que fueron creadas antes y con otro fin (BdE, CNMV, CNE, CMT, CNC, etc.). Como he advertido más atrás, el análisis propuesto en este apartado trata de la economía del Derecho administrativo, no del Derecho administrativo de la economía.

Pero nada de esto puede sorprendernos. Se trata más bien de otro episodio en la larga lista de frustraciones cosechada por el legislador en sus sucesivos intentos por ordenar con criterios racionales la «jungla organizativa» del sector público.

3. *La ordenación de los recursos financieros, materiales y humanos*

La gestión de recursos tampoco ha sido orientada de forma decidida hacia la eficiencia.

La legislación presupuestaria es la que más ha avanzado por este camino, aunque sea con resultados desiguales. La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sienta como principios de funcionamiento de la gestión económico-financiera los «de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos» (art. 69.1), a cuyo servicio propone la gestión por objetivos del sector público administrativo estatal (arts. 70-72) y —lo que es más operativo— extiende el alcance de los controles a la valoración de la racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de buena gestión, ya se trate del control financiero permanente [art. 159.1.f)] o de la auditoría pública [art. 164.1.c)], a los que habría que añadir el control *ex post* ejercido por el Tribunal de Cuentas conforme a su legislación reguladora.

El criterio de la eficiencia en el gasto público es asimismo enunciado en las leyes reguladoras de las principales formas de gestión del gasto, como son la Ley de Contratos del Sector Público (art. 1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre) y la Ley de Subvenciones [art. 8.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre], que confían de forma general su consecución al procedimiento de adjudicación y, en particular, a su sujeción a los principios de publicidad y competencia.

La legislación patrimonial, en segundo lugar, sigue generalmente concebida con una vocación «defensiva» o garantista antes que «creativa» o directiva, como hemos visto más atrás que ocurre en general con nuestro Derecho administrativo. Dentro de este contexto, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, dio un paso al frente al enunciar el principio de eficiencia y economía en la gestión de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas en general [art. 8.1.a)] y en particular de los edificios administrativos [art. 156.b)], crear órganos específicos de coordinación al efecto (arts. 10.2 y 158) y mandar al Consejo de Ministros aprobar programas anuales de actuación. Sin embargo, la Ley no arbitra mecanismos de seguimiento y control del cumplimiento de estos principios,

ni nos consta que en los últimos años se haya aprobado programa de actuación alguno ni se haya reunido la Comisión de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales.

Otro de los campos en los que la Administración pública encuentra dificultades para introducir el principio de eficiencia es el empleo público. Es lo que Joseph STIGLITZ denomina *employment constraints*: una de las peculiaridades del Estado como organización económica es el carácter compulsivo de sus ingresos, por lo que tiene una particular responsabilidad fiduciaria que se refleja en sus políticas de empleo público, mediante la contención de los salarios y el estatuto de función pública, lo que a su vez limita, respectivamente, los incentivos positivos y negativos que cabe utilizar para orientar a los empleados hacia el servicio eficiente a los intereses generales (STIGLITZ, 1989: 26-28, 32).

Las peculiaridades del empleo público constriñen ciertamente las vías para optimizar su productividad, aunque sabemos que también ofrecen algunas ventajas que no deben despreciarse ni descuidarse, como son las potestades organizativas, directivas y disciplinarias de la Administración, la limitación legal de la actualización salarial y la consecuente limitación de la negociación colectiva. Ciertamente que la heteronomía de la ley prima en el régimen estatutario de la función pública, como en todo el Derecho público, mientras que en el régimen laboral común tiene mayor peso la autonomía de la voluntad, aunque no tanto como en otras ramas del Derecho privado, por su naturaleza tuitiva. Pero la asociación que comúnmente se hace entre función pública y rigidez, de un lado, y entre flexibilidad laboral y productividad, de otro lado, pasa por alto que ciertas restricciones regulatorias (por ejemplo, la limitación de algunos derechos de los trabajadores para garantizar la continuidad del servicio público o la limitación a sus retribuciones por razones de estabilidad presupuestaria) pueden ofrecer resultados eficientes en determinadas circunstancias.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, introduce el principio de la eficiencia, pero sólo para la planificación de recursos humanos (art. 69.1). Sigue además siendo muy restrictiva con la movilidad forzosa por necesidades de servicio, por ejemplo (art. 81.2), y no tipifica ninguna falta disciplinaria muy grave directamente conectada con la gestión económica (art. 95). Sí prevé «sistemas de evaluación del desempeño» que deben surtir efectos sobre la carrera horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y las retribuciones complementarias de los funcionarios (art. 20) y manda, consecuentemente, que dichas retribuciones atiendan, entre otros factores, al «grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obte-

nidos» [art. 24.c)], si bien no precisa la forma de evaluar dicho desempeño, lo que hace posible que los sistemas se desnaturalicen o no articulen las necesarias garantías contra la arbitrariedad y que el complemento de productividad siga degenerando en una mayor retribución al puesto o a los méritos del funcionario, y no a su desempeño³⁴. Implantar y aplicar sistemas eficaces y objetivos de evaluación no es fácil, «pero, pese a las resistencias que sin duda se van a encontrar, será necesario avanzar en la implantación de sistemas eficaces de evaluación, pues no cabe conformarse ya con un sistema burocrático que dispensa a todos sus empleados el mismo trato con independencia de su actitud ante el servicio» (SÁNCHEZ MORÓN, 2007: 20).

4. *El procedimiento administrativo y las técnicas de intervención*

El procedimiento administrativo también ha estado sometido en las últimas décadas a varios impulsos de simplificación y aceleración dirigidos a aumentar la eficiencia en el funcionamiento de la Administración pública. El ejemplo más notorio y reciente lo encontramos en la «mejora regulatoria» de los servicios en Europa.

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, basa su regulación, entre otros considerandos, en la hipótesis de que las barreras opuestas por los Estados miembros a la libre prestación de servicios en el seno de la Unión tienen un origen común «en un *exceso de trámites administrativos*, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros». Por lo que hace a lo primero, sostiene que «una de las principales dificultades a que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en *la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos*» (las cursivas son mías). Es decir, según este diagnóstico³⁵,

³⁴ Sobre esta tradicional «desnaturalización» del complemento de productividad y sus razones puede verse Federico CASTILLO BLANCO (2002: 224-226), quien llama la atención de forma más general sobre las inercias históricas del sistema retributivo de la función pública en España, que no son sólo legislativas, sino sobre todo aplicativas, derivan de la ausencia de una definición clara y global de objetivos y han impedido que cumpla su función de motivación y eficiencia en la prestación de los servicios públicos (*ibidem*: 14, 18).

³⁵ La Directiva forma parte de la segunda fase de la estrategia de la Comisión para el mercado interior de servicios. La primera fase tuvo por objeto un amplio proceso de consultas y concluyó con el Informe de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo *Estado del mercado interior de servicios*, de 30 de julio de 2002 [COM (2002) 441 final], que destacaba estos obstáculos para el establecimiento del prestador de servicios en otro Estado miembro: «Las contribuciones han venido a destacar de manera especial las dificultades relativas al número de autorizaciones requeridas, a la duración y a la burocracia de los procedimientos, al po-

el Derecho administrativo de los Estados miembros es uno de los principales problemas para implantar el mercado interior en materia de servicios.

Ahora bien, salvo que asumamos que el legislador ha incurrido en un vicio de arbitrariedad masiva, tendremos que convenir en que los trámites de un procedimiento y las resoluciones que le ponen término garantizan derechos de los ciudadanos en algunos casos y en todos sirven al interés general, ya se llamen informes preceptivos, información pública o audiencia a los interesados en el primer caso, o autorizaciones, prohibiciones o sanciones en el segundo. En efecto, «conviene recordar que los requisitos formales de la actuación jurídico-administrativa suelen responder a unos fines garantistas, de intereses particulares o generales, que no pueden desconocerse», y que «los intereses más fuertes, los vinculados al ejercicio de la iniciativa económica, que reclaman celeridad en un entorno competitivo, no deben ser los únicos a tener en cuenta» (TORNOS MAS, 2000: 75).

Luego el criterio de decisión entre la prolongación de los procedimientos administrativos o su abreviación, y entre el mantenimiento, la supresión o la sustitución de los actos administrativos de intervención en el mercado, debe basarse en un juicio de ponderación entre principios jurídicos diversos entre sí, entre los que es preciso hallar un equilibrio razonable: de un lado, el servicio objetivo al interés general (orden y salud públicos, protección de los consumidores y del medio ambiente, etc.) con la debida precaución y, de otro lado, la proporcionalidad y la celeridad.

Este mismo dilema se puede formular con el auxilio de la teoría de decisiones recurriendo al análisis coste-beneficio: los procedimientos administrativos conducentes a una autorización operativa de servicios, por ejemplo, tienen sin duda un coste para la Administración y para los interesados. Para la Administración, por la adscripción y el consumo de medios que debe dedicar a la instrucción y resolución del procedimiento; para los interesados, por la preparación y documentación de la solicitud, las tasas que debe abonar y el tiempo de espera hasta su resolución favorable, incluidos en su caso los gastos de los recursos. Pero también aportan una utilidad o beneficio esperado para

der discrecional de las autoridades locales y a la duplicación de condiciones ya satisfechas por el prestador de servicios en su Estado miembro de origen». Sin embargo, en el momento posterior de la prestación del servicio (gestión de recursos, promoción, distribución, venta y postventa) los obstáculos detectados eran muy variados, implicaban a otras ramas del Derecho, como el laboral, el fiscal, el mercantil, el procesal civil o el de consumo, y también a factores no jurídicos, como los culturales o lingüísticos. Mucho más variados, desde luego, de lo que resulta de la lectura de los rotundos considerandos de la Directiva.

las partes: para la Administración, la realización de su misión constitucional de servicio objetivo al interés general; para los interesados directos, la seguridad jurídica del prestador, la prevención de riesgos de daños y perjuicios a sus competidores y usuarios, y la consecuente limitación de la responsabilidad civil del primero; y para los ciudadanos en general, la protección de su medio ambiente, su salud o su seguridad, por ejemplo³⁶.

La difícil síntesis en esta tensión dialéctica la ofrece el criterio de la eficiencia, que reclama en unos casos la derogación de normas reguladoras, la simplificación de procedimientos y la supresión de actos de intervención previa, sin duda, pero en otros contrariamente la complicación administrativa y el mantenimiento o la instauración de dichos actos y normas. Habrá que establecer y sustanciar sólo los actos y trámites necesarios y proporcionados al fin perseguido, sin duda³⁷, pero también los suficientes e idóneos para tener garantías razonables de alcanzarlo (eficacia).

El propio Derecho europeo medioambiental o de la contratación pública nos aporta ejemplos de esto último. ¿Acaso no son las Directivas europeas quienes han introducido mayor complejidad en nuestro Derecho ambiental en las últimas décadas, con sus altos estándares procedimentales para la evaluación de impacto de proyectos y la evaluación estratégica de planes y programas? ¿No son también ellas las que han introducido un recurso especial suspensivo previo a la perfección de los contratos del sector público? En el primer caso está en juego la protección del medio ambiente, en el segundo es la propia

³⁶ Todos los documentos españoles y europeos situados bajo la égida de la *better regulation* (simplificación, análisis de impacto normativo, reducción de cargas administrativas) que he podido consultar aluden a estos beneficios, pero no los analizan ni los cuantifican, como sí hacen con los costes (los distintos programas estatales y europeos hacen estimaciones multimillonarias de ellos). Es decir, no realizan un verdadero análisis coste-beneficio, sino un análisis parcial de costes o, todo lo más, un análisis coste-eficacia. Sobre estas limitaciones metodológicas, vid. PONCE SOLÉ (2009: 212-215) y NOGUEIRA LÓPEZ (2011: 37-44). Para la Comisión Nacional de la Competencia (2008: 16), no obstante, la satisfacción sentida por los resultados sana cualquier defecto metodológico: «si bien las metodologías de cálculo de costes y beneficio de estos estudios tienen sus limitaciones y las magnitudes concretas pueden ser cuestionables, estos ejercicios son interesantes en cuanto que reflejan muy sustanciales ganancias derivadas de las mejoras regulatorias introducidas».

³⁷ El criterio de la necesidad de los trámites que se sustancien en el procedimiento no es ni mucho menos novedoso entre nosotros, sino que aparece enunciado en los artículos 78.1, 81.1, 85.3 y 86.1 de la LRJPAC. Y el de la proporcionalidad de la intervención administrativa ya está enunciado de forma preclara en el artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante, RSCL), de 17 de junio de 1955: «1. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen. 2. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual», de donde ha saltado a la legislación básica de régimen administrativo en los artículos 84.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases del Régimen Local (LBRL), y 53.2 LRJPAC. Así pues, *nihil novum sub sole*.

competencia en los mercados la que demanda complicar el procedimiento administrativo.

Allí donde la ponderación de los intereses afectados —generales y particulares— es compleja, el procedimiento administrativo será de suyo complejo por imperativo del principio constitucional de eficacia de la Administración y en garantía de los derechos subjetivos e intereses legítimos afectados de los ciudadanos. Expresado de forma más sencilla y elegante: «No obstante que la Administración debe ser pronta, negocios hay arduos o cuestiones importantes cuya solución requiere maduro examen y una deliberación previa como garantías del acierto» (Manuel COLMEIRO, 1850: 17).

Los considerandos de la propia Directiva Bolkestein expresan en otros términos este mismo equilibrio aquí defendido: «Es importante, por consiguiente, realizar el mercado interior de los servicios con el debido equilibrio entre la apertura de los mercados y la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los derechos de los consumidores». Ahora bien, la Directiva no encauza en principio este equilibrio por la vía de la ponderación, sino por la vía mucho más sencilla de la exclusión. En efecto, la Directiva opta por excluir de su ámbito de aplicación, de forma preliminar y completa, a los sectores en los que más necesaria es la actividad administrativa de intervención (por ejemplo, servicios financieros, juego o seguridad privada) o de servicio público (seguridad social, sanidad, vivienda y otros servicios sociales, etc.).

Una vez hecho esto, la Directiva opta de forma inequívoca y prioritaria por la simplificación administrativa, como atestiguan sus considerandos 43 y ss. Y su expresión normativa en el artículo 4.1 alcanza el clímax de la tautología: «Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. *Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán*» (la cursiva es mía)³⁸. La sentencia es casi tan tajante como las que gustaba pronunciar a la Reina de Corazones en el país de las maravillas: «¡Que les corten la cabeza!».

No se discute el mandato según el cual la Administración pública debe sustanciar sólo los trámites necesarios para alcanzar el fin de in-

³⁸ No sólo plantea problemas la construcción técnica del precepto, sino que además su construcción sintáctica es deficiente. Verificar es comprobar la verdad de una cosa. Quizá quiso decirse «los Estados miembros *revisarán* los procedimientos y trámites...». Además, los trámites son actos de los procedimientos, por lo que es innecesario mencionarlos a continuación de ellos, pues el todo engloba a la parte. Por lo demás, los «trámites» del primer inciso se transforman en «formalidades» en el segundo, cuando está claro que no son lo mismo.

terés general perseguido en cada procedimiento, ni tampoco la oportunidad de revisar la eficiencia del ordenamiento vigente, ni que dicha revisión arroje como resultado la supresión de los trámites, formalidades y controles que sean o hayan devenido innecesarios. En este sentido, la «simplicidad» del procedimiento puede y debe ser afirmada como un factor o componente de la eficiencia, pero no la «simplificación», del mismo modo que las leyes exigen la «celeridad» y no la «aceleración», o la «transparencia y publicidad» y no la «transparentación y publicación» de los procedimientos³⁹. El objetivo general de la «simplificación» expresado en la Directiva presupone, lógicamente, una complejidad innecesaria o desproporcionada, es decir, delata un juicio de valor global resultante o sustitutivo del juicio de ponderación que defendemos aquí.

Mejor parece enunciar la simplicidad junto a la celeridad como criterios de economía procedimental, en el bien entendido de que se trata de la simplicidad y celeridad adecuadas para alcanzar el fin perseguido, esto es, que se sustancian los trámites y los plazos sólo necesarios pero también suficientes. Porque el riesgo de enfatizar el criterio de la necesidad y obviar el de la suficiencia o idoneidad es abocar a la ineficacia⁴⁰. La eficiencia, como se ha expuesto anteriormente, es una noción complementaria, no sustitutiva de la eficacia. Y una Administración eficientemente ineficaz es un ser perfectamente inútil, además de inconstitucional, por las razones expuestas más atrás.

Los instrumentos puestos por la Directiva al servicio de la simplificación administrativa son los formularios armonizados, la vía electrónica, la supresión de requisitos formales y documentales o las ventanillas únicas. Todos ellos son buenas prácticas de modernización administrativa —o, si se prefiere, instrumentos de *buen administración*— que ya venían poniéndose en práctica por los Estados miem-

³⁹ Véanse, respectivamente, los artículos 75 LRJPAC y 4 y 36 LAECSP. Esta última transpone, sin embargo, literalmente el principio de la «simplificación administrativa». Por el contrario, la Ley de Economía Sostenible enuncia entre los «principios de buena regulación» el de «simplicidad» en su artículo 4.7.

⁴⁰ Este riesgo puede tomar cuerpo, por ejemplo, en la regla de la «ley ómnibus» con la que hemos transpuesto la Directiva en España, según la cual la declaración responsable y la comunicación previa habilitan para ejercer el derecho o iniciar la actividad de que se trate *desde el mismo día de su presentación* (art. 71 bis.3 LRJPAC), de manera que las potestades administrativas de comprobación, control e inspección a que se refiere de inmediato la norma no podrán ejercerse ya sino de forma simultánea o sucesiva a la actividad del privado. De esta forma, no es que se someta a las actividades potencialmente peligrosas para el interés general o los intereses de terceros a una intervención previa menos dilatoria o menos gravosa, sino que se sustituye por una intervención simultánea o sucesiva, lo que puede resentir la seguridad jurídica de los operadores (MUÑOZ MACHADO, 2010: 75-77) y aumentar el coste de practicarla y de ejecutar la resolución: pensemos en la clausura de una actividad ya iniciada, el restablecimiento de la situación física y jurídica alterada, la indemnización a terceros perjudicados o la imposición de sanciones. ¿Dónde está entonces la economía?

bros, si bien a distinto ritmo, de manera que la Directiva, más que introducir con ellos una reforma administrativa, la impulsa.

Más importantes son los aspectos no ya formales, sino sustantivos de la nueva regulación: los que definen el ámbito de la libertad económica de los prestadores y prestatarios de servicios. Son fundamentalmente tres: la sustitución de autorizaciones por controles no dilatorios o ejercidos a posteriori, la generalización del silencio administrativo positivo, y la extensión del ámbito territorial y temporal de las autorizaciones de acceso a la actividad a todo el territorio nacional y a una duración ilimitada, respectivamente.

Respecto de ellos, la Directiva no puede ya evitar el juicio de ponderación a que me refería más atrás, ya que el acceso a una actividad de servicios podrá seguir supeditándose a una autorización cuando ésta cumpla los «criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad», y el sentido positivo del silencio y la extensión de los efectos territoriales y temporales de las autorizaciones podrán seguir limitándose por «razones imperiosas de interés general». La Directiva toma esta última noción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pese a que no es sólo un concepto jurídico indeterminado, sino también impreciso en su versión española. La perplejidad aumenta si se compara con otras versiones oficiales de la Directiva y de la jurisprudencia de que trae causa: las que en español se traducen como «razones imperiosas» y en francés *raisons imperieuses*, en italiano pasan a ser *motivi imperativi* y en alemán *zwingende Gründe*, mientras que en inglés son *overriding reasons*, expresión que parece aludir al carácter prevalente del interés general afectado⁴¹.

Ahora bien, como ya se ha expuesto, los principios de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.2 CE), no discriminación (art. 14 CE) o *favor libertatis* (aquí en relación con las libertades de profesión —art. 35

⁴¹ El adjetivo «imperiosas» es otra licencia sintáctica, como las apuntadas tres notas más atrás, ya que no encaja en ninguna de las acepciones de este término según el Diccionario de la RAE. Con este adjetivo parece quererse significar en realidad «imponderables» o, mejor aún, «prevalentes», como sugiere la versión inglesa. En materia ambiental, la *Directiva sobre los Hábitats* también utiliza en su artículo 6.4 la expresión «razones imperiosas de interés público de primer orden» (transpuesta literalmente en el artículo 45.5 de nuestra Ley del Patrimonio Natural y la Biodiversidad) para referirse a las que pueden justificar un plan o proyecto pese a sus repercusiones negativas, y el Tribunal de Justicia afirmó en su Sentencia de 11 de julio de 1996, *Regina*, as. C-44/95, par. 38, que abarcan en todo caso «las razones de interés general superior». De otro lado, ése es también el criterio de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su doctrina de los tres escalones, según la cual la libertad de elección de profesión, por ejemplo, sólo puede ser objetivamente limitada en la medida en que lo exija necesariamente la protección de un bien de interés general especialmente importante y, por ello, prevalente: «Die Freiheit der Berufswahl darf dagegen nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz *besonders wichtiger* ("überragender") *Gemeinschaftsgüter* es zwingend erfordert» (la cursiva es mía; Sentencia de 11 de junio de 1958, par. 76, *BVerfGE* 7, 377).

CE— y de empresa —art. 38 CE—) y los criterios de eficiencia y servicio al ciudadano (art. 3.2 LRJPAC), así como los de necesidad y proporcionalidad, que son sus corolarios lógicos (arts. 41.1 y 53.2 LRJPAC, 84.2 LBRL y 6 RSCL), ya regían en nuestro ordenamiento de forma general. Tampoco la comunicación previa ni la declaración responsable nos eran desconocidas. En España y en los países de nuestro entorno europeo llevamos más de una década acometiendo reformas y adoptando medidas para simplificar los procedimientos administrativos, suprimir autorizaciones previas innecesarias y generalizar el silencio administrativo positivo⁴².

Así pues, en mi opinión, el mayor impacto dogmático de la reforma administrativa emprendida por la Directiva Bolkestein⁴³ no está tanto en su innovación material⁴⁴ cuanto en su distorsión axiológica y sistemática. Porque pone bajo sospecha de restricción ilícita cualquier regulación e intervención sobre el acceso a la actividad y su ejercicio (PAREJO ALFONSO, 2009: 34) y, sobre esta base, sienta un régimen específico para dichas actividades administrativas en materia de servicios. La distorsión axiológica no es privativa de la Directiva, sino más bien común en la literatura de la *better regulation*, y radica en confundir fines con medios, como ocurre cuando se eleva a la categoría de objetivos axiomáticos la simplificación y la reducción de cargas administrativas. A su vez, la distorsión sistemática consiste en generar un Derecho administrativo general propio sólo para los servicios de interés económico. ¿Qué hay entonces, por ejemplo, de las autorizaciones de obras o de las

⁴² Puede encontrarse amplia razón y una ponderada valoración de ellos en TORNOS MAS (2000).

⁴³ Que ha dado pie a la doctrina a calificarla como fundadora de «un nuevo Derecho administrativo» (Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, 2007), de «cataclismo en el núcleo central del Derecho administrativo» (Enrique LINDE, en VV.AA., 2008a: 87), de «radical reconversión del sistema administrativo de control de las actividades de servicios» con una repercusión «enorme y de porte constitucional» (Luciano PAREJO, 2009: 34-35) o causante de «un enorme impacto en los Estados miembros (...) en razón de los profundos cambios que va a determinar en la cultura jurídico-económica y en los hábitos de las Administraciones de los Estados miembros» (Tomás de la QUADRA-SALCEDO, 2009a: 46). Por el contrario, para Santiago MUÑOZ MACHADO (2010: 71), «los cambios que introduce la Directiva 2006/123 son una manifestación más de la nueva regulación económica, y no necesariamente la más relevante».

⁴⁴ Cuestión distinta es que la transposición realizada en España haya adoptado un «enfoque expansivo» tanto de su ámbito objetivo de aplicación como de su alcance material, yendo mucho más allá que la propia Directiva, como ha advertido tanto la doctrina científica (NOGUEIRA LÓPEZ, 2011: 8 y ss.) como el Consejo de Estado en su Dictamen 779/2009, de 21 de mayo, sobre la «ley omnibus», quien critica además «que el anteproyecto atiende de manera desigual a los distintos objetivos o pilares de la norma comunitaria. Ello se debe a que el centro de gravedad de la regulación proyectada lo constituyen la eliminación de trabas o cargas administrativas y la supresión de numerosos regímenes de autorización (...). Sin embargo, estas medidas no siempre van acompañadas del correspondiente aumento de los mecanismos de control a posteriori de la actividad, ni de un correlativo refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios o del fomento de la calidad de los servicios».

operativas para cualquier otra actividad económica, de las concesiones demaniales o de servicio público o del silencio en cualesquiera otros procedimientos iniciados a instancia de parte? Su trascendencia para la economía y el mercado interior no tiene por qué ser menor, como tampoco lo es su relevancia política para la efectividad del derecho a una buena administración, consagrado por el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Conviene, además, recordar que mientras la Directiva Bolkestein se ha ocupado de reducir y depurar la actividad administrativa de intervención sobre los servicios privados, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre los servicios de interés general y las ayudas de Estado lleva décadas empleada en reducir y depurar el campo de los servicios públicos y el de las subvenciones públicas, respectivamente⁴⁵. En suma, el Derecho unitario europeo está produciendo importantes mutaciones en las tres formas más canónicas o clásicas de actividad de la Administración, según la dogmática española del Derecho administrativo: la de policía o intervención, la de prestación y la de fomento. Mutaciones que afectan de manera parcial —en lo que toca al mercado interior; esto es, la actividad empresarial o económica— pero sustancial a sus instituciones más representativas: la autorización, el servicio público y la subvención, respectivamente.

Los expuestos son buenos ejemplos de la tensión hacia la huida de nuestro sistema de Derecho administrativo que produce el Derecho unitario europeo. Este Derecho no configura el estatuto subjetivo de un Estado, sino el régimen objetivo de un mercado, pero desde él produce una mutación en el Derecho público (tanto constitucional como administrativo) de los Estados miembros que, por las razones expuestas y más allá de su impacto sustantivo, tiene en todo caso un impacto sobre su sistema ordinamental y dogmático.

Y la perspectiva adoptada (la apertura del mercado interior), unida a una determinada concepción sobre la misma (según la cual el buen funcionamiento del mercado demanda menos intervención administrativa), arriesgan con desviar los resultados alcanzados respecto de los fines marcados en los Tratados, que ya no se ciñen a la instauración del mercado interior, sino que se han enriquecido en las últimas décadas y promueven también la cohesión social y territorial y el derecho a una buena administración, por ejemplo. Pero estos principios y derechos no han merecido todavía el despliegue de una política y una doctrina general de las instituciones europeas, al menos al nivel de la

⁴⁵ Sobre estos otros casos, me permito aquí remitir *in toto* a Marcos VAQUER (2005 y 2010b).

desplegada al servicio del mercado interior⁴⁶, lo que puede sesgar la ponderación que se haga entre ellos.

Al legislador, la doctrina científica y los tribunales de los Estados afectados les toca recomponer su sistema jurídico propio una vez mutado de forma asistemática. Y, al hacerlo, les cabe una alternativa: o minimizar el impacto de las nuevas orientaciones ciñéndolas al ámbito objetivo del Derecho europeo de que se trate en cada caso, a costa de mantener en el Derecho interno la distorsión sistemática expuesta, o extenderlas más allá de dicho ámbito hasta generalizarlas como bases del nuevo régimen administrativo en su país⁴⁷.

5. *Otras aplicaciones de la eficiencia*

Como puede observarse, todas las disposiciones citadas en este apartado han sido promulgadas ya entrado este siglo. Podemos recapitular, pues, afirmando que durante la última década el legislador ha incorporado ampliamente los criterios de la eficiencia y la economía a nuestro ordenamiento jurídico-administrativo general⁴⁸. Sin embargo, lo ha hecho de forma asistemática y desigual, enunciando principios o reglas aisladas y carentes de instrumentos de seguimiento y control efectivos, por lo que han caído en buena parte en el olvido o el acatamiento meramente formal.

En todo caso y sea cual sea la valoración que hagamos de su desarrollo normativo, no cabe duda de que no sólo la eficacia, sino también la eficiencia es hoy norma de nuestro Derecho administrativo, que rige como criterio general directivo y evaluador de su actuación. Lo hemos constatado en los campos en los que se hacen más evidentes (las po-

⁴⁶ Por eso ha podido afirmarse que este Derecho derivado excluye «de plano ciertas opciones normativas que cabrían tanto en los Tratados europeos como en la Constitución española» y «somete a un enfoque reduccionista las previsiones del Derecho originario comunitario contenidas en los Tratados» (NOGUEIRA, 2011: 28, 29).

⁴⁷ Siguiendo con el ejemplo Bolkestein, en España el legislador ha tratado de reconstruir la coherencia sistemática de nuestro Derecho administrativo dando alcance estatutario al principio de proporcionalidad y a los nuevos criterios sobre actos de intervención y silencio administrativo en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre («ley omnibus»), que los generaliza mediante su incorporación a la LRJPAC.

⁴⁸ La parte especial los utilizaba ya anteriormente, sobre todo en el Derecho administrativo económico. Baste citar, por ejemplo, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, cuyo artículo 1.2 sujeta la regulación de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica que tiene por objeto a la finalidad de su «racionalización, eficiencia y optimización», su artículo 3.3 atribuye competencias a las CC.AA. en materia de eficiencia energética, establece la eficiencia como criterio de la planificación eléctrica general en su artículo 4, como objeto de planificación especial en el artículo 47 y como criterio retributivo de las actividades en su artículo 14, exige información sobre eficiencia energética en las cuentas anuales de las empresas en su artículo 20.5, etc.

testades normativa y de organización, la planificación y gestión de los medios de la Administración, el procedimiento administrativo), pero puede y debe generalizarse su uso.

Así, por ejemplo, la eficiencia puede servir también de criterio directivo para la ordenación sustantiva de los sectores sociales o económicos, en la búsqueda del equilibrio entre dos o más derechos subjetivos en conflicto (de forma que la norma o el acto de que se trate maximice la tutela del derecho que tiene por objeto, sin violar el derecho con el que entra en conflicto⁴⁹) o entre un principio y un derecho subjetivo⁵⁰.

O en la evaluación ambiental, para establecer el equilibrio óptimo entre la transformación del medio ambiente que requiere el interés general perseguido por el plan, programa o proyecto, de un lado, y, de otro, la protección del medio y la utilización racional de los recursos naturales (de modo que se evalúen las distintas opciones de consecución de dicho fin con vistas a preferir la que produzca un menor impacto y a integrar la prevención, atenuación o corrección de éste en el propio instrumento evaluado)⁵¹.

También puede tener aplicación en las relaciones entre poderes públicos, para sentar el equilibrio entre activismo y deferencia en el control judicial de la actividad de la Administración⁵². O en las relaciones

⁴⁹ Frente a una norma legal que plantea un conflicto entre dos derechos constitucionales, el Tribunal Constitucional tiene establecido que la aplicación del principio de proporcionalidad «no debe limitarse a la ponderación genérica acerca de si el tipo de diferenciación introducida resulta adecuada o razonable para alcanzar el fin perseguido, si resulta o no arbitraria; sino que, al tratarse de una regla que, al tiempo que protege a un determinado grupo afecta a otros derechos sustantivos dignos de tutela, la proporcionalidad debe ponderarse con respecto al grado de restricción de esos derechos y teniendo como límite infranqueable el respeto de su contenido constitucional» (STC 158/1993, de 6 de mayo, FJ 2.º). En términos económicos, este singular juicio de ponderación puede reconducirse al modelo de eficiencia de Pareto, ya que se trata de maximizar un derecho sin producir merma en el contenido constitucional de otro.

⁵⁰ Así, por ejemplo, el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (y el correlativo derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado en tanto que inspirado por dicho principio) exige «un medio urbano en el que la ocupación del suelo sea eficiente» y delimita el contenido estatutario de la propiedad del suelo, según los artículos 2.2.c) y 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio). Aquí el óptimo puede asimismo describirse en términos paretianos: el propietario de suelo puede incrementar su utilidad en el disfrute de su derecho mientras no reduzca la de los demás en su derecho a un medio ambiente adecuado, que se objetiva mediante la determinación del uso e intensidades máximas (y mínimas, en su caso) de la ocupación del suelo («eficiente») por la ordenación urbanística.

⁵¹ En este caso, a diferencia de los expuestos en las dos últimas notas, estamos más cerca de la noción de eficiencia basada en el modelo de compensación de utilidades de Kaldor-Hicks.

⁵² Como ha observado Gaspar ARIÑO (2010: 29), uno de los fundamentos de la doctrina anglosajona de la «deferencia» del juez frente a la discrecionalidad del regulador económico es precisamente el de la eficiencia, que parece aquí modelada, como en el caso anterior, según el criterio de Kaldor-Hicks (el riesgo de tolerar una solución injusta a causa de la de-

interadministrativas, para establecer el óptimo entre descentralización y coordinación en el ejercicio de una competencia administrativa (tanto descentralización como aconsejen las ganancias en eficiencia asociadas a la competencia entre Administraciones y a la proximidad al ciudadano, pero tanta coordinación como requiera la eficacia del sistema).

Todos estos problemas nos revelan, en suma, que los modelos analíticos de eficiencia pueden servir como criterios jurídicos de ponderación⁵³. La ciencia económica, con el concurso de la matemática y otras, ha dado un amplio desarrollo a estos modelos: análisis coste-beneficio, programación lineal, ley de la utilidad marginal decreciente, curvas de indiferencia, óptimos de Pareto y de Kaldor-Hicks, etc. Por su formalidad⁵⁴, constituyen un acervo útil no sólo para la gestión de los medios y recursos de la Administración (eficiencia productiva), sino también para la motivación y el control de los juicios de ponderación que la Administración u otros poderes públicos deben realizar para resolver entre estos principios o derechos en conflicto⁵⁵ (eficiencia asignativa).

Suponiendo que la eficiencia de la Administración integra y modaliza su eficacia y que la eficacia de la Administración está al servicio

ferencia puede ser compensado —incluso en términos de responsabilidad patrimonial, si fuera el caso— por las ganancias que se presumen de la eficacia de la administración económica).

⁵³ La ponderación ha sido definida como «la forma de decidir de un órgano público prestando atención simultánea a dos o más principios, bienes, intereses, derechos o valores contrapuestos» (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2000: 9) o «el discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios» estableciendo «una relación de precedencia condicionada» (ARROYO, en ORTEGA y SIERRA, 2009: 24).

⁵⁴ La ciencia económica contemporánea ha extendido el campo de su estudio al de todas las demás ciencias sociales (además de la economía política y el análisis económico del Derecho, existen teorías económicas de la educación, del lenguaje, del matrimonio e incluso del suicidio), pero, paradójicamente, también ha estrechado su interés al análisis de cuestiones técnicas muy formales y a su tratamiento matemático. En realidad, esta formalidad metodológica ha podido favorecer la extensión temática de que hablamos: «Es esta generalidad de sus sistemas analíticos, según creo, la que ha facilitado el desplazamientos de los economistas hacia las demás ciencias sociales, donde presumiblemente repetirán los éxitos (y fracasos) que han tenido en la economía» (COASE, 1978: 207). Esta formalidad que favorece su objetivación abstracta puede haberse debido a que la economía dispone de «la vara de medir del dinero» (*ibidem*: 209), una unidad de medida de amplio espectro (si no universal: los administrativistas estamos habituados a ver tasar en dinero hasta los afectos, las expectativas, el dolor o la vida en materia de expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial) que le permite convertir y comparar las más diversas variables. Según Alfred MARSHALL (2005: 19-20), «esta posibilidad de medir de una manera exacta en dinero los móviles de la vida de los negocios ha permitido que la economía haya superado a todas las demás ramas de las ciencias sociales».

⁵⁵ La clásica objeción de la inconmensurabilidad de los valores y bienes en juego puede superarse, como propone DOMÉNECH (en ORTEGA y SIERRA, 2009: 174-176) siguiendo a DIEZ y MOULINES, si se responde desde una perspectiva no ontológica, sino epistemológica o meramente instrumental, es decir, afirmando que lo cuantitativo no es la realidad misma, sino una forma de describirla o aprehenderla. Esta instrumentalidad permite proponerlo como método posible, pero no necesario ni exclusivo, de motivación y control de las decisiones.

de la «equidad» o justicia (porque los fines por ella perseguidos constituyen el canon de justicia igualitaria predeterminado por el ordenamiento jurídico en el Estado social y democrático de Derecho), como se ha sostenido en un apartado anterior, alcanzaremos la conclusión de que la eficiencia es el criterio general que rige la economía del Derecho administrativo.

V. LA CAUSA GENERAL ABIERTA CONTRA ALGUNAS INSTITUCIONES PROPIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. SUS FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS E IDEOLÓGICOS

El estudio llevado a cabo en el apartado anterior de las diversas iniciativas europeas y españolas tendentes a la mejora regulatoria y la reducción de cargas, tanto en general como en materia de servicios, induce a una reflexión general: hoy parece haberse devaluado el valor económico de las instituciones canónicas de nuestro Derecho administrativo, muchas de las cuales son despachadas de forma apodíctica como «barreras», «cargas», «distorsiones» o «costes de transacción» para el mercado, que conviene eliminar o, cuando menos, reducir a su mínima expresión⁵⁶. Esta «acusación de *contra-productividad*» (Jacques CAILLOSSE, en RUFFERT, 2007: 180-182) dio lugar primero al conocido fenómeno de la «huida» del Derecho administrativo y después ha provocado también una cierta tendencia a su «jibarización», que lo constriñe compulsivamente a reducir los tiempos, las formas y los efectos de su intervención sobre el orden socioeconómico. Si en la primera fase aludida los paradigmas fueron la liberalización y la privatización, ahora se propone la mejora regulatoria (*better regulation*)⁵⁷ o, directamente, la desregulación (*deregulation*)⁵⁸.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la elocuente formulación que de la proporcionalidad como principio de buena regulación hace el artículo 4.3 de la Ley de Economía Sostenible respecto de las iniciativas normativas de las Administraciones públicas: «En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado» (la cursiva es mía). El legislador parece presuponer que todas las iniciativas normativas de las AA.PP. son, en mayor o menor medida, restrictivas (¿de derechos?) y distorsionadoras (¿del mercado?).

⁵⁷ En notas anteriores ya he dado razón de la Comunicación de la Comisión *Plan de Acción «Simplificar y mejorar el marco regulador»*, de 5 de junio de 2002 [COM (2002) 278 final], que asumió esta corriente y tuvo continuación en la estrategia de simplificación (2005) y el programa de acción para la reducción de cargas (2007). En las tres comunicaciones, la Comisión insiste en que no son iniciativas de desregulación. También se ha visto que, en España, la mejora regulatoria concebida como parte de la mejora del entorno económico constituye el objeto del capítulo I del Título I de la Ley de Economía Sostenible.

Esta percepción sesgada del Derecho administrativo como problema o amenaza que parece proyectar la economía en nuestros días lo ha sumido en una «crisis de capacidad de control social» (PAREJO ALFONSO, 2010: 970). Contrasta, por cierto, con el prestigio económico de que goza el Derecho administrativo que rige sin complejos la actividad sectorial de *imperium* de los reguladores económicos, muy destacadamente de las autoridades financiera y monetaria y de la competencia⁵⁹. Por estas materias siguen campando pacíficamente las autorizaciones previas, los plazos contados por meses y los silencios negativos. Y las potestades administrativas ampliamente discrecionales de regulación, intervención o sanción, lejos de ser cuestionadas desde la perspectiva de la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, son generalmente percibidas como regalía imponderable y garantía del correcto funcionamiento de la economía⁶⁰. Alejandro NIETO (1986: 148) ya apuntó hace tiempo que este singular canon de legalidad aplicado a la regulación económica «puede ser conveniente, y aun necesario; pero que deja muy mal parado al sistema».

El descrédito de las técnicas clásicas del Derecho administrativo —del que sólo escapan, como vemos, algunas instituciones propias del monetarismo (autoridad financiera) y del liberalismo (autoridad de la competencia)— es tributario de la doctrina neoliberal del Estado mínimo, que alcanzó un gran predicamento en la segunda mitad del siglo pasado de la mano de la conocida como Escuela de Chicago. Entre sus más notorios exponentes se encuentran Milton y Rose FRIEDMAN, que concluían el capítulo de su *Libertad de elegir* expresivamente titulado «La tiranía de los controles» con una afirmación terminante: «La libertad no puede ser absoluta. Vivimos en una sociedad interdependiente. Al-

⁵⁸ Es «en el contexto internacional de liberalización y desregulación de mercados en el que surgen el movimiento de evaluación de las políticas públicas y las propuestas de mejora regulatoria (*better regulation*)». En este contexto pueden distinguirse dos fases: «las reformas de liberalización y privatización de primera generación» y «las reformas subsiguientes, aquellas denominadas de segunda generación», que «es lo que se ha venido denominando procesos de mejora o reforma regulatoria, en inglés *better regulation* o, de manera más amplia, *regulatory reform*» (Comisión Nacional de la Competencia, 2008: 6, 15).

⁵⁹ La crisis económica ha provocado incluso un nuevo auge de la actividad reguladora e intervencionista de la autoridad financiera y un reforzamiento del Derecho público económico frente a la autorregulación fomentada en el pasado reciente (EMBED IRUJO, 2009: 80).

⁶⁰ En la jurisprudencia puede verse la STS de 14 de marzo de 2006 (RJ 2006\1637), sobre la sustitución del Consejo de Administración de Banesto por el Banco de España. En la doctrina, Gaspar ARIÑO (2010: 15) cita a Kenneth DAVIS: «Las reglas son esenciales, pero el poder discrecional es también esencial en la regulación económica». A lo que añade después el autor español: «Y es que los actos de regulación económica, que afectan a un sector industrial o financiero, (...) son difíciles de enjuiciar con los moldes del Derecho administrativo clásico. (...) De esa discrecionalidad no hay que abominar (...). Su juicio no debe ser sustituido por la apreciación (discrecional también) del Juez», sino más bien respetado conforme al «principio de deferencia» del Derecho británico (ARIÑO, 2010: 19, 22, 23, 29).

gunas limitaciones a nuestra libertad son necesarias para evitar otras restricciones todavía peores. Sin embargo, hemos ido mucho más lejos de ese punto. *Hoy la necesidad urgente estriba en eliminar barreras, no en aumentarlas*» (FRIEDMAN, 1980: 104; la cursiva es mía).

De forma científicamente más depurada, Friedrich HAYEK distinguió varias acepciones del concepto «Derecho administrativo». Las dos primeras, referidas respectivamente a la regulación de la actividad de las agencias del gobierno y de sus relaciones con los ciudadanos, no le ofrecían mayores problemas de legitimación. La cuestión surge en relación con su tercera acepción, la referida a «los poderes administrativos sobre las personas y la propiedad», que no consisten en reglas universales de conducta, sino en medidas que persiguen resultados particulares, para lo que necesariamente implican discriminación y discrecionalidad. Y este sentido del Derecho administrativo implica, en opinión del autor, «un conflicto con el concepto de libertad bajo la ley» porque entiende, siguiendo a Carl SCHMITT, que no puede haber igualdad ante una medida como hay igualdad ante la ley (F. A. HAYEK, 1973-1982: 137-139).

Paralelamente a esta construcción filosófica se alzaba un edificio de teoría económica que ha sido utilizado durante décadas como muro de contención contra la actividad económica del Estado. Entre sus piedras basales, el teorema de COASE, la teoría de la regulación de STIGLER y la de la elección pública (*public choice*) de BUCHANAN.

En 1960, COASE formulaba su famoso teorema⁶¹, según el cual, en ausencia de costes de transacción, el mercado asigna los recursos y resuelve las externalidades de forma eficiente sin necesidad de regulación. Para COASE, la producción puede organizarse de tres formas: a través de las transacciones del mercado, por la empresa individual o mediante la regulación del Estado. Su opinión parece primero equidistante, cuando afirma que «una regulación gubernamental directa no permitirá obtener mejores resultados que si se permite que los problemas los resuelva el mercado o la empresa. Pero tampoco existe una razón para pensar que, en ocasiones, dichas regulaciones administrativas gubernamentales no puedan producir una mejora de la eficiencia económica». Sin embargo, esta apariencia de neutralidad se rompe poco después en el texto: «En mi opinión, los economistas y los que definen las po-

⁶¹ La influencia desplegada por esta contribución de COASE ha llevado a George J. STIGLER (1992: 456) a ironizar que *«in the field of law and/or economics, B.C. means Before Coase»*. Y sigue: «B.C., los economistas prestaban poca atención a la mayoría de ramas del Derecho. “El problema del coste social” se convirtió en el artículo más citado en la literatura en la materia, quizás en toda la literatura económica. El Derecho, como otras instituciones sociales, pasó a ser visto por los economistas como un instrumento para la organización de la vida social».

líticas, en general, han tendido a sobreestimar las ventajas que se derivan de la regulación gubernamental. Pero esta creencia, aun cuando estuviera justificada, no hace más que sugerir que la regulación gubernamental debe ser recortada» (COASE, 1994: 137-138)⁶².

George STIGLER teorizaba una década después los riesgos de captura del regulador por los grupos de presión. Para ello situó esta afirmación como tesis central de su teoría: «por regla general, la regulación es conseguida por la industria y es diseñada y ejecutada en su beneficio», lo que es tanto como afirmar que el servicio objetivo al interés general del regulador es una excepción, quizá incluso un mito, mientras que la regla es la dejación de funciones públicas, cuando no la prevaricación o el cohecho⁶³; y propuso como hipótesis general de trabajo que cualquier industria o profesión que tenga suficiente poder político para utilizar al Estado perseguirá el control de entrada (STIGLER, 1971: 3, 5).

En fin, la teoría de la *public choice*, cuyo máximo exponente ha sido BUCHANAN, propone que la economía deje de preocuparse tanto acerca de la asignación de recursos y de la eficiencia para concentrarse en los orígenes, las propiedades y las instituciones del intercambio, esto es, en lo que algunos precursores decimonónicos y HAYEK denominaron con el término griego «catalaxis», la ciencia de los intercambios. BUCHANAN defiende abrir esta ciencia a los intercambios complejos para así poder «contemplar la política, y el proceso político, en términos del paradigma del intercambio».

Y esta proyección de la «catalaxia» sobre la política no sólo tiene un ánimo descriptivo, sino también importantes implicaciones normativas: «En la medida en que el intercambio voluntario entre personas se valora positivamente mientras que la coerción se valora en términos negativos, surge la implicación de que *es deseable la sustitución de lo úl-*

⁶² En todo caso, COASE está lejos de la carga ideológica liberal que muchos de sus divulgadores han atribuido a su teorema (STIGLITZ, 1989: 30; NAPOLITANO y ABRESCIA, 2009: 25). Él mismo trató de aclarar y matizar su tesis años después, en el sentido de que un mundo sin costes de transacción está alejado del mundo real y es una mera hipótesis de trabajo, lo que hace muy necesaria la regulación al servicio de la eficiencia económica (COASE, 1994: 15-20).

⁶³ La prevención general de STIGLER contra la regulación combina agudas reflexiones sustentadas en análisis estadísticos (como el que hace de las variables que influyen en la sujeción de las profesiones a autorización administrativa) con algún prejuicio chocante y por completo acientífico, como ilustra este elocuente pasaje: «Conjeturo que buena parte de la compensación a los líderes legislativos toma la forma de pagos extraparlamentarios. ¿Por qué tantos políticos son abogados? Porque todo el mundo emplea a abogados, de manera que la firma del congresista es una vía adecuada de compensación, mientras que un médico tendría que recibir sobornos en lugar de patrocinio» (STIGLER, 1971: 13). El autor parece desconocer las múltiples vías, tanto directas como indirectas, por las que puede retribuirse a cualquier profesional o pequeño empresario, así como que la principal función del Parlamento es legislar, que consiste en crear Derecho, por lo que alguna lógica tiene que emplee a más juristas que médicos.

timo por lo primero, suponiendo, claro está, que dicha sustitución sea tecnológicamente factible y no sea prohibitiva en el coste de recursos. Esta implicación nos ofrece el apoyo normativo a *la proclividad del economista de la elección pública a favorecer los acuerdos de tipo mercado* donde sean factibles, y a favorecer la descentralización de la autoridad política en las situaciones apropiadas» (BUCHANAN, 1986: 19-22; las cursivas son mías)⁶⁴. Dicho más brevemente: el mercado (intercambio voluntario) es preferible al Estado (intercambio basado en el poder o la coerción).

Pero si HAYEK recibe el Premio Nobel en 1974, FRIEDMAN en 1976, STIGLER en 1982, BUCHANAN en 1986 y COASE en 1991, STIGLITZ —que encarna una cierta reacción keynesiana finisecular frente al liberalismo precedente— lo recibiría en 2001.

Joseph E. STIGLITZ rechaza la preeminencia apriorística sea de la empresa privada, sea del Estado como organización económica, porque ambos tienen ventajas e inconvenientes y ambos presentan ejemplos de ineficiencia. En su opinión, de un lado, es una falacia que lo público sea siempre y en todo lugar ineficiente y, de otro lado, el funcionamiento del mercado con información imperfecta y mercados de riesgo incompletos conduce con frecuencia a resultados que cuestionan su eficiencia.

Según su *Fundamental Non-decentrability Theorem*, en general, el mercado no logra hacer asignaciones eficientes sin la intervención estatal. De hecho, en su opinión, sólo bajo circunstancias excepcionales los mercados son eficientes, lo que abre el campo del rol potencial del gobierno. Luego el Estado no sólo tiene un papel redistribuidor al servicio de la equidad, sino que también cumple un rol al servicio de la propia eficiencia, que por otro lado ya no cabe separar netamente de aquélla, porque una distribución muy desigual de los ingresos o de la propiedad plantea, por ejemplo, graves problemas de incentivos (Joseph E. STIGLITZ, 1989: 32-33, 36-40).

El mismo COASE (1994: 15) quiso apostillar su famoso teorema, años después y a la vista de las interpretaciones a que había dado lugar, afirmando que «para que exista algo similar a la competencia perfecta se necesita un intrincado sistema de normas y regulaciones», como ocurre con las bolsas y mercados de valores, cuya regulación los economistas interpretan como «un intento de ejercer un poder monopólico

⁶⁴ Por lo demás, la valoración que hace BUCHANAN de los representantes políticos no es mucho mejor que la de STIGLER reseñada en la nota anterior. En su opinión, como *homo economicus* que es, el representante persigue la reelección y, por tanto, «busca cualquier excusa para crear déficits presupuestarios» (BUCHANAN, 1986: 25). Asimismo, para los defensores de la *public choice*, el burócrata persigue naturalmente maximizar el gasto en los programas de su competencia, porque así aumenta su poder económico.

que trata de restringir la competencia. Ignoran o no alcanzan a comprender una explicación alternativa: que existen para reducir los costes de transacción y para permitir el crecimiento del volumen comercializado».

En todo caso y más allá de la posición ideológico-científica que se adopte en este apasionante debate, lo cierto es, como ya apuntaba más atrás, que las instituciones jurídicas en general, y las jurídico-administrativas en particular, cumplen una función esencial para el correcto funcionamiento de los sistemas económicos. Sin embargo, las lecturas hasta aquí manejadas sobre economía política y teoría de la regulación económica utilizan instituciones jurídicas (tales como derechos subjetivos, propiedad, obligaciones, responsabilidad por daños, jurisprudencia, poder público, potestades administrativas, normas, competencias, etc.) con tanta fluidez como superficialidad y apenas citan referencias de la literatura científica jurídica⁶⁵. Y, sin embargo, el Derecho importa.

Sin duda, este último aserto gana en autoridad y prestancia puesto en boca de otro Premio Nobel de Economía: «Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, expresado más formalmente, son las constricciones concebidas por la humanidad que dan forma a la interacción humana. (...) Que las instituciones afectan al funcionamiento de las economías apenas es controvertido. Que el funcionamiento diferencial de las economías en el tiempo es influenciado fundamentalmente por la forma en que evolucionan las instituciones tampoco es controvertido. Y, sin embargo, ni la teoría económica actual ni la historia cliométrica⁶⁶ muestran muchos signos de apreciar el papel de las instituciones en el funcionamiento económico porque todavía no hay un marco analítico para integrar el análisis institucional en la economía y la historia económica», marco que el autor se propone construir con el propósito declarado de tender puentes entre la investigación de las ciencias sociales (Douglass C. NORTH, 1990: 3, 5).

⁶⁵ En opinión de José Eugenio SORIANO (2010: 56), «los economistas tienen, por así decir, una “superioridad epistemológica” basada en la pertinaz creencia de que lo suyo es “ciencia” y lo nuestro “arte”, lo que les lleva a interesarse muy poco por lo que los jurisperitos suelen decir». Entre los citados en el cuerpo del texto, el caso de HAYEK (que maneja con soltura a BECCARÍA, SCHMITT, KELSEN o HART, entre otros) es singular pues era Doctor en Derecho.

⁶⁶ La cliométrica designa una corriente renovadora de la historia económica que propone la aplicación sistemática de la teoría económica, la econometría y otros métodos formales o matemáticos para estudiar la historia, en particular la económica (voz «new economic history», en <http://en.wikipedia.org>).

VI. RECAPITULACIÓN FINAL

El mayor riesgo de la apertura de la ciencia del Derecho a las ciencias sociales en una cultura jurídica globalizada es el de caer de forma acrítica en un sincretismo que acumule en aluvión tal cantidad de sedimentos de los diferentes afluentes abiertos (la economía, la sociología, la ciencia política; la doctrina francesa, alemana, italiana, norteamericana) que enturbie las aguas, complique el cauce con meandros sin fin o incluso lo ciegue por saturación. Es necesario abrirse a las ciencias y doctrinas vecinas, sin duda, pero también es preciso hacer una importante labor de depuración metodológica de los aportes recibidos para poder integrarlos sin violencia en el sistema.

Los conceptos empleados a lo largo de este artículo son un buen ejemplo: la noción anglosajona de *regulation* no basta con traducirla literalmente, hay que transponerla adecuadamente a nuestro régimen administrativo. Y los conceptos de eficiencia, eficacia, proporcionalidad, ponderación, necesidad, simplicidad y celeridad conforman un grupo léxico ideológico dentro del lenguaje jurídico de nuestro Derecho administrativo, cuyas relaciones no es fácil desentrañar pero sí necesario.

El criterio (originalmente económico, hoy también jurídico) de la eficiencia persigue la relación óptima entre medios y fines. Y hemos comprobado que la eficiencia puede servir como criterio de ponderación entre principios o derechos contrapuestos en ámbitos muy diversos del Derecho público.

Así, por ejemplo, en las relaciones jurídicas arquetípicas entre Administración y ciudadanos que plantean un conflicto entre la potestad de la primera y la libertad de los segundos, la eficiencia consiste en una ponderación entre los principios constitucionales de proporcionalidad (tributario de la cláusula de Estado de Derecho: BARNÉS, 1994)⁶⁷ y de eficacia (que lo es de la cláusula de Estado social: PAREJO, 1995). Este criterio, expresado en positivo como mandato a los poderes públicos, sujeta la acción de las Administraciones públicas a un examen de necesidad y proporcionalidad, como afirma la Directiva de Servicios, pero también a un examen de suficiencia o idoneidad. Y expresado en los términos negativos o prohibitivos acuñados por la doctrina alemana, es tanto una «prohibición de exceso» (*Übermassverbot*, locución que designa en Derecho alemán al principio de proporcionalidad) como también una «prohibición de defecto» (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 26).

⁶⁷ Del que los criterios de simplicidad y de celeridad, a su vez, son corolarios o especificaciones de carácter procedimental.



Pero si hablamos de relaciones interadministrativas, la eficiencia puede servir de criterio de ponderación entre el principio de descentralización del Estado autonómico, el de subsidiariedad de la Unión Europea o el de proximidad al ciudadano del Derecho local, de un lado, y, de otro, el de eficacia del Estado social, que en un Estado compuesto demanda vínculos de cooperación y coordinación.



En fin, más atrás se han puesto otros ejemplos diversos en los que los modelos analíticos de la eficiencia podían servir para ponderar entre principios objetivos o derechos públicos subjetivos.

Por último, de forma general y con independencia del campo de actuación de la Administración, la eficiencia es siempre una ponderación entre la economía de recursos, la simplicidad y la celeridad demandadas por el derecho a una buena Administración, y la eficacia de ésta, capitales ambas para la realización del Estado social.



Aunque esta última sea la noción de la eficiencia que más familiar le resulta a un jurista, un economista no tendría problema alguno en plantear también los anteriores como problemas de eficiencia. Dada la recepción general que el criterio de eficiencia ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo positivo, su consideración como criterio jurídico de actuación no sólo no distorsiona el sistema, sino que, por el contrario, es muy clarificador, simplificador y enriquecedor de los juicios de ponderación entre principios objetivos o derechos subjetivos en el Derecho público, a los que dota de un aparato analítico muy útil para la motivación y el control de las correspondientes decisiones discrecionales de los poderes públicos, pero que ha sido

hasta ahora poco desarrollado y utilizado entre nosotros. La plena asunción del criterio de eficiencia por el Derecho administrativo no sólo puede contribuir a mejorar la regulación y aumentar la eficacia de la Administración, sino también a dar «una respuesta competitiva» a los retos que aquél afronta hoy dentro del concierto de las ciencias sociales.

VII. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

- ALBI, Emilio (1992): «Evaluación de la eficiencia pública (El control de eficiencia del sector público)», *Hacienda Pública Española*, núms. 120-121.
- ALBI, Emilio; GONZÁLEZ-PÁRAMO, José Manuel, y LÓPEZ CASASNOVAS, Guillem (1997): *Gestión pública*, Ariel, Barcelona.
- ALBI, Emilio; GONZÁLEZ-PÁRAMO, José Manuel, y ZUBIRI, Ignacio (2009): *Economía pública I*, 3.ª ed., Ariel, Barcelona.
- ALEXY, Robert (2008): *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2010): «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», núm. 182 de esta REVISTA.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar; CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la, y LÓPEZ DE CASTRO, Lucía (1999): *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Comares, Granada.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2009): «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2.
- BALLBÉ, Manuel, y PADRÓS, Carlos (1997): *Estado competitivo y armonización europea. Los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona.
- BARNÉS, Javier (1994): «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», núm. 135 de esta REVISTA.
- (2006) (Ed.): *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla.
- BETANCOR, Andrés (2010): *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Cívitas (Thomson Reuters), Madrid.
- BUCHANAN, James M. (1986): *Liberty, market and State*, Harvester Press, Brighton.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (1998): «La Beschleunigung o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania», núm. 147 de esta REVISTA.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert (1987): «Eficiencia y Derecho», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4.
- (1988): «Justicia, eficiencia y Derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1.
- CASSESE, Sabino (2010): «El estado presente del Derecho administrativo italiano», núm. 183 de esta REVISTA.
- CASTILLO BLANCO, Federico A. (2002): *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, Madrid.
- Círculo de Empresarios (2011): *Administraciones territoriales: propuestas para la mejora de la eficiencia y de la unidad de mercado*, Madrid.
- COASE, Ronald H. (1960): «The problem of social cost», *Journal of Law and Economics*, núm. 3.
- (1978): «Economics and contiguous disciplines», *The Journal of Legal Studies*, núm. 7.
- (1994): *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, Madrid.
- COLMEIRO, Manuel (1850): *Derecho administrativo español*, tomo I, Ángel Calleja, Madrid [ed. facsímil de la Escola Galega de Administración Pública, 1995].
- (1870): *Principios de economía política*, 3.ª ed., Imprenta de Fermín Martínez, Madrid.

- Comisión Nacional de la Competencia (2008): *Trabajando por la competencia. Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, Madrid.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2002): «Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa», en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, INAP, Madrid.
- DESCALZO GONZÁLEZ, Antonio (2011): voz *eficacia administrativa*, en VV.AA., *Léxico en cultura de la legalidad. Cincuenta voces para un léxico en cultura de la legalidad*, pendiente de publicación.
- DWORKIN, Ronald (1980a): «Is Wealth a value?», *The Journal of Legal Studies*, núm. 9. [Existe traducción española: «¿Es la riqueza un valor?», *Estudios Públicos*, núm. 69, 1998].
- (1980b): «Why efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner», *Hofstra Law Review*, núm. 8.
- EIDENMÜLLER, Horst (2005): *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübinga.
- EMBED IRUJO, Antonio (2009): *El Derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2007): «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22.
- FRIEDMAN, Milton y Rose (1980): *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, 2.ª ed., Grijalbo, Barcelona.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1999): «La influencia extranjera en el Derecho administrativo español desde 1950 a hoy», núm. 150 de esta REVISTA.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1983a): «Cien números de la “Revista de Administración Pública”», núms. 100-102 de esta REVISTA.
- (1983b): *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.ª ed., Cívitas, Madrid.
- (1999): «Para una historia interna de la “Revista de Administración Pública”», núm. 150 de esta REVISTA.
- HAYEK, F. A. (1973-1982): *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Routledge, London.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, y SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (1998) (Eds.): *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden.
- IHERING, Rudolf von (2000): *El fin en el Derecho*, Comares, Granada [1.ª ed. original: 1877-1883].
- KATZ, Michael L., y ROSEN, Harvey S. (1995): *Microeconomía*, McGraw-Hill/Irwin, Bogotá.
- KRUGMAN, Paul, y WELLS, Robin (2006): *Introducción a la economía. Microeconomía*, Reverté, Barcelona.
- LEISNER, Walter (1971): *Effizienz als Rechtsprinzip*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga.
- LIPSEY, Richard G., y HARBURY, C. (1993): *Principios de economía*, Vicens Vives, Barcelona.
- MARSHALL, Alfred (2005): *Principios de economía*, Fundación ICO, Madrid [traducción de la 8.ª ed. inglesa, 1920].
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1998): «De la simplificación de la Administración pública», núm. 147 de esta REVISTA.
- MATHIS, Klaus (2009): *Efficiency instead of Justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*, Springer.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1993): *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid.
- (2004): *Constitución*, Iustel, Madrid.
- (2010): «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, enero.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago, y ESTEVE PARDO, José (2009) (Dir.): *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel/Fundación Ortega y Gasset, Madrid.
- NAPOLITANO, Giulio, y ABRESCIA, Michele (2009): *Analisi economica del diritto. Teoria, applicazioni e limiti*, Il Mulino, Bolonia.
- NIETO, Alejandro (1975): «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo», núm. 76 de esta REVISTA.
- (1986): *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2011): «¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control del acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis» (mimeo), en *VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Palma de Mallorca.
- NORTH, Douglass C. (1990): *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, Cambridge.
- OGUS, Anthony I. (2004): *Regulation: legal form and economic theory*, Hart Publishing, Oxford y Portland, Oregon.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (1994): «El reto dogmático del principio de eficacia», núm. 133 de esta REVISTA.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, y SIERRA, Susana de la (2009) (Coords.): *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- PARADA, Ramón (2010): *Derecho administrativo. II. Organización y empleo público*, 21.ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1995): *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP/BOE, Madrid.
- (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, junio.
- (2010): *Problemas actuales del Derecho administrativo*, en RUIZ OJEDA, Alberto, et al., *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, COSITEL/Iustel, Madrid.
- PONCE SOLÉ, Juli (2009): «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», núm. 180 de esta REVISTA.
- POSNER, Richard A. (1980): «The value of Wealth: A comment on Dworkin and Kronman», *The Journal of Legal Studies*, núm. 9.
- (2007): *El análisis económico del Derecho*, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la (2009a): «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, octubre.
- (2009b) (Dir.): *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid.
- QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la (2007): «¿Quo vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009) (Dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas*, Civitas, Madrid.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- ROSE-ACKERMAN, Susan (1988-1989): «Progressive Law and Economics-And the New Administrative Law», *The Yale Law Journal*, núm. 98.
- RUFFERT, Matthias (2007) (Ed.): *The transformation of administrative law in Europe. La mutation du droit administrative en Europe*, Sellier European Law Publishers, Munich.
- SAMUELSON, Paul A., y NORDHAUS, William D. (2010): *Economía*, 19.ª ed., MacGraw-Hill, México.

- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2007): «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», *Justicia Administrativa*, núm. 36.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003): *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, INAP/Marcial Pons, Madrid.
- SEN, Amartya (1987): *On ethics & economics*, Basil Blackwell, Oxford y Cambridge, Massachusetts.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio (2010): «Juristas y economistas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, enero.
- STIGLER, George J. (1971): «Theory of regulation», *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1 (primavera).
- (1978): «Wealth, and possibly liberty», *The Journal of Legal Studies*, núm. 7.
- (1992): «Law or economics?», *The Journal of Law & Economics*, vol. XXXV, octubre.
- STIGLITZ, Joseph E., et al. (1989): *The economic role of the state*, Basil Blackwell, Oxford.
- (2000): *La economía del sector público*, 3.ª ed., Antoni Bosch, Barcelona.
- TORNOS MAS, Joaquín (2000): «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», núm. 151 de esta REVISTA.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2005): «Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 8.
- (2010a): *La eficacia territorial y temporal de las normas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2010b): «De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los “servicios sociales” y su aplicación en materia de vivienda», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25.
- VV.AA. (1989): «Administración y Constitución: el principio de eficacia», monográfico de *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, abril-septiembre.
- (2008a): «La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (La Directiva Bolkestein)», monográfico de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14.
- (2008b): «Globalizzazione e diritto pubblico dell'economia (discussione sul libro di Marco D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*)», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3.
- (2010): «Le droit publique économique face à la crise économique», coloquio de la *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, julio-agosto.