

La potestad organizatoria y la relación de instrumentalidad: una visión actual

Alberto Palomar Olmeda¹

Sumario.- 1.- Un apunte clásico sobre la potestad organizatoria. 1.1.- Aproximación general. 1.2.- Elementos centrales sobre el debate organizativo en los últimos años de la organización administrativa española. 2.- La consecuencia ineludible: la crisis de la potestad organizatoria. 2.1.- El ejercicio de la potestad organizatoria. 2.2.- El alcance de la crisis organizatoria. 3.- Elementos estructurales de la relación de instrumentalidad con personificación pública. 3.1.- El control inicial. 3.2.- El compromiso de gestión: la misión medida en objetivos. 3.3.- El control subsiguiente. 4.- Algunos elementos de uso común en la gestión que irradiarían mayor racionalidad. 4.1. Memoria justificativa. 4.2.- Contabilidad de costes. 4.3.- Seguimientos en términos de eficacia-eficiencia. 4.4.- La conclusión: la personificación es posible cuando se obtienen mejoras de gestión o de ahorro. La legitimación por los resultados. 5.- Algunas propuestas adicionales: la vertiente reaccional.

1.- Un apunte clásico sobre la potestad organizatoria.

1.1.- Aproximación general.

Los trabajos más convencionales sobre las formas de organización de las Administraciones Públicas venían a considerar que la potestad organizatoria es un componente inherente a cualquier organización y se traduce en la capacidad de decidir el esquema organizativo en orden a la mejor forma de conseguir el cumplimiento de los respectivos fines asignados, convenidos o asumidos según la respectiva forma jurídica asumida².

Esa capacidad de decidir y de ordenar los respectivos procesos de producción y de prestación de servicios se considera inherente a quienes ejercen la función de dirección dentro de las mismas³. La capacidad de organización es, en consecuencia, una parte de la función directiva y, en muchos casos, una de las funciones más directamente vinculadas a la responsabilidad por la gestión puesto que considera que el acierto en las decisiones de organización es uno de los elementos centrales para evaluar el acierto y el éxito de las políticas de gestión⁴.

Esta perspectiva es idéntica en las organizaciones públicas y privadas aunque parece que, de alguna forma, ha formado parte más del debate y el desarrollo de las organizaciones privadas que en las públicas. Realmente es difícil formular un juicio cerrado y definitivo sobre las causas de esta situación aunque es probable que la falta de una auténtica política de dirección pública en el ámbito de las Administraciones Públicas arrastre éstas al inmovilismo frente a las entidades privadas tan urgidas a la

¹ Profesor Titular Acred. De Derecho Administrativo.

² García Pelayo M.: Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid. 1982. Tortella G.: El desarrollo de la España contemporánea. Historia Económica de los siglos XIX y XX. Madrid. 1994. Posada Herrera, J.: Lecciones de Administración. Madrid.1988.

³ Laufer R. y Burlaud A.: Dirección Pública: gestión y legitimidad. Madrid. 1989.

⁴ López Benítez M.: "El principio constitucional de jerarquía en materia organizativa". En la Obra colectiva, Dir. Santamaría Pastor. J. Madrid. 2010. Liga a la potestad de emanar instrucciones y ordenes de servicio a dicha potestad y analiza el resto de poderes del órgano superior sobre los actos de los inferiores. Pág. 716-717.

Desde otra perspectiva, Martín-Retortillo Baquer, L.: Crisis económica y transformaciones administrativas. Revista Española de Derecho Administrativo. Enero-Marzo 2012. Núm. 153.

movilidad y al cambio para conseguir la eficiencia económica y los beneficios de su gestión.

Sin embargo, no existe duda de que, con sus peculiaridades, se trata de un problema común ya que la realización de las funciones (las que se quiera) no puede estar al margen de la forma y la estructura necesaria para realizar dichas funciones⁵. En todo caso recordemos que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el artículo 103.1 de la CE se limita a señalar una serie de principios que vertebran la actuación pública en general y, en lo que sea aplicable, en el ámbito organizativo, sin determinar la forma de relación o prevalencia de los mismos. En concreto, el artículo señala que <<...1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho....>>.

Estos principios habilitan, como inmediatamente analizaremos, la adopción de decisión alternativas en las que unas veces se aprecia un predominio de esquemas ligados a la jerarquía, otros, a la descentralización (funcional o territorial) o la reordenación territorial. Esto nos permite decir que los principios constitucionales conviven armónicamente y sin predominio de unos sobre otros de forma que es la ley – ex artículo 103.2 CE- la que, finalmente, determina la forma de ejercicio de potestad organizatoria que es la que permite decidirse por una u otras formas de entre las posibles y establecidas en la Ley.

Como consecuencia, y con un marco que deja abierto el campo a la determinación legal y con una regulación legal que, como veremos, no resulta imperativa en sus decisiones sino “enmarcadora” de las decisiones y de las consecuencias en el régimen jurídico de los diferentes fenómenos de personificación, la cuestión no es cómo se produce la definición legal sino, esencialmente, cómo se ejerce la potestad organizativa para situar una determinada función en el marco de una determinada forma organizativa.

En este sentido y en punto al ejercicio de la potestad organizativa debemos indicar que las organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, no pueden ser ajenas a los procesos de cambios que se están produciendo en nuestra sociedad. Así, por ejemplo, cuestiones como la revolución tecnológica⁶, la apertura de mercados, la externalización de servicios⁷, los cambios en la gestión de los recursos humanos son

⁵ Villoría Mendieta M.: Modernización administrativa y gobierno post-burocrático. En la Obra Colectiva “la Nueva Administración Pública”. Madrid. 1997.

⁶ Álamo González N.: La utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones entre Administraciones Públicas y los ciudadanos (en particular, registros telemáticos y notificaciones) hacia un cambio de modelo. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 133. Enero-Marzo. 2007.

⁷ Desde otra perspectiva puede verse el trabajo de Craig, P.: «La externalización de funciones públicas. La Ley Británica de Derechos Humanos y el del control judicial», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, abril-junio de 2012.

Cantero Martínez, J.: El debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras Administraciones Públicas. Crisis económica y función pública, ¿solución o problema?, Dir. Fuentetaja Pastor, J. y Cantero Martínez, J., Madrid, 2012.

De Álvaro Montero, A.: «Las «nuevas» modalidades contractuales y el mantenimiento del equilibrio financiero», en *La Administración en tiempos de crisis. Presupuestos, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Dir. Palomar Olmeda, A., Navarra, 2012.

Craig P.: La externalización de funciones públicas, la Ley británica de derechos humanos y el alcance del control judicial. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 154. Abril-Junio. 2012.

elementos que, junto a otros adicionales, marcan una forma diferencial de orientar la organización en cada momento y en cada proceso⁸. La incidencia de estos y otros factores adicionales en la forma de gestión es lo que ha llevado a la amplia transformación que se ha acometido en el mundo privado y la que, en gran medida, está pendiente en el ámbito público.

Cuando todo esto está en cuestión y en una profunda transformación de los paradigmas habituales es claro que la respuesta organizativa está, finalmente, condicionada por el alcance o el límite de la transformación. No es fácil cambiar los procesos y mantener la estructura porque en el fondo ésta lo que hace es dar cobertura formal a un conjunto de procesos y ordenarlos de cara a la prestación de servicios y a la visualización de un producto final.

De alguna forma se considera que la lucha por el cumplimiento de los respectivos fines exige una capacidad de pensar o de decidir cómo se llega a conseguir los mismos. La conformación de un modelo propio de organización es, históricamente, algo indisolublemente unido al propio ejercicio de la competencia. De hecho, como señala Carrillo, se ha producido una cierta concreción de este concepto sobre la base del reconocimiento del derecho a la buena administración⁹. Literalmente afirma que <<...la CE no se refiere de forma expresa a la buena administración, pero tampoco puede negarse la sensibilidad del constituyente al modo en el que la Administración ha de tratar los asuntos de los ciudadanos, acrisolada con la objetividad y la eficacia que enuncia el artículo 103.1 de la misma y derivados del principio democrático y de la concepción misma del Estado de Derecho. Por eso no ha de extrañar que haya podido afirmarse que si no un “derecho a una buena administración”, nuestra Constitución sí consagra implícitamente un “deber jurídico de buena administración” entendido como un deber de diligencia que se correspondería con un derecho al procedimiento debido...>>¹⁰. Es cierto, como señala el citado Autor, que poco a poco se produce una recepción del principio en el marco de las leyes sectoriales (TRLRL¹¹, TRLCSP¹² y LPAP)¹³.

Desde una perspectiva más general podemos reseñar que ha sido tradicional entre nosotros aludir a la falta de interés por la organización administrativa tanto en su configuración, justificación y funcionalidad como en los propios estudios sobre la misma. Podríamos llegar a decir que esta referencia se ha convertido en un tópico, probablemente, porque no son muchos los estudios ni mucha la insistencia en analizar la organización administrativa que desmientan la aseveración inicial¹⁴.

⁸ Con carácter histórico: Forsthoff E. Sociedad Industrial y Administración Pública. Madrid. 1967.

⁹ Tomás Mallén, B.: El derecho fundamental a una buena administración. Madrid. 2004.

¹⁰ Carrillo Donaire J.A.: Buena Administración ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?. En la Obra Colectiva: Principios Jurídicos del Derecho Administrativo. Dir. Santamaría Pastor. J. Madrid 2010. Pág. 1150. En la cita toma la referencia de Ponce Sole, J.: Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y el ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid. 2001.

¹¹ Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local

¹² Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

¹³ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

¹⁴ Esta afirmación se realiza con el máximo respeto a la Obra existente y, entre ella, al libro de Parejo Alfonso, L.: Organización y poder de organización, Madrid 2009, que constituye un esfuerzo en la

Es lo cierto que, más allá de la incidencia de los aspectos organizativos lo que sí puede decirse -sin miedo a equivocarnos- es que detrás del debate sobre las formas de organización lo que realmente existe es una aguda discusión, de alcance más general, sobre la forma de gestión de lo público. Podemos indicar en este punto que no hemos sido capaces de conseguir una fórmula, mínimamente válida, ni con proyección general sobre la forma de gestionar los asuntos administrativos, lo que conduce a una política de bandazos continuos y de fórmulas diferenciadas no siempre meditadas en su adaptación al caso concreto e, incluso, en su transposición y adaptación general al modelo español.

Añadamos a lo anterior la simple consideración de que este debate se ha <<ensuciado>> en la actualidad con el debate más profundo de cuánto sector público y en qué ámbitos de la vida social. La confusión de ambos debates convierte este momento en especialmente complejo para entender la realidad.

La reflexión sobre “lo organizativo” es, en gran parte, de modelo o, por decirlo en términos más sencillos, de la falta de modelo. La organización administrativa española de los dos últimos siglos no ha seguido una pauta definida si no que se ha construido sobre la base de tendencias de otros países, de inercias propias de cada organización y, finalmente, y, en términos coloquiales, de cuanto hemos sido capaces de configurar – sin gran criterio- para conseguir la dinamización de la gestión pública¹⁵.

En síntesis, como señala Gallego << el presente análisis y material parte de un principio dominante en el Derecho Público español y, realmente, europeo: el Estado como persona jurídica, es decir, como organización personificada. A partir de este principio se van calificando los órganos, partes de órgano, etc....que ejercen las competencias cuya titularidad es la persona jurídica...>>¹⁶.

Esta referencia genérica nos sirve para fundar el análisis que aquí se va a realizar sobre el ejercicio de la potestad organizatoria de la que, en todo caso, cabe señalar que no es homogénea en relación con su ámbito de extensión.

Desde esta posición podemos indicar que incluimos en el concepto la capacidad de ordenación interna dentro de una macro-organización definida sobre la personalidad jurídica de las Administraciones Territoriales (AGE¹⁷, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) y la capacidad de ordenar, dentro de la respectiva administración, las formas de estructuración y funcionamiento en función de la propia competencia y de la forma de ejercerla en el marco de los principios constitucionales que inspiran el funcionamiento de la Administración¹⁸.

teorización sobre la materia. Nieto García A.: Condicionantes y determinantes de la Administración Pública española histórica. Revista GAPP. Núm. 7-8. Septiembre. Madrid.1996.

¹⁵ Albi F. Tratado de los modos de gestión de la Corporaciones Locales. Madrid. 1960.

¹⁶ Gallego Anabitarte, A.: Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización. Madrid. 2000. Pág. 22.

¹⁷ A modo de ejemplo, en relación con las administraciones territoriales, el artículo 2º de la LOFAGE establece que <<... 2. La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única...>>.

¹⁸ En este sentido, el artículo 5 de la LOFAGE, señala que <<...1. Los órganos de la Administración General del Estado y de sus Organismos públicos se crean, modifican y suprimen conforme a lo establecido en la presente Ley...>>. Adicionalmente, el artículo 10 de la misma Ley establece que <<...1. Las Subsecretarías, las Secretarías Generales, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones Generales, las Subdirecciones Generales, y órganos similares a los anteriores se crean,

Pero, sin duda, una de las características más notables de la Administración es la de utilizar la propia personalidad para la creación de personas jurídicas diferenciadas, pertenecientes a la misma Administración pero con la característica de tener una manifestación exterior diferenciada de la propia Administración¹⁹. Esta potestad no es ni se ejerce de forma homogénea porque admite, a su vez, la creación de órganos administrativos o de órganos con presencia pública (aunque la presentación formal sea diferenciada) y adopte la vestidura formal de sociedad, fundación, asociación o cualquiera otra válida en derecho.

En estos casos y como señalamos en diversas ocasiones existe un límite adicional ya que estas formas no-administrativas solo pueden utilizarse para funciones diferentes a las del ejercicio de potestades. La delimitación del concepto de potestades nos introduce en un elemento adicional de confusión tanto en su propia delimitación actual como en las características de su ejercicio. Sin embargo, no este nuestro objetivo específico de análisis que se sitúa en un estadio previo y centrado en la primigenia decisión de ejercicio de la competencia o la función dentro de la propia organización o si debe visibilizarse mediante una personificación instrumental.

Se apuntan aquí dos elementos que son claves para el enfoque de la cuestión: potestad organizatoria y sus límites incluyendo en estos la propia capacidad de crear (o para ser más exactos, instar la creación) organizaciones personificadas que operan como instrumentos de la propia acción administrativa y que se vinculan con la matriz sobre la base de principios diferentes a los comunes. No debe olvidarse, en este punto, los principios que proceden de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible y en la que se indica – artículo 3º- que “la acción de los poderes públicos en sus respectivos ámbitos de competencia para impulsar la sostenibilidad de la economía española, en los términos definidos en el artículo anterior, estará guiada por los siguientes principios:... 2. Estabilidad de las finanzas públicas.–Las Administraciones Públicas garantizarán la estabilidad en el tiempo de sus finanzas para contribuir al mejor desenvolvimiento de la actividad económica y al adecuado funcionamiento del Estado.

3. Racionalización de las Administraciones Públicas.–Las Administraciones Públicas adoptarán medidas de simplificación y sostenibilidad de la estructura administrativa y de acceso directo de los ciudadanos a los servicios y

modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas.2. Los órganos de nivel inferior a Subdirección General se crean, modifican y suprimen por orden del Ministro respectivo, previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas.3. Las unidades que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo...>>.

¹⁹ Es cierto que la creación de organismos públicos se realiza por ley y que, por tanto, el ejercicio de la potestad organizatoria se centra, esencialmente, en el ejercicio de la iniciativa legislativa para el ejercicio diferenciado de funciones al margen de la estructura centralizada de la AGE. Así lo establece el artículo 61 de la LOFAGE cuando señala que <<...1. La creación de los Organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales se efectuará por Ley. La Ley de creación establecerá:

a) El tipo de Organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el Ministerio u Organismo de adscripción.

b) En su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.

2. El anteproyecto de Ley de creación del Organismo público que se presente al Gobierno deberá ser acompañado de una propuesta de estatutos y del Plan inicial de actuación del Organismo a los que se refiere el artículo siguiente...>>.

prestaciones públicas garantizando una actuación ética, eficaz, eficiente y transparente....>>.

Así, mientras en el marco de una única organización, la referencia fundamental es el principio de jerarquía el que explica las relaciones cuando aparece la personificación pública diferenciada (ya sea de derecho público o de derecho privado) los elementos de relación-coordinación se tornan y se centran en la tutela administrativa con unas u otras facultades en función de la propia naturaleza jurídica de la personificación realizada.

Es cierto que cuando se ha intentado redefinir los límites reales de la tutela – como manifestación genérica del control- no resulta sencillo encontrar sus elementos definitorios en términos absolutos salvo aquellos que se refieren a la posibilidad de designar los titulares de la organización instrumental, la de conocer en fase de recurso (el que tradicionalmente hemos denominado como alzada impropia) las decisiones de la organización personificada, la del control en vía de confección presupuestaria por la integración en la misma Sección que el Departamento matriz, la de dirigir o establecer las líneas directrices de la organización y, eventualmente, el control de eficacia de los órganos creados.

De este conjunto de facultades las que se refieren a la capacidad de remoción y dirección son las que realmente han resultado más perceptibles y visualizables pero es cierto que en las experiencias más conocidas, no se aprecia una intensidad diferente de la que se tiene con los propios órganos directivos o superiores en la organización centralizada. Esta simple impresión nos conduce a señalar que el principio de autonomía y de gestión diferenciada no encuentra en este marco un espacio suficiente y que acaba pareciéndose bastante a las relaciones entre órganos superiores y directivos de la Administración convencional.

Este apunte nos sitúa ante una realidad que exponemos a modo de visión panorámica y que nos permite indicar los perfiles de la potestad reglamentaria indicando que la misma incluye una manifestación puramente interna mediante la estructuración y la ordenación ad intra de una persona jurídica, o bien, admite la utilización de personas jurídicas diferenciadas – ad extra- creadas, precisamente, para conseguir una mejora en la gestión y en el ejercicio de la propia competencia.

La definición de las figuras jurídicas en las que pueden plasmarse ambas modalidades de la potestad organizatoria están razonablemente claras en las normas de organización de las respectivas Administrativas Públicas lo que nos permite decir que es posible conocer las figuras e instituciones en las que se plasma. Al lado de esto lo que resulta menos sencillo de entender y de analizar es la justificación o el porqué de la decisión de dar los respectivos pasos para ubicar una función en una o en otra y cómo la Administración y sus órganos máximos de decisión puede llegar o no a controlar su ejercicio.

Este escenario nos sitúa, por tanto ante un concepto y una definición de la potestad organizatoria que trasciende, por tanto, de la ordenación interna de una organización plasmada en la posibilidad de crear órganos y unidades para situarse en un plano más amplio que incluye, sin duda, a éste pero que admite, adicionalmente, operaciones de mayor alcance como son las relativas a la creación y a la utilización de personificaciones para el ejercicio de este fin.

A partir de esta acotación conceptual se plantean diversas cuestiones. La primera, sin duda, es la justificación racional de los límites de la utilización de la potestad de personificación diferenciada y, por tanto, cuándo y cómo puede admitirse la utilización de formas ajenas a la propia organización y cuándo no. La segunda, es la “reformulación” de los controles y de los sistemas de supervisión de la actividad administrativa que se realiza por las diferentes formulas de organización.

Antes de profundizar en este ámbito parece necesario examinar la necesidad y la justificación de un análisis como el que se propone que es, en gran parte, fruto de la historia reciente y del propio uso que se ha dado a la potestad organizatoria considerada en los términos que, brevemente, acaban de exponerse.

1.2.- Elementos centrales sobre el debate organizativo en los últimos años de la organización administrativa española.

En el sentido propuesto en el apartado anterior cabe señalar que una de las características esenciales en la historia reciente en el ámbito organizativo ha sido la de utilizar formas de gestión diferenciadas sin que realmente podamos establecer la existencia de un hilo conductor de dicha utilización ni una generalización de las conclusiones obtenidas en cada una de la reformas o implementaciones de formas jurídicas diferentes a las preexistentes. La utilización de formas diferenciadas sin una identidad funcional clara se traduce en un elemento de dificultad para la comprensión de la propia Administración.

Las normas generales de organización han ido creando instrumentos y formas diferentes de realización y gestión de lo público. Si pudiéramos resumir la evolución normativa en los últimos años llegaríamos a la conclusión de que no es fruto de una reflexión fundada que sea capaz de determinar cuáles son las formas de organización y cuándo se pueden/deben utilizar. Frente a esto, y como señalaremos en diversas ocasiones, se ha producido una construcción del marco jurídico por aluvión añadiendo nuevas formas a las ya existentes sin hacer “borrón y cuenta nueva” como consecuencia de la una reflexión sobre las bondad y la utilidad de las formas utilizadas.

A formar el criterio de la organización <<por aluvión>> contribuyen algunos de los elementos centrales del debate organizativo de los últimos tiempos que podemos identificar con los siguientes:

A) El Ordenamiento jurídico aplicable.²⁰

La virulencia con que esta cuestión se planteó en los años ochenta ha dejado paso a un planteamiento más razonable, en términos cuantitativos, pero no menos indiciario de un cierto problema estructural: la determinación del régimen jurídico aplicable a las distintas formas de gestión de lo público²¹.

²⁰ Parejo Alfonso, L.: Crisis y renovación en el Derecho Público. Madrid.1991. Soriano Garcia, J.E.: El Derecho Administrativo y los desafíos del siglo XXI. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm., 150. Abril-Junio de 2011. Esteve Pardo, J.: La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria. Revista de Administración Pública. Núm. 189. Madrid. Septiembre-Diciembre de 2012.

²¹ Con carácter general. Martín-Retortillo Baquer, L.: El derecho Administrativo ante la crisis. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 157. Enero-Marzo 2013.

En este punto y, prescindiendo ahora de debates ya consolidados como la oportunidad o la posibilidad del sometimiento instrumental de las Administraciones Públicas al Derecho Privado, es lo cierto que en el fondo lo que late es una cierta crisis del Derecho público para disciplinar el conjunto de relaciones de las Administraciones Públicas. Esta cierta crisis es más perceptible en el marco de las entidades instrumentales y las personificaciones que realizan mayores actividades en el ámbito de las relaciones privadas por su proximidad a la gestión pública y a la necesidad de satisfacer efectivamente los intereses generales.

Hoy, tras la LPAP, la LGP²², el TRLCSP y la propia disciplina contable impuesta desde las normas Sistema de Cuentas Europeo (SEC) mucha parte de la utilidad del <<fenómeno escapista>> consistente en eludir las formas tradicionales de contabilidad pública ha sido mitigada (aunque no obviada en su totalidad) y sí reconvertida en las regulaciones generales que supone aquel marco normativo. Sin embargo, el fenómeno –a salvo aquellas regulaciones- no puede ser considerado extinguido ni periclitado. Existe un poso real en este debate y es en el mismo donde hay que buscar una parte de la justificación del ejercicio de la potestad organizatoria en los últimos años.

De alguna forma puede decirse que una de las justificaciones últimas o primarias del ejercicio o del recurso a la configuración instrumental de organizaciones encuentra en el cambio de régimen jurídico uno de los elementos centrales. Es cierto que un análisis más exhaustivo del verdadero contenido del Derecho privado que se aplica a estas entidades instrumentales nos permite señalar, con carácter general, que no resulta ser el derecho privado de los particulares porque las exigencias presupuestarias, patrimoniales o contractuales impiden que, realmente, sea posible una aplicación sin matices del Derecho privado.

Más allá de la intensidad de la aplicación es lo cierto que una de las cuestiones que tendrían que resolverse en el plano previo al ejercicio de la potestad organizatoria es, precisamente, la del régimen jurídico de lo público y, en consecuencia la posibilidad de que la norma acuda libremente a esta figura. No cabe negar que la LOFAGE lo intenta en la delimitación entre organismos públicos pero es cierto, también, que la escasa capacidad de disciplinar el régimen organizativo que, finalmente, ha tenido esta norma hace pensar que no era un instrumento suficiente.

B) El continuo debate sobre el empleo, la contratación, la presupuestación o el patrimonio.

De alguna forma y, como se apuntaba en el apartado anterior, uno de los elementos centrales del problema organizativo y de su régimen jurídico es el intento de huir de las grandes leyes de la organización y del régimen jurídico administrativo. En concreto, durante mucho tiempo se ha indicado con el actual marco de la contratación administrativa, el régimen patrimonial, y el de empleo público era inviable la gestión eficaz de las organizaciones. Uno de los elementos que se han detectado es, precisamente, que, mediante la utilización de la potestad organizatoria, lo que ha conseguido es eludir la aplicación de aquellas porque las respectivas normas legales de creación han ido estableciendo derogaciones singulares. Esta era la constante en los años ochenta donde a cada fenómeno organizativo que se establecía se le correspondía un régimen jurídico a la carta del citado organismo y entre los elementos centrales de

²² Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

dicha “carta” estaba el establecimiento de un régimen presupuestario con peculiaridades, un sistema de contratación con especificidades y un régimen de empleo con facilidades respecto del régimen común.

El tránsito por esta forma de actuación y, especialmente, los requerimientos del Derecho comunitario en materia de contratación administrativa, por un lado, y de presupuestación y contabilidad por otro, hacen que se cambie el rumbo y que lo que podríamos denominar las leyes de primeros de los años 2000 se busque, de nuevo, la reordenación y la homologación del Sector público. La ingeniera organizativa pierde así una parte importante de su éxito inmediato y permite concentrarse en las formas que realmente mejoran (o pueden hacerlo) la gestión pública.

De esta manera, la Ley General Presupuestaria de 2003 establece en su artículo 2 el ámbito de aplicación que afecta a

- <<...a) La Administración General del Estado.
 - b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
 - c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
 - d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados.
 - e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
 - f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.
 - g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado.
 - h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.
2. Se regula por esta Ley el régimen presupuestario, económico-financiero, contable y de control de los **fondos carentes de personalidad jurídica** cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado.

3. Los **órganos con dotación diferenciada** en los Presupuestos Generales del Estado que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado, forman parte del sector público estatal, regulándose su régimen económico-financiero por esta Ley, sin perjuicio de las especialidades que se establezcan en sus normas de creación, organización y funcionamiento. No obstante, su régimen de contabilidad y de control quedará sometido en todo caso a lo establecido en dichas normas, sin que les sea aplicable en dichas materias lo establecido en esta Ley...>>.²³

La heterogeneidad de lo incluido obliga a la propia norma a diferencia entre Sector público administrativo, empresarial y fundacional (art. 3), distinción en la que se fundamenta un diferente régimen jurídico que se incluye en el artículo 4 de la LGP.

De la misma manera el TRLCSP y, especialmente, tras la reforma de agosto de 2010, aplica, por imperativo comunitario un régimen jurídico ciertamente unificado a toda la contratación del Sector Público. En este punto la opción por la inclusión en el marco de la preparación y adjudicación de contratos a los denominados de <<adjudicación armonizada>> que incluye los realizados por el conjunto del Sector Público trae a la rigidez contractual la eventual libertad que pudiera haberse obtenido por la vía organizatoria.

En esta línea podríamos, por tanto, indicar de cara al futuro que el ejercicio de la potestad organizatoria tendrá el condicionante de no poder afectar, al menos, a este gran bloque normativo y, adelantémoslo desde ahora, sin ellos la operación no es igual.

C) La continua y asistemática creación de organizaciones sin una gran diferencia de los instrumentos de gestión y, finalmente, sin un debate sobre los compromisos.

La consecuencia de lo anterior es ciertamente clara: nuestra historia organizativa se ha hecho por sedimentación de forma que las leyes sucesivas han creado nuevas formas de gestión sin afectar a las anteriores y, en la mayor parte de los casos, respetando su régimen jurídico.

Para comprobar dicha afirmación es suficiente con analizar las disposiciones adicionales de la LOFAGE que nos permiten observar como toda la historia reciente de la organización administrativa resultó convalidada. No se exigió adaptación general de muchas de las formas organizativas previas y esto nos permite, por ejemplo, tener entidades gestoras que no son organismos públicos, que haya agencias que no se rigen por la Ley de Agencias, entidades no clasificadas con su propio régimen jurídico, fundaciones que realmente son entes públicos, fundaciones que no lo son, etc.... Todo un monumento a la simplicidad y a la propia convicción ya que si las nuevas normas responden a los criterios organizativos que el Gobierno considera son los idóneos para la gestión pública no tiene sentido que mantenga fórmulas que no se encuentren entre las que contempla la nueva regulación.

²³ De Ahumada Ramos, F.J.: Delimitación del concepto de “organismo de derecho público-poder adjudicador. Una propuesta de reforma del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 148. Oct. Septiembre. 2010.

Estas consideraciones nos permiten indicar que la organización pública no ha dado con el instrumento real para la gestión según el tipo de actividad de que se trate y que intenta solucionar este problema con nuevas fórmulas que, en muchos casos, son pura importación de fenómenos instrumentales de países de nuestro entorno y que no siempre funcionan de la misma manera en otra cultura organizativa.

Es cierto, sin embargo, que el debate sobre las formas de gestión es, en realidad, un debate sobre la autonomía de las organizaciones aunque en realidad existe una tendencia a considerar que la autonomía es incompatible con la disciplina. Un ejemplo de esta materia es el de la Agencias Públicas. Se trata de un compromiso – a nuestro juicio certero y en la buena dirección- del partido político gobernante en aquel momento (PSOE) y tiene como características la fijación de un contrato de gestión que fija los objetivos de la organización y dota a la misma de algunos elementos de gestión en el ámbito de los recursos humanos, la presupuestación y, mínimamente, la contratación.

Pues bien basta con ver la Ley 26/2009, de 23 diciembre de Presupuestos Generales para 2010 (Disposición Final 7²⁴) para comprender que autonomía sigue siendo asimilada a indisciplina y para ello en cuanto se produce la necesidad de reformular o restringir el gasto público lo mejor es preciso “reconquistar” las facultades de gestión. En el supuesto analizado por la citada Disposición es, precisamente, las competencias en materia de personal. Pero si se reconquista la gestión para los órganos centralizados surge inmediatamente una pregunta ¿qué es la Agencia? Y, sobre todo, ¿qué responsabilidades se le pueden pedir en orden al cumplimiento de los objetivos de gestión si sus medios son censurados o negados? Volvemos al círculo inicial.

D) La ausencia de auténticos y complementarios instrumentos de control

Nuestra tradición organizativa y legal ha situado, muy a menudo, el control de las Administraciones Públicas en un terreno de control económico-financiero, prácticamente, en exclusiva. El resto de controles se tornan difusos e, incluso, el control político se sitúa en un plano tan elevado que se contagia de las reglas generales del control político, y, finalmente, pierde su virtualidad. Lo importante es, por tanto, justificar bien la utilización del gasto público y que los documentos que avalan aquel estén plenamente ajustados y den soporte a la relación jurídica que, respectivamente, se establece. En una sociedad moderna en la que muy a menudo se presentan situaciones de anormalidad (por utilizar un término eufemístico) el control económico

²⁴ Modificación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

Con efectos de 1 de enero y vigencia indefinida, se modifican los apartados 2, 3, 4 y se añade un nuevo apartado 5 del artículo 27 de la Ley 28/2006, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos que quedan redactados de la siguiente forma:

«Artículo 27. Estructura, contenido y modificación del presupuesto.

1. ...

2. El presupuesto de gastos de las Agencias Estatales, en los términos establecidos en esta Sección, tiene carácter limitativo por su importe global y carácter estimativo para la distribución de los créditos en categorías económicas, con excepción de los correspondientes a gastos de personal que en todo caso tienen carácter limitativo y vinculante por su cuantía total, y de las subvenciones nominativas y las atenciones protocolarias y representativas que tendrán carácter limitativo y vinculante cualquiera que sea el nivel de la clasificación económica al que se establezcan.

3. La autorización de las variaciones presupuestarias corresponde:

...».

es muy relevante pero la propia existencia de estas situaciones nos pone de relieve la insuficiencia de los sistemas establecidos y la necesidad de completarlos. En términos de gestión existen otros instrumentos adicionales de control que se adicionan al puramente económico y que permiten proyectar una imagen más completa del funcionamiento de la respectiva organización.

La insuficiencia de controles adicionales al económico produce un efecto, probablemente, no querido: el desplazamiento de los mecanismos de responsabilidad al ámbito penal. De esta forma el único control real es el penal y esto es, precisamente, lo que está ocurriendo en los últimos tiempos donde el debate sobre la gestión pública se convierte en un debate penal. Los resultados y los tiempos de la respuesta penal no satisfacen las necesidades de lo público y se sitúan en un plano de controversia continua que, finalmente, no tiene un reflejo real en las condenas y los reproches penales.

Sin embargo, no se han establecido ni tecnificado los controles de eficiencia que se prevén, en el ámbito de la LOFAGE, ni realmente el control político sobre la gestión pública²⁵.

El primero trataba de superar (que no de sustituir ni marginar) al control económico de forma que las organizaciones se enfrenten con su reflexión estratégica y sean capaces de formular sus objetivos en términos de eficiencia y racionalidad. Este carácter complementario se traduce en la responsabilidad de su implantación y su gestión que correspondía a los Subsecretarios de los Departamentos Ministeriales en razón a su configuración como titulares de los servicios comunes y fuera, claro está, de las líneas generales del control de gasto. La característica más importante es que la actuación en vía de control de eficacia es de abarcar la totalidad de la actuación administrativa del Departamento y no solo la que tenga repercusión económica o, para ser más exactos, en el gasto público.

El segundo forma parte del derecho parlamentario. Realmente los instrumentos actuales de control del ejecutivo se acercan más a instrumentos de carácter informativo que de control real. Subyace aquella idea de que dando la información se produce un cierto control de la actividad. Sin negar que esto pueda ser así – en alguna medida- es lo cierto que la tecnificación y la complejidad de la actuación administrativa actual pueden demandar un tipo de control más intenso en el que la información- sobre la base de la transparencia- fluya por si sola y, por tanto, los debates sean sobre objetivos, formas de gestión y, en general de cumplimiento de las tareas asignadas.

²⁵ El artículo 12 de la LOFAGE atribuye a los Ministros la competencia para :...e) Evaluar la realización de los planes de actuación del Ministerio por parte de los órganos superiores y órganos directivos y ejercer el control de eficacia respecto de la actuación de dichos órganos y de los Organismos públicos dependientes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria ...>>. Claramente puede verse que el control de eficacia se configura como adicional al control financiero y centrado en los planes de actuación del respectivo Ministerio. Debe recordarse, en el plano práctico, que el artículo 15 de la LOFAGE atribuye a los Subsecretarios de los Departamentos Ministeriales la competencia para <<...b) Asistir al Ministro en el control de eficacia del Ministerio y sus Organismos públicos...>>.

Cansino Muñoz Repiso J.M. y Román Collado R.: La reforma de la función pública española vista desde la eficiencia del sector público. Revista GAPP. Núm.16. Septiembre. Diciembre. Madrid. 1999. Barea Tejeiro, J. y Gómez de Ciria, A.: El problema de la eficiencia en el sector público en España. Especial consideración a la sanidad. Madrid. 1994. Díaz Lema J.M.: Los monopolios locales. Madrid 1994. Gimeno Feliu, J.M.: El principio de eficiencia. En la Obra colectiva, “Principios Jurídicos del Derecho Administrativo”. Dir. Santamaría Pastor. J. Madrid. 2010. Pág. 1255 y ss.

Insistimos que, todo ello, sobre la base de una información fiable, común, accesible y puesta al servicio del conjunto de los operadores que pueden tener interés en la misma²⁶.

2.- La consecuencia ineludible: la crisis de la potestad organizatoria.

Las consideraciones teóricas y casi de sociología de las organizaciones que acaban de analizarse en relación con el modelo organizativo público han sufrido una crisis específica como consecuencia de la mala situación económica²⁷.

De esta forma cuando, finalmente, se llega a la conclusión de la entidad real de la crisis económica y, sin mayor debate sobre la forma de operar las reducciones de gasto, se produce una identificación de la culpabilidad de los niveles de gastos que se proyecta sobre las formas-estructuras de la organización tradicionales. La mera existencia de órganos y personificaciones instrumentales se convierte en la causa del gasto excesivo y por tanto, algo, en sí mismo reprochable o directamente asimilable a una causa de mala gestión.

Cuando estas situaciones se producen aflora en la piel de la sociedad la sensación de que todo es innecesario y lo único que se plantea es cuántos organismos autónomos existen, cuántas sociedades se han creado y no extinguido, cuántas fundaciones se tienen y, lo que parece que es más importante, cuándo se liquidan unas y otras.

El debate ha sido ciertamente curioso porque se ha introducido en términos de reducción nominal sin afrontar el problema real. Se extinguen los organismos y las organizaciones pero no se puede <<despedir los funcionarios>>, no se extinguen las funciones y, finalmente, lo que se produce, en muchos casos, es un “realojo” de los empleados bajo otra forma de gestión con mantenimiento de la estructura y continuidad en la función. En estos términos la cuantificación real del gasto ahorrado se presenta como una demanda inmediata para comprobar la intensidad real de las medidas adoptadas.

Frente a este tipo de análisis lo que debería haberse iniciado es otro gran debate sobre la admisibilidad o la necesidad del ejercicio público de determinadas funciones, el mantenimiento o no en el ámbito público y, finalmente, el papel de los Poderes Públicos en la subvención de necesidades sociales.

Situados en este plano del análisis podemos preguntarnos ¿Cuál es, por tanto, el problema? La respuesta es sencilla: hemos centrado la operatividad y la reorganización en criterios numéricos y no en las funciones que se realizan y, por ende, si las mismas son o no prescindibles para la sociedad. Si el debate funcional no precede al debate organizativo todo está pervertido y, entonces, la reducción real de gasto público no acaba de visualizarse porque, a menudo, la supresión de una forma organizativa y su

²⁶ El Gobierno anunció en Agosto de 2010 la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de Ley de Transparencia en el ámbito administrativo que realmente puede contribuir a la satisfacción del objetivo informativo y a la reconfiguración del control. El Proyecto se encuentra en Septiembre de 2013 pendiente de aprobación en el Senado.

²⁷ Garcés Sanagustín, M. y Cotín Trillo-Figueroa: Marco comunitario e internacional de la crisis y su incidencia en el gasto público. En la Obra colectiva, “La Administración en tiempos de crisis”. Dir. Palomar Olmeda. A. Navarra. 2012. Pág. 43- 79. Farfán Pérez, J. M: Planes de ajustes y planes económicos-financieros de estabilidad. En la Obra colectiva, “La Administración en tiempos de crisis”. Dir. Palomar Olmeda. A. Navarra. 2012. Pág. 395 a 425.

transformación en otra no produce el efecto apreciablemente sensible de reducción del gasto público.

Es cierto, sin embargo, que el efecto es de mayor relevancia porque introduce una crisis general sobre la potestad organizatoria en el ámbito público. Todo lo que se hace produce gasto y todo el gasto es superfluo. Esta sería la síntesis – sin duda simplistas- del argumento utilizado.

2.1.- El ejercicio de la potestad organizatoria.

En este caldo de cultivo la profunda crisis económica se ha traducido en una crisis de “lo público” sin precedentes. De repente, todas las funciones y formas organizativas parecen haber entrado en crisis y se apuesta como única vía por la administración centralizada. La centralización de la gestión se ha convertido, incluso, en la panacea frente a los problemas de gasto territorial y eso ha hecho aparecer una idea novedosa: la devolución de competencias al Estado.

La consideración que realmente sería preciso poner sobre la mesa para predicar esta posición es la del ahorro, esto es, si realmente la <<devolución>> produce ahorro bien porque la misma implica reducción importante de estructura bien porque el que la obtiene consigue una gestión más eficiente con sus propios medios. En muchos de los ámbitos donde se alude a esta posibilidad existe un alto grado de gasto estructural en el que la titularidad de la gestión incide de una manera muy reducida. Por tanto, lo importante para formular propuestas alternativas a las actuales formas de gestión pasa por la cuantificación de las alternativas en relación con la situación precedente.

En todo caso y como idea central no parece innecesario recordar que el mero cambio de titularidad no supone, en sí mismo, un ahorro más allá de las supresiones que origine y que, sin despreciar cualquier medida centrada el ahorro de gasto público, no son las más importantes ni representativas lo que nos llevará en un futuro inmediato a aludir al “repunte” del gasto público y a otros eufemismos similares que no harán sino constatar el alcance de un proyecto reformista que no se centre en la redimensión funcional y se sitúe, únicamente y sin mayor consideración, en el plano puramente estructural y organizativo.

Cuando esto ocurre parece necesario iniciar un mínimo análisis sobre las causas por las que hemos llegado a una situación de este orden aunque sea de una forma resumida y, ciertamente, sintética. Podemos referirnos a los siguientes elementos:

- A) Falta de uniformidad en la tipología reflejo de la crisis general de la gestión de lo público.

Las referencias que hemos realizado anteriormente nos permiten afirmar que la historia reciente de la potestad organizatoria ha sido un continuo <<teje>> y <<desteje>> nominal y formal en relación con las formas de organización pero con una idea central: no existe una forma única de validez generalizada para la gestión ni siquiera de la misma actividad. Por decirlo de una forma más simple no hemos sido capaces de indicar qué formula administrativa corresponde a cada función en un marco definido de resultados y de eficiencia en la gestión.

De esta forma hemos comprobado como ámbitos sectoriales como la sanidad se han gestionado con formas centralizadas, descentralizadas funcionalmente en organismos autónomos, entidades gestoras, fundaciones, fundaciones públicas, sociedades

mercantiles, concesiones, contratos, convenios, etc....Realmente podríamos decir que ni en este ámbito ni en el de los servicios sociales – como dos de los más importantes en referencia a gasto y a formas de organización- han sido capaces de encontrar un mínimo punto de encuentro sobre cuál es la forma organizativa que es más acorde con la especificidad de la respectiva prestación de servicios y que permite cumplir mejor con los principios constitucionales de eficacia y eficiencia en el funcionamiento administrativo.

Es cierto que cuando una realidad así se proyecta sobre la sociedad la imagen final es de confusión porque el ciudadano no acaba de percibir cómo se debe gestionar lo público y considera, por tanto, que la realidad plurimórfica en la que nos hemos situado es difícil de entender y de justificar. De alguna forma la falta de criterios en la ordenación de la gestión pública es la que ha propiciado la “contingentabilidad” de la organización sin que ni siquiera se plantee si la alternativa (razonablemente la Administración centralizada) es más eficaz o más eficiente y, lo que es más importante, sin que se lleve el debate a la propia función.

En algún momento el debate tendrá que plantearse en otros términos y dilucidar si el servicio prestado por la Administración es o no necesario y, a partir de ahí, cuál es la forma organizativa más eficaz y más eficiente de las que se conocen o se pueden presentar.

B) El gasto como elemento de control

Pero más allá de lo que acaba de indicarse es lo cierto que una gran parte del problema está en el punto de mira del enfoque. Así, si consideramos que las decisiones de las organizaciones deben analizarse únicamente desde la perspectiva de la reducción cuantitativa del gasto público estamos limitando el enfoque y condicionando nuestro marco de actuación. Reconociendo que la reducción del gasto público es, sin duda, un objetivo central en momentos como éste es lo cierto, sin embargo, que eludir los debates cualitativos y finalistas en estas decisiones marca una línea de reflexión en la estrategia de reducción del gasto público. Por decirlo en otros términos, pensar que toda la reducción necesaria del gasto se puede realizar con ajustes organizativos es algo no probado y, probablemente, una mera ilusión óptica.

La tendencia natural es la de considerar que en épocas de expansión económica, el coste y las estructuras tienden al crecimiento injustificado en términos de racionalidad y, por tanto, sobre esta base, cuando se produce una crisis económica como la actual se parte de aquella idea y en consecuencia se considera que está justificada cualquier reducción que pueda plantearse. Admitiendo que este análisis – si es real- justifica actuaciones correctoras no cabe, sin embargo, negar que los servicios públicos que, a menudo, identificamos como grandes causantes del gasto público (sanidad, educación, servicios sociales) tienen un componente de gasto ligado al personal que, ciertamente, es complejo de reducir y, sobre todo, que no se resume con el cambio de forma de organización porque, en muchos casos, responde a la esencia del propio modelo de organización.

Lo único claro es que muchos de los diagnósticos a los que responden las ideas analizadas parten de un fundamento, también, complejo consistente en señalar que como las decisiones de creación o utilización de las respectivas formas administrativas no siempre están justificadas en términos de racionalidad, su supresión o la

consideración de que son innecesarias es, igualmente, una decisión justificada. Pero frente a esto cabe indicar que la suma de incertidumbres no produce la certeza.

Terciar en este debate es, ciertamente, estéril por la sencilla razón de que, como se indica en el apartado anterior, el ejercicio inicial de la potestad organizatoria en sus diversas modalidades no se presenta suficientemente justificado y el compromiso de gestión o de mejora de gestión, suficientemente fundado. Cuando esto ocurre el por qué de la creación o de la extinción son realmente elementos o muestras de una misma forma de actuar y, por tanto, ajenos a un esquema de racionalidad.

Sea como fuere en lo que es necesario insistir es en que sin conocer los compromisos de gestión y, por tanto, la expectativa razonada de actuación, las decisiones fundadas en el gasto no tienen más legitimidad que la de la coyuntura. Como en este momento es precisa la reducción pues se opera sobre este parámetro. En algún momento se podrá analizar, sin embargo, el alcance de esta cuestión y, sobre todo, qué reducción real se produce cuando se opera únicamente sobre la forma o la estructura formal y se mantiene la función prestacional de una manera íntegra.

Como en algún otro momento hemos llegado a indicar podemos encontrarnos ante un efecto puramente <<cosmético>> que no es despreciable si, mínimamente, responde a un criterio racional y es fruto del ejercicio consciente de la potestad organizatoria. Frente a esto pierde su verdadero sentido cuando la reflexión se convierte en un ejercicio puramente numérico de reducción.

En este punto cabe indicar que la sensación final que se proyecta en muchos casos es, precisamente, esta. Se trata de cambios pensados en clave numérica y no en clave funcional y ni siquiera de mejora prestacional. De alguna manera parece haberse emprendido una carrera centrada en la obtención del éxito por el mayor número de supresiones. Si estas supresiones son el fruto de una decisión racional, fundada en la idea y en la convicción de la innecesariedad de la estructura o de que la creación no respondió a un criterio racional, el éxito está, sin duda, en conseguir el mayor número de supresiones. Pero sin aquel convencimiento el debate numérico- constante la función y la necesidad prestacional- es un debate poco sólido.

El problema, insistimos, está en la falta de uniformidad en el criterio de evaluación para la creación y para la extinción. Sin un elemento de racionalidad comparativa todos los criterios innovativo y extintivo se sitúan en un terreno puramente coyuntural – en este caso de gasto- que, finalmente, no acaba de ser el definitivo en la reducción propuesta.

2.2.- El alcance de la crisis organizatoria

Como consecuencia de lo que acaba de indicarse podemos señalar que se aprecia una aguda crisis del ejercicio de la potestad organizatoria que, a nuestro juicio, está fundada en elementos diversos de los que podemos destacar dos:

A) Falta de legitimación en el ejercicio de la potestad organizatoria.

Las circunstancias expuestas tiene el efecto evidente (o podría, incluso, decirse que son consecuencia) de haber deslegitimado – en muchos casos con carácter retroactivo (nada de lo hecho estaba bien)- el conjunto de las decisiones organizativas sobre la base de una evaluación numérica centrada en el gasto y evaluando únicamente el número de los organismos, sociedades, etc....

Como consecuencia de esto la función directiva de las Administraciones Públicas – la que constitucionalmente corresponde ex artículos 97 y 103.1 de la CE - ha sido objeto de un fuerte reproche social ya que, a lo que se ve, el resultado de su ejercicio es insatisfactorio.

Lo curioso de este planteamiento es que las medidas de reforma son derivadas de un mero análisis parcial de las consecuencias – las organizaciones creadas- sin que realmente se aborde el problema central y se analice cómo se ejerce la función directiva-organizativa, cuales son sus requisitos materiales más allá de los formales, quién responde por las decisiones realizadas, cómo se controlan, etc... Sin estos elementos, el de extinción numérica de las formas organizativas como determinante del control de gasto es poco más que cosmética y maquillaje sin un fondo de reestructuración sólido.

Desde nuestra perspectiva es realmente complejo y produce una gran confusión trasladar a la sociedad que cualquier forma organizativa es, en sí misma, superflua porque a medida que el legislador aborda nuevas reformas y problemas sociales (por ejemplo en transparencia o en garantía de la unidad de mercado) y lo concreta en órganos que deben tutelar o impulsar los respectivos procesos se considera de origen una fuente de gasto innecesario. El debate en estos términos está pervertido y realmente no nos conduce a ninguna parte porque nos llevaría directamente a la inacción.

La cuestión final debe ser si lo que crea es lo que se debe crear y si somos capaces de controlar su función y determinar si se cumplen las expectativas. Este es el esquema función-respuesta organizativa-objetivos-evaluación y control.

B) Ausencia de criterios de definición y de defensa de las propias decisiones.

Como consecuencia de lo anterior podemos indicar que la configuración y el ejercicio de las potestades de organización está carente de criterios reales que midan la eficacia y la eficiencia de la organización y, por tanto, ha sido en muchos casos fruto de la repetición-imitación de modelos europeos-americanos y de la introducción de un esquema que ha devenido inválido en la práctica²⁸.

Es difícil encontrar estudios que demuestren cuánto supone ejercer la misma función con una u otra forma organizativa en relación con la mejora de los ratios de gestión y con la satisfacción del respectivo interés. Sin este tipo de análisis los juicios sobre una u otra organización son, ciertamente, infundados.

Conviene recordar que en este sentido, que por ejemplo la LOFAGE se sitúa en un terreno en el que las decisiones organizativas responden a una serie de principios de organización y de funcionamiento²⁹ y a partir de ahí lo que se establece es un conjunto

²⁸ Álvarez Rico, M.: Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas. 2ª Ed. Madrid. 1997. Beladiez Rojo, M.: Principios Jurídicos. Madrid. 1994.

²⁹ En este sentido, el artículo 3º de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado indica que <<...La Administración General del **Estado se organiza y actúa**, con pleno respeto al principio de legalidad, y de acuerdo con los otros principios que a continuación se mencionan:

1. De organización.

a) Jerarquía.

b) Descentralización funcional.

de determinaciones –en muchos casos electivas- que forman parte de la competencia de quien ejerce la potestad organizatoria. De esta forma, el artículo 6º establece los órganos superiores y directivos que pueden existir en el ámbito de la Administración General. Los Reales Decretos organizativos determinan –dentro del marco legal- cómo se produce la organización y cual es el reparto o la configuración de órganos superiores, directivos y unidades administrativas.

Al lado de esto, el Título III de la LOFAGE, determina qué actividades pueden justificar la creación de un organismo público cuando señala que <<...Son Organismos públicos los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de cualquiera de las actividades previstas en el apartado 3 del artículo 2, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional...>>. La remisión significa un elemento central: solo se puede crear un organismo público para el cumplimiento de una función de las previstas en el artículo 2, esto es, <<...3. Los Organismos públicos previstos en el Título III de esta Ley tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado; dependen de ésta y se adscriben, directamente o a través de otro Organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine....>>.

Sin embargo, lo curioso es que se trata de una habilitación y no de una obligación. Si nos encontramos en un ámbito funcional como el indicado es posible la creación del organismo público. Pero la decisión de su creación no es una obligación sino una posibilidad. El ejercicio de esta posibilidad es el que hemos incluido dentro del concepto amplio de potestad organizatoria que manejamos a los efectos de este trabajo.

Las características anteriores que, prácticamente, podrían encontrarse reproducidas en términos idénticos en las leyes de organización de las Comunidades Autónomas nos sitúan la potestad organizatoria como delimitada por la ley, consecuencia de la parcial reserva de ley que se contiene en el artículo 103.2 de la CE, pero con capacidad de disposición entre los instrumentos que aquella considera.

La cuestión central debería estar no en el marco legal de elección o de opción sino en la justificación de las opciones y en la comprobación de los objetivos previstos para el cumplimiento de las mismas. Este es el gran problema. Sin una declaración inicial de

-
- c) Desconcentración funcional y territorial.
 - d) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.
 - e) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
 - f) Coordinación.
 - 2. De funcionamiento.
 - a) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
 - b) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
 - c) Programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados.
 - d) Responsabilidad por la gestión pública.
 - e) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
 - f) Servicio efectivo a los ciudadanos.
 - g) Objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
 - h) Cooperación y coordinación con las otras Administraciones públicas>>.

los objetivos a conseguir y de la mejor aptitud para conseguirlos de la fórmula propuesta frente a las desechadas no cabe sino indicar que todo se vuelve “contingente” y que tanto valen las opciones de quienes eligen unas formas organizativas como las de quienes los extinguen.

Para que las decisiones en este terreno dejaran de ser “arbitrarias” no solo es preciso reforzar el papel de las memorias y estudios previos sino, adicionalmente, la fijación de estándares de referencia que puedan ser objeto de evaluación contradictoria con los propuestos y que, por tanto, den una mínima seguridad en la opción ejercida.³⁰

3.- Elementos estructurales de la relación de instrumentalidad con personificación pública³¹.

A partir de las consideraciones expuestas y en orden a disciplinar el ejercicio de la potestad organizatoria podríamos indicar que el proceso de ejercicio de la misma debería quedar sometido a un control inicial y uno subsiguiente sobre la base de un elemento como es la fijación de los objetivos que son el presupuesto para el ejercicio de este segundo. Desarrollemos un poco más estos elementos.

3.1.- El control inicial

El control inicial debería, a su vez, operar en dos planos diferenciados:

- A) El *control sobre la decisión* de la forma de ejercicio de las competencias administrativas elegida por el titular de la potestad organizatoria.

Realmente lo que se acaba de indicar nos permite afirmar que no existe un parámetro de <<normalidad>> en el ejercicio la gestión pública o, por decirlo de otra forma, nada es, en sí mismo, anormal en la opción por alguna de las formas con las que se gestiona lo público.

³⁰ En el mismo sentido, el artículo 5 de la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo) establece que <<...Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, las Administraciones Públicas:

1. Impulsarán los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar.

2. Prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos, justificando entre otros los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas, fomentando la participación de los interesados en las iniciativas normativas, con el objetivo de mejorar la calidad de la norma. Para ello pondrán a disposición de los interesados todos los canales de comunicación necesarios, especialmente a través de medios telemáticos, y asimismo aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas.

3. Promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación....>>

³¹ Con carácter general, Ariño Ortiz, G.: La Administración Institucional. Madrid 1974.

No obstante esto deberíamos indicar, en primer término, que –en defecto de una previsión legal de sentido contrario- las funciones administrativas deben asumirse por la Administración respectivamente competente. A partir de esta simplificación la cuestión es en qué esquema interno o externo se produce esta asunción. Dentro de la misma Administración los esquemas organizativos se sujetan a la respectiva ley de organización y de empleo público que son, finalmente, las dos normas que nos permiten conocer el alcance de las decisiones y de los órganos que pueden establecerse. Esto marcaría –en defecto de interdicción legislativa- una cierta preferencia por la Administración centralizada para el ejercicio de aquella competencia y convierte la descentralización funcional o el ejercicio de personificaciones instrumentales en una alternativa posible pero, tendencialmente, subsidiaria o de segundo orden en la jerarquía decisional.

En este punto debe indicarse que la opción, por ejemplo, por la personificación instrumental es –en cualquiera de sus manifestaciones- una opción más de las posibles y que es necesario recordar que las normas de organización tienen, adicionalmente, otras posibilidades como la descentralización territorial o, incluso, modernamente no debe olvidarse el auge de las encomiendas de gestión³². Todas ellas encuentran cobertura normativa y, por tanto, la opción por unas u otras es legítima en función de la propia opción organizativa.

De esta forma podemos aludir a la existencia de un abanico de fórmulas que incluye la opción por la gestión centralizada, descentralizada territorialmente o por el ejercicio de una entidad personificada tanto de derecho fundacional como societario y ya sea, a su vez, de Derecho Público o Privado. Es claro, por tanto, que se trata de un amplio abanico de decisiones que se determinan en la norma sectorial o, simplemente, se atribuyen a la Administración que ejerce la competencia en la materia.

A partir de esta consideración y de la priorización de qué se considera como la tendencia normal y la opción posible la primera cuestión que debería ser objeto de control es, precisamente, la necesidad, utilidad, conveniencia o, en una palabra, simple justificación de porqué apartarse de la opción que conforma la normalidad es cambiada por otra, dentro de las posibilidades, pero ciertamente con un coste adicional en lo financiero y en lo organizativo que solo debería estar justificado si con ello se consigue un mejor cumplimiento de los fines públicos.

Las organizaciones deberían indicar cuál es la causa detonante de las decisiones organizativas y el alcance de las medidas propuestas. Realmente, hoy, podríamos decir que existe un escaso control sobre estas decisiones, en gran parte, algunas de ellas, por ejemplo, las que refieren a la organización (creación de órganos) se centran –eventualmente- en las propias Asambleas o Parlamentos. Son las leyes sectoriales las que traen incorporado su modelo de gestión y el control sobre el mismo pasa el control general, esto es, la validación democrática del proyecto.

Sin negar que existe un evidente <<poso de razón>> en este ámbito y que, finalmente, es la voluntad democrática la que aprueba las leyes con todo su contenido y con la determinación del modelo organizativo final es cierto, sin embargo, que existe un

³² En relación con esta figura puede verse la Obra Colectiva: “Encomienda de Gestión: Gestión pública actual: régimen jurídico y mayor eficacia. Dir.: Palomar Olmeda. A. Navarra. 2013.

escaso debate sobre la utilidad de la formulas organizativas elegidas por el legislador³³.

La lectura de la justificación de algunas de las opciones organizativas de orden legal responden, esencialmente, al deseo de conseguir preservar el ejercicio de la función bien mediante el sistema de elección de sus cúpulas directivas, bien mediante el establecimiento de procedimientos propios de gestión. Pero más allá de aquello que conecta directamente con la función el debate sobre las formas organizativas es un debate no especialmente fundado salvo vagas y genéricas referencias (no probadas) a que la fórmula elegida es la que mejor permite el ejercicio más eficaz de la Administración.

Pero, otro tanto, ocurre cuando no es legislador sino que es el propio poder ejecutivo el que configura la forma en cuestión. Los debates, las justificaciones y las alternativas sobre esta cuestión dejan paso, a menudo, a criterios no científicos que tienen que ver con el impulso y la relevancia política. Estas decisiones no son nada menores porque permiten agrupaciones y desagrupaciones de ministerios, consejerías, adscripción y desadscripción de entes, creaciones de sociedades, fundaciones, etc....

La pregunta esencial en este terreno es si lo más relevante es el criterio político o el de eficacia y eficiencia de la propia organización. Muy a menudo se citan estos dos principios para justificar prácticamente cualquier medida pero es cierto que, muy pocas veces, existen estudios o análisis comparativos y medidos sobre las decisiones que se adoptan y sobre las consecuencias de eludir otras formas que, también justificadamente, se demuestre que hacer las cosas de otra forma es más eficaz o más

³³ Como ejemplo podría pensarse en la tendencia de los últimos años a crear observatorios sectoriales. De pronto, nuestras Administraciones se llenaron de observatorios de todas clases. El fundamento final y la justificación teórica se centraba en considerar que el principio de participación necesitaba de fórmulas nuevas y adicionales a aquellas en las que se había traducido en los últimos años. Sin que se sepa ni la utilidad de los órganos ni la forma de la sustitución o la innecesidad de este esquema de participación se ha propone la eliminación de los mismos en el Informe de la Cora, presentado e el mes de mayo de 2013.

En los primeros días del mes de septiembre de 2013 se publica en la prensa la siguiente referencia que se sitúa en el nivel de lo que venimos indicando:

<<...**Supresión o fusión**

La vicepresidenta ha adelantado que este mes de septiembre se impulsará un amplio paquete de medidas, entre ellas la que aboga por "extinguir, fusionar o reorganizar los 57 organismos y entidades públicas de carácter estatal recogidas en el informe de la CORA. "Este mes será clave para iniciar y en lo posible culminar este proceso", ha enfatizado.

Entre esos 57 organismos que se está analizando su continuidad figura **el Consejo de la Juventud, la Cría Caballar de las Fuerzas Armadas, el Instituto Nacional de Consumo, el Servicio Militar de Construcciones, el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina.**

También se empezará más adelante con la supresión de una decena de consorcios y 90 observatorios.

Igualmente, la 'número dos' del Ejecutivo ha explicado que en estas semanas remitirán a las Cortes el proyecto de ley que autorice a elaborar 17 textos refundidos en relación con leyes que han cambiado con frecuencia, al tiempo que se pondrá en marcha el tablón edictal único y se establecerá un punto neutro para el embargo de pagos de las administraciones públicas...>>.

<http://www.eleconomista.es/economia/noticias/5116282/09/13/El-Gobierno-suprimira-o-fusionara-este-mes-57-organismos-estatales-asi-es-la-reforma-de-las-AAPP.html>.

En relación con la participación: Sánchez Morón, M.: El principio de participación en la Constitución española. Revista de Administración Pública, Núm. 89. Madrid 1989; La participación del ciudadano en la Administración Pública. Madrid 1980. Participación, neocorporativismo y Administración económica. Estudios sobre la Constitución Española. Tomo V. Madrid. 1991; Tolivar Alas, L.: Principio de participación. En la Obra Colectiva, Principios Jurídicos del Derecho Administrativo. Madrid. 2010. Pág. 945 y ss.

eficiente. A partir de ahí no cabe negar la supremacía de quien representa los derechos de los ciudadanos, de quien tiene legítimo derecho a cambiar y, en suma, a adoptar decisiones de todo orden que justifiquen su acción de gobierno.

En suma la pregunta aquí es por qué se utiliza o se deja de utilizar una fórmula organizativa tanto en la conformación intraorganica como en la relación orgánica o de personificaciones públicas o privadas.

B) El control sobre la entidad instrumental

Directamente enlazado con el anterior planteamiento se encuentra el de la forma concreta elegida. Realmente hay pocos análisis actuales sobre las grandes controversias clásicas de la gestión como el de la administración directa-indirecta. Este debate no es ajeno a la realidad y la decisión sobre el ejercicio de una competencia pública por uno u otro sistema de gestión supondrá realmente unos u otros costes.

Pero, aún dentro de las propias categorías, hay debate adicionales. Por ejemplo, en relación con la gestión indirecta tiene que ser en un ente con personalidad jurídica (¿Qué aporta a la gestión la personalidad jurídica?) y la personalidad jurídica tiene que ser de Derecho Público o de Derecho Privado y tiene que ser en una forma pública o societaria o fundacional.

En este ámbito es donde surgen los viejos debates como por ejemplo si es posible constituir sociedades para gestionar sin que el objetivo final sea conseguir beneficios ni repartirlos. Si puede (debe) haber fundación donde no hay patrimonio fundacional ni legado sino, exclusivamente, una promesa de derivación presupuestaria y gestión de parte del contenido público de un área sectorial. Estas y otras interrogantes están detrás de las respectivas fórmulas de organización y, sobre todo, de su utilización en el ámbito administrativo.

Son, sin duda, debates viejos donde resulta casi retrogrado terciar. El artículo 128 de la CE y su relación con el artículo 103 de la CE nos permiten indicar que la Administración puede tener sociedades³⁴, la normativa fundacional nos indica en el artículo 6º que la Administración puede crear fundaciones³⁵. El problema no es por tanto si se pueden crear sino, sobre todo, para que se crean y porque se elige una u otra fórmula para la realización de la actividad y la prestación del correspondiente servicio.

Este es el elemento central que necesitaría una cierta estandarización de las decisiones organizativas que, claro está, presenta el problema de que si se consolida tiende a una cierta situación de inmovilismo absoluto en el que resulta difícil progresar.

Es cierto, sin embargo, que debería existir un debate sobre la forma de gestión elegida por el legislador y su utilidad final para el objetivo propuesto.

³⁴ Fuertes López, M.: De la libertad para configurar empresas públicas (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2008). Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 138. Abril- Junio de 2008.

³⁵ Barrero Rodríguez, C.: Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración. Revista de Administración Pública. Núm. 183. Madrid. Sept-Diciembre. 2010. Cubero Marcos, J.I. Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades. Revista de Administración Pública. Núm. 184. Madrid. Enero-Abril de 2011.

Realmente hay que decir que tanto el legislador de la LOFAGE, como el posterior de la Ley General Presupuestaria como, incluso, el del EBEP³⁶ se han limitado a establecer un criterio que, desde luego, no puede considerarse hoy como íntegramente satisfactorio. Nos referimos, claro está, a la interdicción del uso de potestades por elementos organizativos de derecho privado³⁷.

Sobre este punto es necesario insistir en que el propio concepto de potestades tiene una cierta crisis de indefinición en el momento actual, especialmente, porque, vinculado a los elementos que permiten el ejercicio más exorbitantes del Derecho común y aparentemente vinculado al ejercicio por funcionarios en el marco más clásico del Derecho Público se ha visto envuelto en la transformación general y vemos que esas facultades exorbitantes (no sin dificultad) están y se ejercen conforme a esquemas diferenciados en los que ni existen funcionarios ni se aplica el Derecho Público.

Adicionalmente cabe decir que se trata de un criterio de orden jurídico más que un criterio de gestión y de ordenación de la gestión.

3.2.- El compromiso de gestión: la misión medida en objetivos.

Más allá del contrato de gestión que se instauro para las denominadas agencias públicas³⁸ es realmente difícil encontrar en el ámbito administrativo un elemento claro de fijación de objetivos de gestión dentro del propio funcionamiento administrativo. Se trata de un papel que ha ocupado, muy a menudo, la gestión presupuestaria pero que, en momentos como el presente, no tienen una virtualidad suficiente porque con la situación de crisis es cada vez más perceptible en una política presupuestaria hecha

³⁶ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

³⁷ Cantero Martínez, Josefa: A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 151. Julio- Septiembre de 2011.

³⁸ En este punto, el artículo 13 de la Ley 28/2006, de 18 de julio de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos define el contrato de gestión sobre la base de los siguientes términos:

<<... 1. La actuación de las Agencias Estatales se produce, con arreglo al plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión.

2. El Contrato de gestión ha de establecer, como mínimo y para el periodo de su vigencia, los siguientes extremos:

- a) Los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar.
- b) Los planes necesarios para alcanzar los objetivos, con especificación de los marcos temporales correspondientes y de los proyectos asociados a cada una de las estrategias y sus plazos temporales, así como los indicadores para evaluar los resultados obtenidos.
- c) Las previsiones máximas de plantilla de personal y el marco de actuación en materia de gestión de recursos humanos.
- d) Los recursos personales, materiales y presupuestarios a aportar para la consecución de los objetivos.
- e) Los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos por lo que hace a exigencia de responsabilidad por la gestión de los órganos ejecutivos y el personal directivo, así como el montante de masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral.
- f) El procedimiento a seguir para la cobertura de los déficit anuales que, en su caso, se pudieran producir por insuficiencia de los ingresos reales respecto de los estimados y las consecuencias de responsabilidad en la gestión que, en su caso, deban seguirse de tales déficit.
- g) El procedimiento para la introducción de las modificaciones o adaptaciones anuales que, en su caso, procedan.

3. En el Contrato de gestión se determinarán los mecanismos que permitan la exigencia de responsabilidades a que se refiere la letra e) del apartado anterior por incumplimiento de objetivos>>.

desde las instancias centrales y que no responde, en muchos casos, a los objetivos reales de la organización. De alguna forma el mensaje es que se hace lo que se puede pagar no lo que realmente cree el respectivo organismo que debería hacerse.

Esta circunstancia, justificada por la importancia de la crisis y de las decisiones macroestructurales, tiene efectos ciertamente nocivos para la organización que, en términos vulgares, se adocena y pasa a ser una <<mera administradora>> de los fondos que se le adjudican. No se hace lo que se considera si no, únicamente, lo que se puede.

Pero, sea como fuere, el debate sobre los objetivos, públicos, realistas, medibles y controlados es, sin duda, uno de los grandes debates pendientes en el ámbito público y, por el contrario, uno de los más instaurados en el ámbito privado. En este aspecto podría pensarse que esta fijación es más sencilla en los órganos de gestión que en los que no lo son estrictamente pero, sin duda, éste no es ya un obstáculo insalvable. Qué duda cabe que existe una mayor facilidad pero que la misma no puede convertirse en un elemento definitorio ni determinante. Los objetivos deben ser una exigencia de la gestión y su carencia introduce a la misma en un terreno de impunidad que acaba deslegitimando cuando posición o lo que es peor alentando esta sensación actual de que todo el sistema burocrático es únicamente un gasto que no podemos mantener ni justificar.

Es necesario “reconquistar”, en el nivel de gestión y con la intensidad que se quiera o pueda, la importancia y el valor de lo público. La sensación de que la totalidad del gasto público es un gasto inútil es realmente muy difícil de admitir en un Estado que asume la seguridad, la sanidad, los servicios sociales, el medio ambiente o cualesquiera otra de las políticas prestacionales que le identifican como un estado de amplio contenido social.

Los términos, el alcance, la calidad de los servicios prestados si pueden ser elementos de control y discusión permanente porque en el fondo representan la propia exigencia de funcionamiento eficaz que constitucionalmente corresponde a las Administraciones Públicas.

Esto nos permite indicar que el continuo debate sobre la inutilidad del gasto público tiene un componente ineludible de posición política y personal y encubre posiciones de reducción de la presencia pública en muchas actividades sociales que son realmente respetables aunque no siempre se compaginen correctamente con el modelo constitucional. Sin embargo, tenemos que indicar que entre los términos del debate planteados así y los de inutilidad general del gasto público hay diferencias sustanciales que no siempre se reconocen.

3.3.- El control subsiguiente

Una vez que en el apartado anterior se propone la fijación de objetivos de gestión como elemento clave en la formulación y el ejercicio de la potestad organizatoria el siguiente hito es, claro está, el relativo a la fijación de elementos de control. Al tema general de las insuficiencias de los sistema actuales de control nos hemos referido ya en otro momento al que resulta obligado remitirse, pero es cierto que su carácter

ciertamente rudimentario (el del control) es, sin duda, uno de los problemas centrales de la gestión pública actual³⁹.

A partir del establecimiento de criterios de control el elemento correlativo es el de la responsabilidad como consecuencia de las decisiones que se adopten en este terreno. Situados en este plano podemos centrarnos, precisamente, en la problemática de la gestión responsable y su aplicación al ámbito que analizamos.

A) Presupuesto central: la gestión responsable

En lo que sí llevan razón quienes critican lo público es en la ausencia de mecanismos de responsabilidad en gran parte por el carácter endeble de los propios sistemas de control. Es ciertamente curioso que el debate sobre lo público que hemos vivido en los últimos tiempos se ha centrado en el número de los órganos administrativos y, es ciertamente, curioso que este debate se vea simultaneado con el debate sobre las listas de espera, el número de personas que vigilan a los presos, la seguridad ciudadana o el altísimo número de empleados temporales que existen en nuestras Administraciones Públicas.

El problema, a nuestro juicio, es de falta de responsabilidad. Si en el apartado anterior decíamos que la objetividad del debate sobre lo público comienza por la fijación de objetivos en este apartado lo que venimos a significar es que, una vez fijados, las organizaciones tienen que extraer consecuencias del cumplimiento o del incumplimiento de las mismas.

Esta responsabilidad alcanza a dos aspectos diferentes:

a) La responsabilidad de los directivos públicos

El artículo 13 del EBEP en su apartado 3 indica que <<...3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados...>>⁴⁰.

De este apartado nos interesa, en primer término, indicar que se establece como obligatoria la evaluación y que la misma se conecta con su responsabilidad por la gestión y el control de objetivos fijados por cada organización.

Es este, sin duda, un elemento que enlaza, en el plano teórico, con la novedad que supuso para la AGE y, en general, de las Administraciones Públicas la determinación que se hace en la LOFAGE en relación con estas materias. Introducir la evaluación de unidades o de personas ha resultado, sin embargo, una labor francamente compleja de la

³⁹ Vid nuestro trabajo “El control de las Administraciones Públicas desde una perspectiva general. Insuficiencias del sistema actual”. En la Obra colectiva: “La Gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades (Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad)”. Dir. Palomar Olmeda A. Navarra 2013.

⁴⁰ Guillen Zanón A. y Ramírez Núñez de Prado. E. “Administración por objetivos”. Documentación Administrativa. núm. 223. Julio-septiembre 1990.

que apenas pueden analizarse ejemplos concretos y reales pese a que se trata de una determinación básica para cualquier esquema de gestión⁴¹.

Fuera de este aspecto el condicionante de la verdadera aplicabilidad del sistema, cabría preguntarse por la naturaleza de la responsabilidad a la que se alude en el apartado en cuestión. En principio podríamos indicar que es necesario establecer un mecanismo de responsabilidad por la gestión que vaya más allá del puramente disciplinario. La responsabilidad por la gestión debe ser un mecanismo de carácter profesional que enfrente al directivo o al empleado público con sus obligaciones en el seno de una organización fruto, claro está, de un sistema de medición que consiste en una evaluación con tintes objetivos y con independencia de que, además y por añadidura, pueda existir responsabilidad disciplinaria por aquello que no ha hecho o que ha dejado de hacer.

Las medidas reales de exigencia de responsabilidad deberán estar establecidas previamente por norma de rango adecuado, pero deben tener una clara incidencia en la continuidad en la organización o en la propia condición de personal directivo de quienes ostentan aquella.

En razón de lo anterior podemos indicar que una de las numerosas causas que justifican la necesidad del establecimiento de un régimen legal del directivo público, no es otra que la de establecer un marco de responsabilidad profesional y disciplinaria que independice éstas últimas de las que, hipotéticamente, puedan ser consecuencias de la pérdida de confianza política. Podemos y debemos independizar ambas y establecer un marco que permita exigir la responsabilidad profesional sin conectarla con la política.

En segundo lugar el apartado comentado se refiere a las características centrales de la evaluación que, según indica, debe responder a los criterios de eficacia y eficiencia y al control de resultados.

La introducción de este tipo de técnicas, a las que se han dedicado desde la Ciencia Política, las del Management y, en general, de la organización y la gestión, numerosos esfuerzos para construir una estructura compleja y seria que dé respuesta al funcionamiento de las organizaciones es, sin duda, un elemento novedoso e importante. De aquí que su mera enunciación normativa pueda ser potencialmente un avance en el funcionamiento de las Administraciones y que por ello se alabase claramente que la LOFAGE los incluyera entre los principios de actuación y funcionamiento de la Administración General del Estado y que estaban llamados a convertir esta norma en un elemento de modernización de las Administraciones Públicas con incidencia real en la gestión pública⁴².

Por esto uno de los elementos esenciales sobre los que gira la LOFAGE y, ahora, el EBEP en general y en el marco de actuación de los directivos, en particular, es por la incorporación de este tipo de técnicas a la gestión pública desde una consideración general y no limitada a lo estrictamente presupuestario, que no deja de ser - organizativamente hablando- instrumental y parcial respecto de la gestión en su conjunto.

⁴¹ Ortega Álvarez: El proceso de modernización administrativa contenido en la LOFAGE. Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Núm. 7-9. Septiembre 1996-abril 1997.

⁴² Echebarría K. y Mendoza X.: La especificidad de la gestión pública: el concepto de <<Management pública>>. Documento en línea. <http://www.iadb.org>.

El control de su cumplimiento con la consiguiente evaluación individual, acompañados por técnicas como la contabilidad de costes debería proporcionar una visión del trabajo público diferente al actual, donde unos y otros discuten sobre la utilidad o la inutilidad del mismo y, por ende, de sus empleados sin base alguna. Si no sabemos (y al día de hoy no lo sabemos en muchas organizaciones), cuál y cuanto es el trabajo que debe realizarse, cómo podemos formular juicios sobre la abundancia de empleados o su ocupación y, por ende, de quienes los dirigen. Estos juicios y las medidas reparadoras de las deficiencias que los mismos pueden conllevar sólo pueden fundarse en la validación de los criterios y objetivos de la Organización. Sin esto cualquier juicio puede ser claramente infundado.

El establecimiento de objetivos y su validación será además un elemento esencial en el control de la actuación pública. El control de la actividad y la gestión pública es, sin duda, uno de los elementos que hay que reconcebir en todas sus fases, tanto la puramente parlamentaria y por ende de contenido político como la puramente gestora, tanto en sus aspectos puramente económicos que sí que está más avanzada, y en los de eficacia, que deben ser establecidos de futuro

b) La apertura del debate sobre la presupuestación y el mantenimiento del compromiso público en el mantenimiento de la política en cuestión.

Más allá de las consecuencias que deben tener en el ámbito de lo que dirigen las políticas públicas es lo cierto que el conocimiento de las variables de gestión debe servir, a su vez, para replantearse la pervivencia de aquellas. Lo que cuestan, lo que pueden rentabilizarse y la propia aceptación-necesidad de las políticas públicas es un elemento crucial para su mantenimiento. En estos momentos el mantenimiento o el crecimiento de determinadas políticas forma parte de la intuición o del compromiso político desvinculado de su realidad gestora. Con todos los avances y la dificultad técnica que supone es probable que la introducción de políticas como la dependencia debería estar rodeada de un debate verdadero sobre la viabilidad de su gestión. Si este debate se hubiera realizado, más allá, de lo atractivo del objetivo, no es seguro que el resultado fuera el mismo.

c) La tendencia o la facilitación de la relación con la iniciativa privada.

El futuro de la actuación administrativa, especialmente en los ámbitos infraestructurales, pasa, sin duda, por la búsqueda de fórmulas de participación y colaboración entre la iniciativa pública y la privada. Nuestras leyes de contratación y, en general, nuestro Ordenamiento Jurídico van asumiendo que las estructuras administrativas se conviertan en elementos de supervisión, control, iniciativa y, en general, que pierdan, en gran parte, la condición de agentes únicos en la realización de la actividad administrativa.

Es probable que, más allá, de las limitaciones normativas a las que nos hemos referido el futuro no sea de una presencia única y excluyente de los Poderes Públicos sino que se vea acompañado de fórmulas mixtas de gestión y supervisión que necesitan de fórmulas más flexibles de toma de decisiones y de supervisión.

Es cierto que el verdadero alcance de estas medidas está por delimitar y que son muchos los sectores de la ordenación administrativa que “encajan” mal este tipo de fórmulas pero no cabe negar que en momentos no expansivos de gasto se convierten – adecuadamente utilizados y la transparencia suficiente- en un instrumento útil de gestión que conviva o complementa la acción administrativa para conseguir resolver lo

que es la gran contradicción de un Estado social con una tendencia evidente al gasto y los fuertes ciclos depresivos de la economía que no siempre permiten financiar aquel.

B) Los tipos de control y la necesidad de su reformulación.

Con vocación de síntesis podemos intentar, en este punto, un breve resumen y algunas consideraciones sobre los tipos de control y algunas de las características centrales de la operatividad de los mismos.

a) Control del órgano de dirección de la Administración Pública.

Por imperativo directo del artículo 97 de la CE el órgano de dirección de la Administración Pública es el Gobierno. A él le corresponde la «dirección de la Administración ...». La composición de este órgano de dirección viene determinada por el artículo 98 cuando señala que «...1. El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la Ley...». En desarrollo de esta previsión se dicta la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno que diferencia entre órganos del Gobierno propiamente dichos y órganos de colaboración y apoyo del Gobierno. Más allá de la conformación orgánica lo que nos interesa, en este momento, es resaltar la función de dirección de la Administración Pública que encuentra, posteriormente, un encaje real en el artículo 5º de la LGo.

Esta función directiva es esencial en términos de la programación y el desarrollo de la acción de gobierno. De hecho el programa político con el que los partidos se presentan a las elecciones se traduce en un programa de gestión y se encarga el mismo a la Administración correspondiente que, sobre la base del principio de neutralidad y de servicio al interés general, es capaz de desarrollar éste en términos de instrucción programática que orienta la gestión administrativa.

La función de dirección es una función de fijación de objetivos -los que forman parte del ideario o del programa político- y de responsabilidad social por los fijados y, en consecuencia, por los dejados de señalar. Los términos del control y de la responsabilidad en este ámbito son esencialmente políticos. Encuentran en la moción de censura su elemento más característico y representativo y en las mociones, preguntas y control parlamentario sus elementos más menudos y, por tanto, más habituales. Su protagonista esencial es el Parlamento en cuanto representa la esencia del sistema democrático.

Lo que nos importa reseñar, en este momento, es que el control político tiene sus propias reglas: las de responsabilidad política y las del control democrático.

b) Control político de la actividad de los órganos administrativos⁴³

Adicionalmente, y en un plano sucesivo, podemos ahora centrarnos en el ámbito de la propia Administración. En este sentido cabe señalar que uno de los problemas centrales a los que nos referimos en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo es, precisamente, el de la confusión entre las reglas del control político y administrativo por la vía de la confusión del papel de los titulares de los órganos administrativos que,

⁴³ Jiménez Asensio, R.: «La dirección de la Administración Pública como función de Gobierno», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34, Oñati, 1992.

unas veces, ejercen función política y otras administrativa desde la misma personalidad jurídica.

En este sentido cabe afirmar que la opción política de la LOFAGE, en el ámbito del Estado, de la mayor parte de las Leyes de organización de las Comunidades Autónomas y, finalmente, incluso, en el ámbito de la regulación local es la de establecer, respectivamente, un franja -bastante amplia- de personas elegidas con criterios políticos (a veces incluso por elección en el ámbito local) se sitúan en un plano que conjuga la actuación política con la administrativa y que los términos de la delimitación de los respectivos ámbitos de actuación nunca han aparecido claros aunque desde el ámbito teórico nos hayamos empeñado en indicar que la diferencia es tan evidente como la de que realmente distingue el acto político y la acción política frente al acto administrativo.

El hecho de que sea la misma autoridad la que realmente efectúa ambos aspectos produce una cierta confusión en la delimitación concreta del ámbito de actividad y en las consecuencias de dicha delimitación en el orden impugnatorio y en el de responsabilidades que son exigibles en los respectivos ámbitos⁴⁴.

Sea como fuere, si a lo anterior se le une la existencia de una franja de indefinición entre la función directiva y sus aspectos -tema al que nos referiremos en diversas ocasiones- podemos llegar a la conclusión de que la función directiva y gerencial no tiene reglas específicas de responsabilidad y, por tanto, se contagia de las reglas de responsabilidad política, lo que realmente no es acertado y, sobre todo, produce una confusión evidente en la que finalmente no somos capaces de saber si estamos ante una decisión directiva o no y si las reglas de responsabilidad de unos y otros son administrativas, políticas, disciplinarias o, simplemente, contractuales.

Si proyectamos esta confusión sobre el control político podemos indicar que la misma acaba teniendo, incluso, una perspectiva conceptual que afecta al sistema en su conjunto y, sobre todo y si nos centramos en el ámbito de la AGE, en el propio papel del Parlamento. En teoría y según el Reglamento del Congreso, en su artículo 44, las Comisiones del Congreso de los Diputados podrán reclamar la comparecencia de las autoridades en el ámbito de las Comisiones.

Pero el problema no es nominal (quien puede ser llamado) sino realmente el tipo y la extensión del control que justifica la comparecencia, la dimensión de la misma y el grado de seguimiento de las políticas públicas que se establece con este tipo de control parlamentario.

Sin ánimo de generalización de un criterio destructivo puede decirse – a modo de resumen- que existe, entre nosotros, un cierto sentido de que el control parlamentario pasa por la comparecencia periódica -cada vez más periódica- de los responsables de algunas unidades, la fijación de unas líneas de actuación iniciales (consecuencia del nombramiento) y algunas comparecencias periódicas (sin temporalización concreta) centradas en aspectos de la actualidad en muchos casos periodística y, eso sí, una tan rigurosa como inútil comparecencia en el proceso de elaboración de la ley de

⁴⁴ Vaquer Caballería, M.: «El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, sept.-diciembre. Suárez Suárez, A. S.: *El control o fiscalización del sector público. Auditorias de eficiencia*, Madrid, 1986.

presupuestos efectuada, tan a menudo, por autoridades que no están ni mínimamente de acuerdo con el presupuesto que se confecciona y que tienen que defender desde el Ministerio de Hacienda y convierte su posición en el que solo nominalmente el presupuesto es competencia de la autoridad que lo defiende. Es evidente que esto está muy lejos de conformar un verdadero sistema de control de la actuación política y de las condiciones de dirección de la misma.

Sea como fuere podemos indicar que el control parlamentario de la actividad administrativa, efectuada en el ámbito de la dirección pública y en cumplimiento de las directrices políticas, es un control francamente insuficiente, sobre todo, por la forma en la que se ejerce sobre personas nombradas con criterios políticos y cuya función directiva y gerencial no tiene un estatus ni un contenido que permita un seguimiento de la actuación conforme a reglas diferentes a las de carácter político.

En este mismo sentido y por concluir podría decirse de las denominadas comisiones de control cuya virtualidad práctica ha quedado, sin duda, en entredicho. Desde esta visión general que nos proponemos en este trabajo, puede decirse que la historia reciente de las comisiones parlamentarias (en todos los ámbitos territoriales) han generado una visión ciertamente desasosegante y, desde luego, muy lejanas al idílico modelo americano. Los límites con la investigación penal, la falta de tradición y el señalamiento de un objetivo claro son elementos que han contribuido a la falta de efectividad de este instrumento de control que, en otras culturas goza de un predominio y de una relevancia que, desde luego, no es comparable con la que han tenido las que se han constituido en España.

Volviendo al planteamiento general podemos indicar que la inexistencia de una auténtica función directiva y gerencial vacía, en gran medida, la posibilidad del establecimiento de un control parlamentario realmente perceptible sobre este tipo de función que, al final, se contagia de los mecanismos y las formas de control político que son propias de los órganos y de los miembros del gobierno. Esta mezcla de instrumentos, formas y alcance del control no permite la identificación ni el establecimiento de responsabilidades sobre los elementos diferenciados de la responsabilidad diferenciada y produce un efecto no querido del establecimiento y la conformación de una franja excesivamente amplia de dirección política que realmente ha configurado una actividad parlamentaria demasiado alejada del control real de la Administración en términos de control parlamentario⁴⁵.

Esta última referencia nos permite indicar que el control de la Administración Pública, en términos de gestión pública responsable, no es perceptible en sede parlamentaria. La confusión de personas y del estatus que desempeñan lleva directamente a una confusión de elementos esenciales de la responsabilidad y, por tanto, a confundir finalmente la responsabilidad por la dirección pública con la responsabilidad política. Se trata de conceptos diferentes y de mecanismos diferentes de control que exigirían un tratamiento claro y nítidamente diferenciado que, desde luego, hoy no encuentra ni en nuestra legislación ni en la práctica cotidiana una formalización real.

c) Controles administrativos

⁴⁵ Jiménez Asensio, R.; Villoria Mendieta, M. y Palomar Olmeda, A.: La dirección profesional en España, Madrid, Barcelona, 2009. Maeso Seco, L. F.: El personal directivo público en España, Madrid, 2012.

A partir del esquema clasificatorio que proponíamos anteriormente podemos indicar que otra de las modalidades de control, ahora, no pensada en clave de personas sino de actuación administrativa y de la forma en el que se sitúa el respectivo mecanismo de control nos permite diferenciar entre controles internos o externos de ámbito y contenido administrativo⁴⁶. Este plano ya trasciende de la actividad política para situarnos en el ámbito puramente administrativo. En los apartados siguientes analizaremos el control externo ciñendo, en este momento, nuestro análisis a los que la normativa presupuestaria y, puramente, administrativa establecen y que tienen a los propios órganos administrativos como elemento y referencia central. En esencia aquí lo que se plantea es que, por un lado, el principio de jerarquía y, por otro, el principio de especialización, producen un reparto funcional que atribuye a unos órganos el control (general o especial) de otros en los términos que pasamos a reseñar.

En este terreno y, sin perjuicio de los detalles que más tarde se aportan en relación con cada una de las figuras de control, podemos indicar que el control real de la Administración Pública, en el plano interno, es el control financiero. En el plano teórico este tipo de control estaba llamado a completarse con el control de eficacia al que se refiere el artículo 13.2 de la LOFAGE⁴⁷. Cabe señalar, sin embargo, que este tipo de control no se llegó realmente a articular y el que proviene de la existencia de una función directiva con reglas de dirección estratégica tampoco existe o no están implantados en la mayoría de los casos.

A partir de las carencias de controles de eficacia y de cualquier otro derivado de las funciones de dirección debemos convenir que realmente todo el mecanismo histórico de control interno se ha centrado en establecer, regular y afinar los controles de carácter financiero y, esencialmente, presupuestarios teniendo en cuenta que tanto en el ámbito estatal como en el resto de las Administraciones Públicas se ha visto completado dicho esquema con el de la creación de cuerpos de funcionarios a los que, específicamente, se atribuye esta misión. Si coloquialmente se ha dicho que la función hace al órgano en este caso la premisa se ha cumplido.

Con carácter introductorio podemos indicar que los controles de orden financiero pasan la misma crisis que el conjunto de la actividad administrativa que se nuclea alrededor del presupuesto público y de la que, en estos momentos, intentamos regresar con normas que aseguren la disciplina presupuestaria⁴⁸. La historia de los últimos años en la organización de las Administraciones Públicas es una historia que se entiende en términos ambivalentes en relación con la funcionalidad del presupuesto y su capacidad

⁴⁶ Desde una perspectiva complementaria a la que aquí se analiza, González Sanfiel, A. M.: «El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructuras», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, enero-abril 2012.

⁴⁷ El precepto, textualmente, establece que «... e) Evaluar la realización de los planes de actuación del Ministerio por parte de los órganos superiores y órganos directivos y ejercer el control de eficacia respecto de la actuación de dichos órganos y de los Organismos públicos dependientes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria ...». En relación con dicho control, recuérdese que el artículo 15 de la LOFAGE atribuye a los Subsecretarios de los Departamentos «b) Asistir al Ministro en el control de eficacia del Ministerio y sus Organismos públicos....». Adicionalmente, el artículo 51 establece que «...Los Organismos autónomos están sometidos al control de eficacia, que será ejercido por el Ministerio al que estén adscritos, sin perjuicio del control establecido al respecto por la Ley General Presupuestaria . Dicho control tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados....».

⁴⁸ Barque, F.: «El principio de sinceridad presupuestaria en Francia: de la esperanza al desengaño», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo/agosto, 2012.

de disciplina de la vida social en su conjunto. En este sentido, el papel del presupuesto ha pasado una cierta crisis que va desde haber sido el elemento de centralidad de la vida pública hasta haberse convertido en un instrumento más formal que material como consecuencia de la existencia de diversas formas de actuación administrativa que permiten la elusión formal y material de la disciplina presupuestaria.

De hecho podríamos recordar que, por más lejano que nos parezca, los años ochenta se representan por la existencia de un conjunto de normas -ligadas a fenómenos organizativos y a la creación de personificaciones instrumentales específicos al margen de las categorías generales- que, en muchos casos, no tenían otra característica final que la elusión del sistema presupuestario. La evolución de instituciones y figuras extra-presupuestarias, por un lado, y la ambigüedad y presentación diferencial del esquema de contabilidad tuvieron como elemento central la elusión del presupuesto y durante mucho tiempo han configurado dos realidades: la presupuestaria y la que no lo es.

Detrás de esta cuestión estaba, claro está, la necesidad de presentar las cuentas públicas en la forma que establecía el SCEC que determinaba, a su vez, un condicionamiento en la organización y estructuración de las formas de actividad. Sea como fuere lo trascendental, a estos efectos, es el haber proyectado una imagen final de ambigüedad

De estas dos perspectivas, la que se refiere o toma el presupuesto como eje central de la actividad administrativa tiene, claro está, un desarrollo y una dimensión propia y real que va desde el proceso de confección y debate del presupuesto, hasta la rendición de la cuenta pasando por el control interno de la intervención y el externo del Tribunal de Cuentas. Este esquema debería asegurar que el conjunto de la actividad administrativa tiene encaje en la misma lo que, en el momento, actual es, todavía, una utopía porque aunque se han reconducido los “excesos” de carácter orgánico se mantienen elementos que no aseguran la centralidad indicada. Nos referimos a determinadas formas contractuales en los que no existe aportación presupuestaria y que, finalmente, suponen un marco de obligaciones diferidas o futuras que no siempre tienen un reflejo real en el ámbito de los presupuestos.

La sensación final es que esta realidad, esencialmente presupuestaria, no llega a cubrir la totalidad de la función administrativa y que tanto desde la perspectiva del funcionamiento real como, incluso, desde el tratamiento contractual (piénsese en el contrato de colaboración público-privada) lo que, finalmente, se produce es un desplazamiento de la obligación de pago de forma que el reflejo de la misma no responde a las reglas comunes de presupuestación y pago.

La realidad de esta cuestión, formulada en estos momentos con un carácter meramente descriptivo, nos lleva a pensar que el control financiero no puede considerarse como una garantía total pese a los esfuerzos indudables que ha hecho la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. A veces, el problema no es solo instrumental sino material y, en este sentido, las propias pautas y formas de funcionamiento extrapresupuestario de la Administración no pueden considerarse como instrumentos que coadyuven a que el control sea real o, por lo menos, a que sea percibido como real y suficiente desde una versión general del control de la actuación pública.

El resultado final no puede ser otro que el de indicar que, aunque no se puede ni deba

abdicar del control de este orden, es claro que el mismo debe ser completado ineludiblemente con otros elementos que permitan controlar acciones, políticas y demás elementos de la actuación administrativa con un criterio diferencial al puramente financiero-formal en el que está situado en los momentos presentes.

d) Controles independientes de carácter administrativo o constitucional y externos.

En este ámbito al que, brevemente, nos hemos referido en los apartados anteriores cabe indicar que la proyección de la deficiencia del sistema de control es predicable, también, de los controles administrativos de carácter constitucional (estatutarios en el supuesto de las Comunidades Autónomas) y en los puramente administrativos que se sitúan al margen de la propia organización y a los que convencionalmente venimos a denominar como externos. Los ejemplos son, claramente, dos: el defensor del pueblo (incluyendo en esta categoría las que se corresponden con la instituciones del mismo nombre de ámbito autonómico) y el Tribunal de Cuentas y los órganos de similar función en el ámbito autonómico.

- Los Comisionados Parlamentarios

El Defensor del Pueblo es, conocidamente, una institución sin arraigo histórico en nuestra cultura organizativa y realmente se trata de una figura importada de otras culturas y sistemas de organización. El balance de su actuación desde que el artículo 54 de la CE decide su creación no puede considerarse negativo pero tampoco conforma, en la actualidad, un mecanismo que pueda suplir las deficiencias del funcionamiento en su conjunto de las Administraciones Públicas. Los datos de su actuación demuestran una utilización que sin ningún animo de molestar podría considerarse como <<modesta>>, incrementada en los últimos años en la concepción o en la utilización instrumental de la legitimación en orden a la impugnación de las normas (tan frecuentemente por el procedimiento de urgencia) ante el Tribunal Constitucional como el mayor elemento de efectividad y de utilidad de estas Instituciones.

Es cierto que para llegar a esta conclusión no deben obviarse algunas circunstancias que están concurriendo la situación actual y que han hecho recobrar una pujanza, probablemente, inesperada en su propia concepción inicial. En este sentido, por ejemplo, podemos señalar que el cambio de paradigma que supone para el conjunto del sistema democrático el recurso indiscriminado al Real Decreto-Ley como forma de ordenación de la vida social. La utilización de los mecanismos de urgencia como procedimientos habituales produce efectos distorsionadores de todo orden en el conjunto del sistema democrático pero, desde luego, uno que resulta evidente es la necesidad de encontrar formas de impugnación que en razón a la consideración como norma con rango de ley aparece muy restringida. Haber reconocido al Defensor del Pueblo la legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad es lo que, probablemente, justifica el incremento tan notable de las solicitudes al Defensor del Pueblo en esta materia⁴⁹.

Es cierto que la CE cuando establece la regulación marca su finalidad última al señalar que «... Una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto

⁴⁹ Varela Suanzes-Carpegna, J., «La naturaleza jurídica del defensor del pueblo», *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 8, mayo-agosto de 1983.

comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales....». Su función es, pues, una función ligada a la propia actividad parlamentaria a la que, finalmente, da cuenta de los déficits apreciados en el funcionamiento administrativo lo que permite señalar que el control que proviene de esta vía acaba contagiándose de los propios déficits que el control de la actuación administrativa tienen en el ámbito parlamentario y a los que ya hemos hecho referencia.

En los años de funcionamiento de la institución y, pese a los relevantes informes que se han hecho desde la misma, no puede decirse que realmente hayan tenido una trascendencia real suficiente en la actuación de control ni en la capacidad de supervisión parlamentaria que supere las pautas convencionales del control parlamentario general.

A su favor hay que señalar que la figura de los defensores del pueblo ha sido, probablemente, una de las que menos controversia política ha suscitado y donde ha sido posible encontrar mayores consensos a lo largo de la etapa constitucional. Es cierto, sin embargo, que ni por su ordenación legal, ni por sus medios ni por su implantación real puede decirse que realmente sea un instrumento de la intensidad que demanda en su conjunto el funcionamiento administrativo. Este diagnóstico es posible realizarlo de una forma, prácticamente, idéntica del conjunto de figuras que se han ido creando en el ámbito de las Comunidades Autónomas y que, ahora, con la crisis empiezan a repensarse, precisamente, por la virtualidad real de su función de cara a articular un sistema de control realmente aceptado y percibido como tal por el conjunto de los ciudadanos.

Es cierto, sin embargo, que, en lo que podríamos denominar eufemísticamente un <<alarde de imaginación>>, la creación de una figura independiente que controle las organizaciones públicas se ha generalizado en muchos ámbitos de la vida social con una visión o un haz de competencias limitado a ámbitos concretos. El Defensor del Universitario, el defensor del ciudadano ante la Administración electrónica, el defensor del deportista son figuras (con distinta entidad y relevancia) que ponen de relieve la oportunidad de crear formas de reclamación menos formales que los recursos y que permitan actuar ante Administraciones Públicas especialmente complejas o que atienden a colectivos ciertamente numerosos de una forma diferente a como se establece en el ámbito de la Administración formalizada. Es probable que la introducción de las tasas y las costas en el ámbito jurisdiccional tenga como efecto el análisis real de las formas alternativas de solución de los conflictos y que algunas de estas figura que, ahora, duermen –en algunos casos- un sueño profundo se conviertan en instrumentos con virtualidad real en el establecimiento de sistemas de relación con las Administraciones Públicas que trasciendan del plano de los recursos.

La existencia y generalización de algunas de estas figuras - que curiosamente se han ido creando también en las grandes conformaciones privadas y de un enorme contenido burocrático- y lo que es más importante la demanda que los mismos tienen demuestran que la existencia de mecanismos con los que traspasar los límites de las entidades burocráticas es, ciertamente, una necesidad derivada de la centralidad de la actuación formalizada en organizaciones complejas y de los recursos jurídicos como elemento de control de las mismas.

Conviene recordar, en este punto, que la actuación formalizada es sólo una de las

facetas de la actuación administrativa y que al lado de la misma existe todo un espectro de actuación no formalizada que queda fuera del control jurídico y que, sin embargo, constituye una faz esencialmente representativa de la actuación de las Entidades Públicas.

Llegados a este punto y admitida la utilidad de estas figuras, cabe poner sobre la mesa si, realmente, su régimen jurídico de funcionamiento es suficiente y, sobre todo, si se percibe como el instrumento real de control que, realmente, resulta necesario para completar otros mecanismos de control que venimos analizando. Es aquí, en el funcionamiento y en la intensidad de su actuación, en el marco jurídico, en su capacidad de actuación y, finalmente, en las consecuencias derivadas de su advertencia a quien le comisiona (el Parlamento) que son realmente pequeñas precisamente porque, como se ha dicho, el conjunto de la actuación de control -en el ámbito parlamentario- de las Administraciones Públicas es la que está, precisamente, en entredicho.

- El Tribunal de Cuentas y los órganos de control económico de las Comunidades Autónomas.

El artículo 136 de la CE se refiere al Tribunal de Cuentas en términos que implican su actuación por encargo o conexión directa con el Parlamento. Señala el artículo 136 de la CE que «... 1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.

Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste».

A partir de aquí se publica la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas en cuyo artículo 1º reitera que «...1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción, de acuerdo con la Constitución y la presente Ley Orgánica. 2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan prever sus Estatutos. Depende directamente de las Cortes Generales....»⁵⁰.

Es la Exposición de Motivos de la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas la que resume de una forma espléndida la función que corresponde al mismo cuando señala que «...Respecto de la primera, la Ley establece su extensión y los instrumentos en que se materializa, erigiendo la memoria o informe anual, que el Tribunal debe rendir a las Cortes Generales en cumplimiento de lo establecido en el artículo 136.2 de la Constitución y 13 de su Ley Orgánica, en verdadero eje de su función de control de la actividad económico-financiera del sector público, sin perjuicio de las memorias extraordinarias y de las mociones y notas que sea procedente elevar a las propias Cortes. Asegura, por otra parte, la indispensable coordinación del Tribunal con los órganos de control interno de las entidades del

⁵⁰ Cubillo Rodríguez, C., *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, Granada, 1999.

sector público y con los de control externo que puedan existir en las Comunidades Autónomas, haciendo innecesaria la creación de secciones territoriales que, lejos de conducir a una fiscalización eficaz, supondría, en la mayor parte de los casos, una concurrencia de competencias y una antieconómica duplicación de esfuerzos en materia de control. Por lo demás, la Ley regula, con el necesario detalle, el contenido y publicidad de los resultados de la función fiscalizadora, los diferentes procedimientos en que ésta se articula y sus modos de terminación; ante la imposibilidad de atribuir naturaleza estrictamente jurisdiccional a la inicialmente prevista fase instructora de los procedimientos para la exigencia de responsabilidades contables, conforme fue puesto de relieve en el antecitado informe del Consejo General del Poder Judicial, se contemplan también las actuaciones previas a la iniciación de la vía jurisdiccional, de tal manera que puedan servir de necesario soporte de la misma, tal y como sucede con el expediente administrativo respecto del proceso contencioso-administrativo, según la Ley reguladora de dicha jurisdicción.

En lo que se refiere a la función jurisdiccional, la Ley, al tratar de la naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contable, la contempla como una auténtica jurisdicción, que goza del necesario respaldo constitucional, pero que, en orden a su contenido y de acuerdo con el criterio manifestado por el Consejo General del Poder Judicial en su mencionado informe, ha de ser interpretada restrictivamente y dentro de los justos límites para poder hacerla compatible con la unidad y exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que reconoce a la ordinaria, conforme antes se destacó, el artículo 117 de la Constitución. Por ello, le atribuye, como objeto, el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que se deduzcan contra quienes, teniendo a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos e interviniendo dolo, culpa o negligencia graves exigencia esta derivada de la enunciación del principio por el artículo 140 de la Ley General Presupuestaria originan menoscabo en los mismos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicable a las entidades del sector público o a las personas o entidades beneficiarias o receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas provenientes de dicho sector. Y es que si la responsabilidad es contable, además de deber lucir de las cuentas que deban rendir todos cuantos manejen caudales o efectos públicos, como se desprende claramente del contenido del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, debe también significar la infracción de preceptos reguladores de la contabilidad a que están, en términos generales, sometidas las entidades del sector público o quienes manejan caudales o efectos que merezcan la misma conceptualización....».

Desde una perspectiva sintética, señala Vacas García-Alos, que «la vigente regulación constitucional del control externo de la gestión económico-financiera del sector público, contenida en el artículo 136 de la CE se atribuye una «jurisdicción propia» al TCU. Esta función jurisdiccional, que tiene legalmente atribuidas las notas de necesaria, improrrogable, exclusiva y plena, encuentra reforzado su carácter de verdadera jurisdicción al haberse residenciado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo su régimen jurídico casacional...».⁵¹

Sobre esta base podemos intentar un mínimo apunte a los efectos de la visión general

51 Vacas García-Alos, L.: «La judicialización del Tribunal de Cuentas y su dimensión constitucional», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 29, septiembre-diciembre de 2006, pág. 23.

que estamos construyendo en este apartado. En este sentido podemos indicar que los tiempos de respuesta en la actuación fiscalizadora (en la actualidad se analiza la correspondiente al ejercicio 2010) y la propia conformación de la responsabilidad contable -centrada en las figuras del alcance y el reintegro- hacen que la relevancia social y, aun jurídica, del Tribunal de Cuentas, en su función constitucional, sea más una esperanza, un pío deseo que busca como abrirse camino en la formulación de una doctrina general del control público que una realidad evidente en la que fundar la confianza social.

No se trata de formular una crítica vacía de contenido pero para los ciudadanos resulta difícil entender cómo es posible que hayamos vivido una desviación tan clamorosa del déficit público y, sobre todo, del gasto público y nuestro supremo órgano de control no lo hubiera detectado ni denunciado. La respuesta a tan inquietante pregunta se justifica en una amplia variedad de argumentos que, no obstante, centraremos en dos.

De este modo, y en primer término, el propio funcionamiento, una vez más, tan apegado a la realidad presupuestaria y tan alejado de la realidad material en la que desarrollaban su función muchas de nuestras Administraciones Públicas y de las instituciones que están bajo el control de dicho órgano condiciona su propia credibilidad. De alguna forma es preciso resaltar la insuficiencia del modelo y la necesidad de su reformulación completa para cumplir con efectividad su función constitucional. Esta función de control no puede ser formal sino material y, por tanto, debe asegurarse a los ciudadanos que cuando se producen situaciones de descontrol como las que hemos vivido en los últimos años, el sistema sea capaz de detectarlas y de ponerlas en conocimiento de la sociedad. Los acontecimientos que estamos viviendo en relación con los diversos “cuentandantes” producen una situación de inseguridad y escasa fiabilidad que realmente no es buena para una sociedad que busca elementos de certeza como forma de reducir la crisis institucional y social en la que parece que nos hemos situado.

No es suficiente que dentro de cuatro años alguien diga en la Comisión Mixta del Parlamento que existió una desviación que no solo ya no tiene arreglo sino que, incluso, no tiene ni repercusiones políticas. Siempre ha sido clamorosa la diferencia entre la atención que se presta a la figura del Presupuesto (intenciones) frente al de la cuenta (realidades) tanto en el ámbito parlamentario como en el social e, incluso, en el político. Al primero le dedicamos debates, periódicos, fotos en la entrega del proyecto, votaciones y una seria consideración social y periodística, mientras, que el segundo pasa poco menos que desapercibido parlamentaria y socialmente. Sin embargo, la rendición de cuenta, la confirmación del cumplimiento de los objetivos propuestos es, qué duda cabe, tan o más relevante que los proyectos.

En segundo término, y dentro del mismo orden de cosas, puede decirse que el déficit de responsabilidad política que a menudo deriva del funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y de su actuación se ve acompañada con la evidente necesidad de la reformulación de la teoría de la responsabilidad contable. Su conformación actual no dista, en esencia, de algunos de sus precedentes menos remotos y, en todo caso, centrados en lo que señala el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento que «...1. La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a

consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable...». No obstante esta formulación general debe recordarse que el propio Capítulo VII de la Ley de Funcionamiento se refiere más adelante a los tipos de procesos en este ámbito que identifica con juicio de cuentas, el procedimiento de reintegro por alcance y los expedientes de cancelación de fianzas. La simple enunciación nos sitúa ante un juicio de afección real centrada en el manejo y alejada del daño real que se produce por los defectos en la gestión pública que, potencialmente, puede producir daño público aunque, formalmente, no afecte al régimen de disposición de fondos.

De alguna forma es preciso extraer consecuencias de la actividad de fiscalización en la que muchas de las conductas pueden estar detectadas y fundar en aquella un reproche contable que -no necesariamente- se refiere, como indicamos, al alcance de fondos públicos. Puede haberse ejecutado bien algo que, sin embargo, está concebido en términos que causan daño económico y esto debe ser algo más que una referencia más o menos extensa en un informe de fiscalización que se remite al Parlamento y del que queda constancia en el Diario de Sesiones.

La reformulación que se predica no es asumida, por ejemplo, en el Proyecto de Ley de Transparencia y buen Gobierno.⁵² La lectura del artículo 25 del Proyecto de Ley nos

⁵² El artículo 25 del Proyecto de Ley establece las infracciones en materia de buen gobierno económico e incluye las siguientes:

«... Constituyen infracciones muy graves:

- a) La incursión en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.
- b) La administración de los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujeción a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
- c) Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable.
- d) La realización de pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, en la normativa presupuestaria equivalente en el caso de administraciones distintas de la General del Estado.
- e) La ausencia de justificación de la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones o, en su caso, la normativa presupuestaria equivalente de las administraciones distintas de la General del Estado.
- f) El incumplimiento deliberado de las obligaciones establecidas en los artículos 12.5 y 32 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- g) La realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas que contravengan lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- h) La no adopción de las medidas necesarias para evitar el riesgo de incumplimiento previstas en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- i) La suscripción de un convenio de colaboración o concesión de una subvención a una Administración Pública que no cuente con el informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas previsto en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- j) La no formulación del plan económico financiero exigido por el artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- k) La no presentación del plan de reequilibrio exigido en el artículo 22 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril o la falta de puesta en marcha en plazo.

sitúa en una situación conforme a la cual la mala programación económica, el fraccionamiento de contratos o, incluso, técnicas como la de facturas escondidas no contabilizadas mediante encargos que no son del órgano de contratación tengan un encaje ciertamente complejo -por utilizar una expresión eufemística- en el ámbito de la responsabilidad de los directivos públicos cuando está probado que muchos de nuestros problemas actuales provienen de aquí y no de una situación real de alcance o afección de los fondos públicos.

La situación, sin embargo, no acaba aquí ya que la proliferación de órganos de control externo en el ámbito de las Comunidades Autónomas ha sido, igualmente, objeto de una amplia controversia centrada en lo que «cuestan» a la sociedad y, como consecuencia, la necesidad de que la racionalización del mismo venga por la vía de la atribución al órgano estatal de las funciones -solo en el ámbito de la fiscalización- que correspondían a los autonómicos.

Es evidente que estamos en un mal momento para abogar por el mantenimiento de órgano público alguno y, por tanto, no seguiremos esa vía. La decisión sobre la forma de articular el control debe corresponder a cada comunidad política y, por tanto, desde este ámbito no puede sino mantenerse una situación de respeto máximo a la decisión democrática de cada una de éstas. No obstante y en el plano material y no orgánico lo único que hay que reclamar es que las opciones organizativas no alteren el régimen sustantivo de control.

Es cierto, finalmente, que no son estas instituciones de control un ejemplo de funcionamiento alejado de los intereses de quienes nombran a sus miembros. Es esta una cuestión que hemos formulado en términos generales y más amplios para el conjunto de las instituciones de control y supervisión de la actividad pública. No obstante esta formulación general sí cabe indicar, en este momento, que aquellos defectos generales tienen una especial relevancia en este ámbito tan próximo al control de las autoridades y, por tanto, tan necesitado de un funcionamiento objetivo, profesional, riguroso y, sobre todo, solvente que dé a la sociedad la seguridad de que el control existe y llega allí donde debe llegar.

4.- Algunos elementos de uso común en la gestión que irradiarían mayor racionalidad.

4.1. Memoria justificativa.

l) El incumplimiento deliberado e injustificado de las obligaciones de suministro de información o de justificación de desviaciones en el cumplimiento de medidas y planes previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

m) El incumplimiento deliberado de las medidas de corrección previstas en los planes económico-financieros y de reequilibrio previstos en el artículo 21 y 22 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

n) La no adopción del acuerdo de no disponibilidad o la no constitución del depósito previsto en el artículo 25 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

ñ) La no atención al requerimiento del Gobierno previsto en el artículo 26 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

o) El incumplimiento de las medidas necesarias para garantizar la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por el Gobierno previstas en el artículo 26 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

p) El incumplimiento injustificado de la obligación de rendir cuentas regulada en el capítulo IV del título V de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre General Presupuestaria...».

Ruiz Almendral, V.: «La reforma constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, septiembre-diciembre de 2009.

No parece necesario recordar que la mayor parte de las decisiones administrativas están precedidas de amplios documentos que justifican la opción establecida. Un mínimo repaso de la legislación vigente en diversos ámbitos nos demuestra que esta afirmación es, claramente, fundada.

Así lo establece el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno cuando señala que <<...2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica...>>. En la misma línea el artículo 24 de la citada Ley cuando se refiere las normas reglamentarias previene que <<..a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto. En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo....>>.

En el propio EBEP cuando se refiere a las relaciones de puestos de trabajo en el artículo 74 y señala que <<... Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos...>>.

Esto nos permite decir que realmente cuando aludimos a la necesidad de justificar y explicitar las propias decisiones en materia organizativa no nos encontramos ante un problema de memorias ni de justificación de la propia opción. Según establecen las normas indicadas es claro que existen o deben existir.

Esto nos permite indicar que la normativa exige que existan memorias que justifiquen la propia opción. El elemento central es la ausencia pública de elementos de contraste de las opciones elegidas de forma que una determinada organización puede realizar sus propias valoraciones sin que, finalmente, sus criterios sean adverdados o sometidos a la comprobación previa y/o subsiguiente. De esta forma se produce una desconexión entre lo que se propone y lo que debería/podría ser admisible y, por tanto, puede llegar a elegirse una forma organizativa que no sea especialmente apta para el tipo prestacional que se pretende.

Es cierto que estas contrastaciones o vinculaciones a elementos estandarizados de funcionamiento, operatividad y, por tanto, de viabilidad de las formas elegidas podría llegar a considerarse en algún momento como una limitación o una “interferencia” competencial en el ámbito de la potestad organizativa. Este reproche siempre puede darse y realmente existe un poso de razón pero es cierto también que la elección de entre las fórmulas consolidadas (dejamos al margen, por tanto, la capacidad innovativa del legislador) no debería ser libremente electiva sino vinculada a la idoneidad de la fórmula elegida en función de los respectivos procedimientos y prestaciones que realiza o va a realizar el respectivo órgano administrativo.

Para eso sería preciso, y esta es una de las grandes carencias actuales, que se estandarizarán las formas organizativas en la idoneidad con los procesos de producción que realizan, que, asimismo, se establecieran elementos cuantativos y cualitativos que conformen la idoneidad de la estandarización. De esta forma sabríamos de antemano qué se puede hacer, qué se espera y cuánto es razonable pensar –en términos cuantitativos- que debe realizar y cómo con una determinada forma organizativa. Si realmente esto se supiera sería más fácil considerar que las observaciones sobre la pretensión de ejercicio de la potestad organizativa no son un capricho arbitrario sino una exigencia ordenada.

4.2.- Contabilidad de costes.

Para que una cuestión como la indicada en los apartados anteriores funcione tiene que ser, esencialmente, objetiva y, en ese sentido, el papel de la contabilidad de costes es absolutamente relevante.

Así lo recordaba la propia Exposición de Motivos de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria cuando señala que <<...El título V se refiere a la contabilidad del sector público estatal, configurándola como un sistema de información económico-financiera y presupuestaria sobre la actividad desarrollada por las entidades integrantes del mismo.

Como novedad en relación con el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria anterior, el presente texto hace referencia expresa a la finalidad de la contabilidad del sector público estatal de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados y de la ejecución del presupuesto de cada una de las entidades integrantes del mismo para, entre otros objetivos, suministrar información para la determinación de los costes de los servicios públicos y facilitar la gestión y la toma de decisiones....>>.

Como consecuencia de esto, el artículo 120 de la LGP cuando se refiere a los fines de la contabilidad del sector público estatal incluye la relativa a “suministrar información para la determinación de los costes de los servicios públicos” como una de las finalidades genéricas y, asimismo, incluye otras que guardan una conexión directa como <<...6. Proporcionar información para el ejercicio de los controles de legalidad, financiero, de economía, eficiencia y eficacia. 7. Suministrar información para posibilitar el análisis de los efectos económicos y financieros de la actividad de los entes públicos. 8. Suministrar información económica y financiera útil para la toma de decisiones. 9. Suministrar

información útil para otros destinatarios....>>.53

Este carácter informativo de los costes es, precisamente, el que debería servir de fundamento para el proceso de estandarización al que nos hemos referido anteriormente. Es cierto que la visión estática que aporta la contabilidad debe completarse con otras referencias adicionales sobre la valoración de la idoneidad y la productividad del personal y el régimen jurídico aplicado. En esta materia no solo es el coste sino también la oportunidad.

Debe recordarse, igualmente, que el conocimiento de esta información en los términos que se propone fue el instrumento utilizado para hacer transparente las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, regulada, en la actualidad, por la Directiva 2006/111/CE, de 16 de noviembre⁵⁴. Este mecanismo de cuentas separadas y de evaluación del coste de los servicios no solo se mantiene en el ámbito de las relaciones con las Empresas públicas sino que finalmente ha servido, también, para la fijación y valoración de las obligaciones de interés general en el ámbito de la implantación y financiación pública de las mismas aunque se ejerzan por privados.⁵⁵

En este estado de cosas la apuesta, primero, por el coste estándar y, ahora, por el coste efectivo que se mantiene en el Proyecto de Ley de racionalización o sostenibilidad de la Administración local apunta a un criterio que es el que aquí se mantiene: el conocimiento del coste de los servicios y las decisiones de organización – en el caso local de la propia gestión- de los servicios públicos⁵⁶. De

⁵³ En relación con este tema debe tenerse en consideración Resolución de 28 de julio 2011, que regula los criterios para la elaboración de la información sobre los costes de actividades e indicadores de gestión a incluir en la memoria de las cuentas anuales del Plan General de Contabilidad Pública.

⁵⁴ Recuérdese, en este punto, lo que establece el artículo 4º de la misma cuando señala que <<... 1. A fin de garantizar la transparencia a que se refiere el artículo 1, apartado 2, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que en todas las empresas obligadas a llevar cuentas separadas: a) se lleven por separado las cuentas internas correspondientes a las diferentes actividades; b) se asignen o distribuyan correctamente todos los costes e ingresos sobre la base de principios de contabilidad de costes aplicados de forma coherente y objetivamente justificables; c) se establezcan claramente los principios de contabilidad de costes con arreglo a los que deban llevarse las cuentas separadas. 2. El apartado 1 solo será aplicable a las actividades que no estén cubiertas por disposiciones específicas establecidas por la Comunidad y no afectará a las obligaciones impuestas a los Estados miembros o a las empresas por el Tratado o por dichas disposiciones específicas...>>.

⁵⁵ Específicamente en relación con este tema, Laguna de Paz: Servicios de interés económico general. Navarra. 2009. Jiménez Blanco, A.: Servicio Público, interés general, monopolio: reciente aportes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. REDA núm. 84. Madrid 1994. Canals i Ametller, D.: Principios, reglas y garantías propias del Derecho Público en la prestación privada de servicios económicos de interés general: el caso emblemático del sector de las comunicaciones electrónicas. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 158. Abril-Junio.2013.

⁵⁶ El artículo 26 del Proyecto se refiere al mismo indicando que <<... Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.

Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados

esta forma y sin necesidad de vincularlo al elemento de que el qué lo hace más barato es el que lo hace que realmente impregnaba los primeros proyectos de la reforma local lo que si introduce es un criterio de costes y de vinculación de los costes por las decisiones que puedan adoptarse en el plano del propio servicio – cuestión que trasciende a la que ahora analizamos- y en el plano de la gestión y las decisiones de gestión entre las que se encuentra, claro está, la propia organizativa.

En todo caso lo que resulta determinante es encontrar una fórmula de conocimiento de las decisiones administrativas propuestas y una proyección en función de los costes conocidos de las decisiones que se pretenden adoptar. El derecho de la organización debe dejar de ser intuitivo para convertirse en algo con fundamento científico que asegure o, por lo menos, matice las respectivas elecciones por parte de los titulares de las decisiones organizativas.

4.3.- Seguimientos en términos de eficacia-eficiencia⁵⁷

Probablemente esta es la gran ausencia actual de las organizaciones públicas españolas.⁵⁸ Ya en la LOFAGE se aludía a este tipo de control aunque, como se ha indicado, finalmente, el único control real es de carácter económico-financiero y, por tanto, la visión que se tiene de muchas de las organizaciones es, exclusivamente, como se produce la planificación presupuestaria y, sobre todo, cómo se produce la ejecución de la misma.

Es cierto, sin embargo, que la existencia de los controles de eficiencia sobre la propia organización y sobre las personificaciones instrumentales que pertenecen a una misma matriz competencial es uno de los elementos centrales de la relación tutelar que corresponde ejercer a la Administración matriz sobre los entes instrumentales.

Su configuración se realiza como instrumento de gestión y de control del que ejerce la supervisión sobre las entidades personificadas que dependen de una misma Administración.

Si realmente las Administraciones tuvieran un “histórico” de estos controles la justificación objetiva de las decisiones que anteriormente se han citado sería, ciertamente, una labor más sencilla que lo que es en la actualidad.

por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios.

Cuando la Diputación o entidad equivalente acredite en un informe, a petición del municipio, que éste puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión decidida por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios.

3. La asistencia de las Diputaciones o entidades equivalentes a los Municipios, prevista en el artículo 36, se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios mínimos...>>

⁵⁷ Bustelo Ruesta, M.: Deontología de la evaluación: el modelo de los códigos éticos anglosajones. Revista GAPP Núm., 111. Enero-Agosto. Madrid. 1998. Lööfles, E.: La modernización del sector público desde una perspectiva comparativa: conceptos y métodos para evaluar y premiar la calidad en el sector publico de los países de la OCDE. Documentos INAP núm. 8. Julio 1996. López Camps: Gobernar es gestionar la calidad. Revista GAPP. Núm. 1112. Enero-agosto 1998.

⁵⁸ Existen trabajos muy claros sobre el tema: Zapico-Goñi E.: La integración del control y la evaluación de resultados en el proceso presupuestario: limitaciones y condiciones para su desarrollo. Revista GAPP núm. 20. Enero-abril. Madrid 2001.

En este punto convendría destacar el papel que, en este ámbito, correspondía a la Agencia de Evaluación y calidad de los servicios que se constituye el 1 de enero de 2007 y que tiene como misión <<... La promoción y realización de evaluaciones y análisis de impacto de las políticas y programas públicos, así como el impulso de la gestión de la calidad de los servicios, favoreciendo el uso racional de los recursos y la rendición de cuentas a la ciudadanía....>>.59

Es probable que por esta vía pudiera obtenerse alguna información en relación con las posibilidades de obtención de los objetivos que debería formar parte del que aquí hemos denominado como control inicial del ejercicio de la potestad organizatoria. Es cierto, sin embargo, que tanto la cultura de la evaluación como la de calidad metodológicamente se sitúan en un plano diferente al que habíamos propuesto inicialmente pero lo que ahora se pretende con la inclusión de la referencia a esta Agencia es la posibilidad de que los datos de evaluación pudieran servir para fundar el juicio de admisibilidad de la utilización de determinadas formas organizativas allí donde se pueda haber comprobado que la elegida no ha dado resultado o resulta desproporcionadamente contraria a los objetivos obtenidos con otras formas organizativas.

4.4.- La conclusión: la personificación es posible cuando se obtienen mejoras de gestión o de ahorro. La legitimación por los resultados.

En consideración a todo cuanto acaba de decirse cabe proponer dos elementos como decisivos a la hora de declarar la admisibilidad del ejercicio de la potestad organizatoria mediante personificaciones instrumentales. La primera, es que con la personificación se consiga una mejora de gestión y, la segunda, que las mejoras de gestión sean tangibles y comprobadas mediante la medición de los resultados.

Estas dos conclusiones son la consecuencia de los planteamientos a los que nos hemos referido en los apartados anteriores. Admitiendo la existencia de un cierto margen de discrecionalidad en la conformación legal de la potestad organizatoria es lo cierto que su ejercicio debería estar validado por la existencia previa de una documentación que demuestre que con el ejercicio de la misma y la creación de una persona jurídica diferenciada se consigue una mejora de gestión frente a la administración centralizada. Sin esta justificación de porqué las formas comunes no son suficientes y qué se obtiene con el ejercicio de la personificación. Esta legitimación es la base o el sustrato esencial del ejercicio de aquella.

⁵⁹ Los objetivos de la Agencia son:

<<... - Promover la cultura de evaluación y de calidad de los servicios e impulsar su práctica en la gestión pública.

- Elaborar y proponer metodologías, realizar actividades de acreditación y certificación, en los términos previstos en el presente Estatuto, y fomentar la implantación de sistemas de información e indicadores, para la evaluación y la gestión de la calidad.

- Realizar trabajos de evaluación y análisis de políticas y programas públicos.

- Fomentar la mejora de la calidad de los servicios públicos como compromiso con la ciudadanía.

- Analizar, a efectos de la realización del Informe previsto en el apartado 3 de la Disposición adicional primera de la Ley de Agencias Estatales, la actividad desplegada por las agencias estatales, y su compromiso para mejorar la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos.

- Prestar un servicio eficaz, eficiente y de calidad, en un marco donde se equilibren la responsabilidad por la gestión y la autonomía y flexibilidad de la misma>>.

Es cierto que este análisis no puede ser unilateral. No debe ser la memoria del propio proyecto la que considere o justifique su propia posición. Esta posición debería estar válida sobre la base de estudios o datos de carácter estandarizado sobre el funcionamiento de la propia Administración. De esta forma lo que se propone es que la mejora de gestión que supone la personificación debe ser objeto de validación y constatación. Sin esto la justificación del presupuesto, consistente en la mejora de gestión, no aparece justificado.

Se puede abrir una cierta controversia en relación con qué se puede considerar mejoras de gestión. En el momento actual parece que el único parámetro de control es el gasto. Sin duda el ahorro de gasto público es un elemento central pero es cierto que elementos como la mejora de los parámetros de gestión o la calidad de los servicios (cuando se puedan compaginar con los generales de gasto) son elementos que pueden justificar el concepto de mejora sin que el parámetro económico sea la única referencia.

En todo caso, y, desde una perspectiva más avanzada, es lo cierto que la declaración inicial justificativa precisa del control de los resultados y de la legitimación por el ejercicio de la misma. En síntesis lo que se trata es de justificar las mejoras, de un lado, y justificar el mantenimiento de la opción organizativa como consecuencia del cumplimiento y la validación de los objetivos propuestos.

Este planteamiento es el que permitiría el ejercicio razonable y compatible con los principios generales que orientan el funcionamiento administrativo desde una perspectiva constitucional. Sin elementos como los propuestos el ejercicio de la potestad organizativa, en términos de personificación, es una opción admitida pero no legitimada en términos de ejercicio y de estatus de funcionamiento de la Administración Pública.

5.- Algunas propuestas adicionales: la vertiente reaccional

Desde el conjunto de las consideraciones que acaban de hacerse cabe señalar que es preciso redimensionar los mecanismos de control y supervisión en el marco de la relación instrumental. Los establecidos en la actualidad responden, esencialmente, a técnicas de control personal – la capacidad de nombramiento y destitución- sobre las que acaba asentándose una potestad de dirección más convenida que delimitada legalmente.

Desde nuestra perspectiva esta reconcepción pasa –a modo de resumen- por los siguientes elementos:

A) El control del ejercicio inicial de la opción organizativa sobre la base de entes instrumentales.

En el marco de lo que se acaba de indicar, la creación de personas jurídicas instrumentales para el ejercicio de funciones públicas debería someterse a un control más amplio sobre las mejoras de gestión y/o ahorro que se consiguen con la creación del ente en cuestión.

Este análisis debería no referirse a la organización considerada en sí misma sino que debería alcanzar a juicios comparativos en función de la fórmula elegida, los objetivos propuestos y la idoneidad de aquella para conseguirlos. Por decirlo en términos coloquiales no es suficiente con que la memoria explique lo que se quiere hacer sino

que, sobre todo, es preciso que la organización sea capaz de validar la idoneidad de la fórmula para la consecución del objetivo propuesto.

B) La continuidad de la fórmula ligada al cumplimiento de objetivos.

Sin lugar a dudas este es el segundo elemento evidente: la continuidad de las formas organizativas debe quedar absolutamente condicionada por el cumplimiento de objetivos y, como premisa, por la evaluación y la auditoria que justifique aquel cumplimiento.

Para esto es preciso restablecer sistemas de evaluación de la función, medición de objetivos, valoraciones sobre la idoneidad de los planteamientos y, en suma, medir y valorar la eficacia de la respectiva organización.

Se trata de un papel – el de supervisor- que debe corresponder a la entidad matriz que, a su vez, debería estar evaluada en la capacidad de la propia supervisión y del cumplimiento de los objetivos propuestos, pero que, en todo caso, trasciende a lo objetivo un sistema de control que, en muchos casos, se articula únicamente por el vínculo personal con los directivos nombrados.

Sin negar la utilidad de la supervisión directiva informal es lo cierto que, en un momento como el que vivimos, lo razonable es conseguir un esquema de objetivos, mediciones y actividad que puedan ser presentados, contrastados y evaluados. Solo mediante un sistema del orden del propuesto puede saberse si las decisiones extintivas o creativas responden a criterios de gestión o se sitúan en otros terrenos alejados de este planteamiento.

En último término es en este apartado donde deberían incluirse los resultados obtenidos por los órganos de control financiero y económico que deben completar y “formar un todo” en la reformulación general de la actuación gestora y la legitimación por el cumplimiento de los objetivos.

C) La responsabilidad de los órganos de dirección.

En los apartados anteriores hemos establecido algunas de las pautas generales sobre la forma y el alcance de la responsabilidad por la gestión. Al margen de la insuficiente regulación actual – en el plano del detalle y la regulación concreta- es evidente que si los documentos establecidos en los dos apartados anteriores existieran realmente cabría objetivar la responsabilidad y solo nos quedaría, por tanto, la articulación de la misma en el ámbito del estatuto del directivo público que, ciertamente, es una de las expectativas más tangibles en el ámbito de la Administración de nuestros días.

La objetivación de la responsabilidad por la gestión reduciría, en gran medida, la supervisión fundada en el vínculo personal y en la dirección informal que es, como venimos insistiendo, uno de los elementos más visibles del actual sistema.

D) La supervisión en términos jurídicos.

Más allá de los mecanismos de supervisión y control de la actividad a los que nos acabamos de referir es necesario indicar que cuando la actividad administrativa se formaliza y se produce un acto administrativo la relación se vuelve más compleja. En concreto, el problema deriva del artículo 20 de la LJCA cuando señala que:

<<... No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública:

a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente.

b) Los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella.

c) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración...>>.

La esencia de este precepto, más allá de su redacción concreta, es la de impedir que los conflictos entre órganos y organizaciones dependientes de una misma Administración puedan ventilarse en el ámbito del contencioso-administrativo. En esencia la idea que late detrás de esta prescripción es la entender que bien por la vía de los recursos ordinarios (la denominada alzada impropia – denominación que encubre la falta de relación jerárquica que es inherente al recurso de alzada-) o por la vía de declaración de lesividad⁶⁰ y, en general, de la revisión de oficio puede obtenerse la rectificación del acto administrativo previo.

Es cierto que este principio tan indubitado en términos históricos parece haber entrado en una cierta crisis en los últimos años en el ámbito del contencioso-administrativo. De hecho hoy pueden encontrarse dos precedentes en sentido contrario al que indicaba la formulación histórica. En concreto, el artículo 19 de la LJCA establece que:

<<...4. Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer

⁶⁰ En punto a la competencia, el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común determina que <<...

4. Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.

5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad...>>. Esta prescripción se completa en el ámbito de la AGE con la Disposición Adicional 16 de la LOFAGE cuando señala que <<... 1. Serán competentes para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables:

a) El Consejo de Ministros, respecto de sus propios actos y de los dictados por los Ministros.

b) En la Administración General del Estado:

Los Ministros, respecto de los actos de los Secretarios de Estado y de los dictados por órganos directivos de su Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado.

Los Secretarios de Estado, respecto de los actos dictados por los órganos directivos de ellos dependientes.

c) En los Organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado:

Los órganos a los que estén adscritos los Organismos, respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de éstos.

Los máximos órganos rectores de los Organismos, respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes.

2. La revisión de oficio de los actos administrativos en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma...>>.

recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad.⁶¹

5. Tendrán legitimación para recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte que se dicten en asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, todas las personas mencionadas en el artículo 40.4 de la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva⁶²>>.

Esta ampliación de la legitimación permite vislumbrar un planteamiento algo diferente al clásico en el que los órganos y organizaciones no actuaban en el ámbito jurisdiccional contra otros órganos administrativos en función de los actos dictados y- a lo más- si la discrepancia era fundada se iniciaban acciones de revisión de oficio.

Con toda la mesura que se quiera y bien por la vía jurisdiccional o bien por la vía que fijó la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de 2003, de Arbitraje Institucional de la AGE, se pueda encontrar un mecanismo de revisión de los actos administrativos dictados por los órganos institucionales.

De esta forma y, con la eventual reformulación del control parlamentario y político, se cierra un círculo que pasa por el señalamiento de objetivos, la evaluación del cumplimiento de los mismos, la responsabilidad por la gestión y, eventualmente, la apertura a un sistema de solución de los conflictos jurídicos que puedan plantearse entre la organización matriz y la creada.

En esencia, un planteamiento de este orden debería contribuir a determinar un panorama diferente al actual que nos permitiera entender que las creaciones o extinciones de órganos no son un capricho sino una justificación derivada de las obligaciones constitucionales de la Administración.

⁶¹ Número 4 del artículo 19 introducido por el apartado tres del artículo tercero de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras («B.O.E.» 9 agosto).

⁶² Número 5 del artículo 19 introducido por la disposición final quinta de la L.O. 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva («B.O.E.» 21 junio).

Para formar criterio sobre la ampliación que esta disposición supone debe recordarse que el artículo 40 de la citada Ley Orgánica 3/2013 introduce la legitimación en los siguientes términos:

4. Tendrán legitimación para recurrir las personas físicas o jurídicas afectadas por la resolución dictada y en todo caso:

a) El deportista o sujeto afectado por la resolución. b) La eventual parte contraria en la resolución o los perjudicados por la decisión. c) La Federación deportiva internacional correspondiente. d) El organismo antidopaje del país de residencia del sujeto afectado. e) La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte. f) La Agencia Mundial Antidopaje. g)

El Comité Olímpico Internacional o el Comité Paralímpico Internacional cuando la resolución afecte a los Juegos Olímpicos o Juegos Paralímpicos.

