

Pedro  
Puy  
Fraga

Departamento de Economía  
Política e Facenda Pública  
Facultade de Dereito  
Universidade de  
Santiago de Compostela

# O procedemento administrativo como factor na toma de decisións públicas

(Comentarios desde a economía política á  
Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime  
xurídico das administracións públicas e do  
procedemento administrativo común)\*

Comunicación presentada nas xornadas sobre "A nova lei de  
procedemento administrativo". Lugo, 5 de febreiro de 1993.

\* Amparo Barreales Cardin, Enrique García Llover e Amelia González Méndez contribuíron cos seus comentarios á elaboración da presente comunicación; o que evidentemente non os converte nin en cómplices dos erros nin en partícipes das opinións vertidas nela.

## 1. Dúas visións da Administración pública

Nos modernos estados democráticos de dereito, as decisións colectivas adóptanse seguindo diversos métodos de elección pública: as votacións directas, as votacións indirectas a través das institucións propias da democracia representativa e os sistemas xerárquicos e burocráticos propios das administracións públicas.

A importancia deste último mecanismo de adopción de decisións públicas no contexto das economías mixtas é, evidentemente, fundamental. E se xa a experiencia cotiá de cada cidadán confirma a presenza da Administración nunha grande parte dos actos que realiza, calquera dos índices que os expertos fiscais empregan para medi-la importancia do sector público na vida dunha comunidade confirma un feito claro: a enorme incidencia do quefacer administrativo no normal acontecer dos procesos sociais de intercambio, sexa este entendido en sentido económico estricto ou lato.

A ausencia de controles democráticos directos (votacións referentes ás decisións da Administración), e indirectos (votacións *monetarias* no mercado), realzan a importancia das normas xurídicas reguladoras dos procedementos administrativos de adopción de decisións. A lei convértese así no mecanismo basilar que garante o respecto ós dereitos individuais dos cidadáns por parte da maquinaria *funcionarial*; ó tempo que constitúe a única forma posible de asegurar que os fins colectivos que os individuos perseguen a través deste particular mecanismo de elección pública sexan acadados de xeito *eficaz* e *eficiente*.

Convén, aínda que só sexa brevemente, deterse nesta última distinción relativa ó grao de cumprimento dos fins propios de calquera forma de organización: eficacia e eficiencia. Estes conceptos, a miúdo empregados como sinónimos, denotan dous aspectos diferenciados na valoración dunha actuación: mentres a eficacia simplemente se refire ó *cumprimento dos obxectivos previstos*, a eficiencia non só reflicte o logro dos obxectivos previstos, senón que require o *emprego mínimo de recursos*. Como sinala Tamames (1992: 169), “eficiencia significa hacer bien las cosas, y eficacia supone, simplemente, hacerlas”. Esta distinción é importante, xa que, tradicionalmente, a Administración tratou de ser *eficaz*, e só máis recentemente, por mor da crise do estado do benestar e da xeneralizada escaseza de recursos, a eficiencia pasou a constituí-lo principal –e máis controvertido– obxectivo de control da actuación administrativa.

A propia Constitución de 1978, no seu artigo 103, enumera expresamente entre os principios inspiradores da actuación da Administración pública a eficacia; mais “es-

quece" a eficiencia, que non obstante si debe presidi-la programación e execución do gasto público (art. 31.2 CE). Curioso *lapsus* constituínte, de nula relevancia xurídica pola necesaria obriga constitucional que leva consigo o feito de gastar eficientemente os recursos públicos por parte da Administración; mais que a nova lei se apresura a corrixir no referente ós principios inspiradores do seu funcionamento no art. 3.2.; xunto co outro novidoso grande principio que incorpora a lei, o de cooperación entre as distintas administracións.

A importancia da inclusión destes principios constátase, alén dos condicionamentos impostos polas restricións presupostarias habituais nos nosos días, pola necesidade de reforza-la lexitimación dunha actuación administrativa cada día máis deostada. Un dos paradoxos máis curiosos en que incorre a opinión pública –e publicada– nos nosos días, refírese á convivencia simultánea dunha visión pexorativa e deteriorada da "burocracia" como algo inútil e custoso; xunto cunha constante demanda de solucións e actuacións perfectas para a práctica totalidade dos problemas sociais contemporáneos.

O interesante deste aparente paradoxo na opinión pública é que non fai máis que reflecti-la propia contradición en que o sistema continental de organización administrativa incorreu –no meu entender– tradicionalmente: a confusión entre a *formulación de obxectivos* tales como *servir con obxectividade ós intereses xerais*; e *ós medios institucionais* que se configuran para a consecución dese fin. En efecto, a construción dunha Administración pública napoleónica, brazo civil do poder político, que ó igual que o brazo armado se comportaría cun encomiástico patriotismo no seu labor de maximiza-lo interese xeral con abstracción dos intereses individuais, fundaméntase nunha visión extremadamente optimista do comportamento humano. E así, os funcionarios civís, o mesmo que os militares, dedicarían toda a súa vida a garanti-los dereitos dos cidadáns como *xeneralidade*, aínda que isto supuxese actuar por riba dos intereses dalgúns cidadáns particulares; e sen que a armazón de incentivos institucionais nos que opera o funcionario estivese en absoluto destinada a garantir ese comportamento.

Os economistas clásicos, desde Adam Smith, salientaron a importancia que teñen os incentivos individuais

para a consecución de fins de interese xeral. Ou, o que é o mesmo, os individuos compórtanse habitualmente –por desgracia– maximizando a súa propia función de utilidade; son *egoístas*. O grande descubrimento dos clásicos foi precisamente constatar que o egoísmo (os *vicios privados*) pode conseguir un resultado colectivo satisfactorio (*virtudes públicas*), se o comportamento se desenvolve nun contexto institucional adecuado. O *mercado*, como institución, permite que empresarios e consumidores movidos polo afán de lucro xeren uns resultados sociais *eficaces* e *eficientes* que, hoxe por hoxe, ningún outro sistema de organización económica conseguiu nin tan sequera igualalo.

Dito isto, desde a perspectiva da moderna teoría da elección pública, a cuestión relevante que tratar é se a organización burocrática pública, a Administración, in-substituíble na provisión de *bens públicos* (bens que, dadas as súas características de consumo conxunto, non rival, e indivisible, non se producen no mercado), configúrase de xeito que os seus empregados actúan de forma eficiente na consecución dos obxectivos e intereses da colectividade. Dito noutras palabras: se as leis que regulan a Administración pública permiten que os individuos que traballan na súa xerarquía se enfronten a un cadro de incentivos no que o resultado é que se maximiza o interese xeral.

## 2. A teoría económica da burocracia

A *teoría da elección pública*, ou análise económica do dereito público e da política, constitúe unha das correntes analíticas máis fructíferas desenvolvidas na ciencia económica nas últimas décadas. Tres dos seus máis significados representantes, James Buchanan, Ronald Coase e Gary Becker, obtiveron no último lustro o Premio Nobel de Economía polas súas contribucións ó estudio económico do comportamento humano non económico, fundamentalmente no marco xurídico (e persoal).

A análise económica do dereito parte de dous supostos básicos: os individuos son seres racionais que maximizan a súa propia utilidade; e as *regras* ou normas, xu-

rídicas ou doutro tipo, constitúen os contextos ou marcos de actuación que condicionan o comportamento racional de cada actor individual.

O comportamento de cada un dos funcionarios e o resultado global da actuación administrativa dependerán, polo tanto, do deseño institucional da propia organización, que actúa como elemento restrictivo das condutas individuais.

As organizacións xerárquicas *privadas*, ou sexa, as empresas, desenvolveron unha serie de principios e técnicas de organización relativamente eficientes condicionadas polo contexto institucional no que operan: o mercado. Aínda que cada unha das empresas se organiza cara a dentro de acordo cos principios típicos de toda organización xerárquica, o contorno exterior promove o axuste desa organización para garanti-la supervivencia do conxunto da organización empresarial. O sistema de prezos discrimina as organizacións empresariais ineficientes, que, incapaces de competir coas máis eficientes, desaparecen do mercado.

As organizacións xerárquicas públicas, pola contra, non están suxeitas ó control do mercado: os seus produtos non se venden; os seus prezos e os seus servizos non se poden comparar cos doutras empresas que produzan o mesmo ben ou un perfecto substitutivo. Os consumidores non poden discrimina-la falta de eficiencia dunha Administración pública. O seu marco de actuación é outro moi diferente<sup>1</sup>.

En efecto, o funcionario responsable dunha unidade administrativa (unha *axencia* en terminoloxía americana), como unha dirección xeral, ou unha xefatura de servizo, é un individuo (funcionario ou non), que maximiza, igual que calquera outro, unha función de utilidade. Nesta pódense integrar un conxunto de retribucións e prestacións como as súas rendas, o seu prestixio social, a comodidade do transporte en vehículos oficiais, os desprazamentos, as axudas de custo para viaxes, o número de persoas que atenden as súas ordes, ou, simplemente, levar unha vida tranquila ata a súa xubilación. Para os propósitos analíticos de simplifica-la variada gama de bens que lle poden outorgar utilidade, Niskanen redúcese só a un (do mesmo xeito que o empresario *só* maxi-

<sup>1</sup> Os traballos pioneiros da análise económica das administracións públicas son os de G. Tullock (1965) e A. Downs (1967). O modelo básico de comportamento da Administración utilizando a teoría económica é o de W. Niskanen (1971), no que se basean unha grande cantidade de traballos ulteriores que o matizan e o corrixen. T. Borchering (1977) recolle varias das máis importantes contribucións posteriores á obra de Niskanen. Tres magníficas exposicións resumidas e en castelán da teoría económica da burocracia son as de Niskanen (1976), B. Frey (1983), no seu capítulo 6, e J.F. Corona (1987), capítulo 4; ás que o lector interesado pode acudir para amplia-las hipóteses de funcionamento burocrático que aquí, por razóns obvias, só se esbozan.

miza beneficios): a dimensión do presuposto do que pode dispor.

Así pois, os funcionarios teñen un presuposto determinado á súa disposición, e a súa función de utilidade está directa e positivamente relacionada co tamaño dese presuposto. Mais, o funcionario, como demandante de fondos presupostarios, atópase nunha situación privilexiada: a súa unidade administrativa é a única que proporciona o servizo ou produce o ben que o seu patrocinador (o lexislativo habitualmente) demanda; e correlativamente co poder monopolista que esa situación leva consigo, pode fixar arbitrariamente o *custo total* do servizo. Os funcionarios poden elevar ó seu superior xerárquico –que reforzará, polos mesmos motivos, a súa petición– unha proposta concreta de produción, a un determinado custo; que, dada a función de maximización de utilidade descrita, implicará un custo máis elevado e, probablemente, un nivel de prestación cuantitativamente superior, ó que resultaría Pareto óptimo; ou, simplemente, máis elevado do que o demandante do servizo e patrocinador, o Parlamento correspondente, estaría disposto a *comprar* se contase cunha información máis exacta.

A ausencia de información sobre o custo da provisión de determinados servizos públicos, así como a ausencia de incentivos para o control por parte dos superiores xerárquicos (normalmente políticos que non desexan enfrontarse abertamente cos funcionarios de carreira), e tamén a ausencia de controles electorais sobre os funcionarios responsables da Administración, permiten que estes tiren proveito desa situación, incrementando paulatinamente os seus presupostos. A tendencia de incremento dos presupostos públicos explicaríase así en función do marco institucional no que operan os funcionarios.

O “nicho ambiental do funcionario” (Nieto, 1984: 107) ten, ademais, outras características, que resumimos seguindo a Frey (1983: 109 e ss.):

a) As decisións que adoptan os funcionarios non adoitan afectalos directamente, nin nos custos nin nos beneficios; polo tanto, os afectados e as súas preferencias non se teñen en conta normalmente. Ante unha obra pública –unha estrada– que require expropiacións forzosas,

por exemplo, os funcionarios non teñen incentivos para optimiza-lo benestar social, e si para segui-los regulamentos e normas expropiadoras ó pé da letra. Os votantes, pola contra, por citar outro exemplo de adopción de decisións públicas, si se ven afectados directamente pola obra pública; e poderán optimiza-la súa utilidade decidindo (en referendo, por exemplo) o tipo de obra pública que mellor satisfaga as súas preferencias (estrada, ferrocarril, etc.).

b) As oficinas burocráticas e as unidades administrativas rara vez desaparecen, xa que a demanda polos seus bens e servicios non se contrasta no mercado, ou ben se xustifican novas tarefas, ou se xustifican as vellas; mais raramente se suprimen unidades administrativas.

Milton e Rose Friedman (1984: 64) presentan un exemplo curioso de supervivencia administrativa: ó pouco de tomar posesión do seu cargo, o presidente Nixon tratou de forzar ó Congreso para que desenvolvese unha política máis aforradora no gasto público e, nunha mensaxe ó Congreso, singularizou a nova orientación do seu goberno na supresión do Comité Especial de Catadores de Té. En 1897 creárase esta unidade administrativa co fin de fiscaliza-la calidade do té importado ós Estados Unidos; mais a *Food and Drug Administration*, encargada do control de calidade de tódolos alimentos importados, controlaba sobradamente a calidade do té; o comité de catadores, cun gasto que representaba unha pinga de auga no océano do presuposto federal, carecía certamente de utilidade. Os asesores de Nixon, polo demais, consideraron o asunto o suficientemente cómico como para que tivese repercusión pública, como en efecto pronto se confirmou: os principais noticiarios da televisión ocupáronse da supresión do comité de catadores. Inmediatamente, numerosos congresistas próximos ás compañías importadoras de té interviñeron, afirmando que esta oficina era a única capaz de coidar verdadeiramente a calidade do té importado; e a industria do té fixo causa común na defensa do "seu" comité. O presidente, baixo a ameaza dunha orde xudicial, e fronte a unha comisión parlamentaria remisa a se enfrontar á industria do té modificando a lexislación, viuse obrigado a retira-la proposta: "Y ahí sigue, ese anacronismo encantador, ..., sorbiendo su té a costa del erario público".

c) As decisións de cada funcionario vense deformadas en función dos riscos que xeran alternativas diferentes: unha decisión incorrecta con implicacións presupostarias graves pode situalo nunha situación incómoda, mais unha decisión incorrecta sen consecuencias económicas directas a penas o afecta negativamente. Por exemplo, a paralización xeneralizada de tódolos procedementos administrativos, lesionando os intereses dos administrados, non afecta a súa reputación; mais, unha única decisión incorrecta derivada da celeridade xeneralizada na resolución de tódolos procedementos si: a consecuencia é que extremará os formalismos para non equivocarse, aínda que iso supoña prexudicar economicamente ós administrados.

No extremo, os riscos menores asimílanse á non actuación en absoluto: o funcionario minimiza así a posibilidade de se equivocar, mentres que os eventuais beneficios da súa actuación son descoñecidos.

d) As administracións públicas tenden a empregar man de obra intensiva. As ofertas de emprego público non só satisfacen a utilidade dos funcionarios, que ven crecer as súas axencias; tamén lles permiten obter votos ós responsables políticos da Administración.

e) Finalmente, os funcionarios adoitan ter un sistema de ascensos e retribucións fixo e ríxido; a ausencia de incentivos monetarios directos dificulta a xestión eficiente resultante de prima-los comportamentos individuais máis eficaces.

Sen ánimo exhaustivo, finalmente, enumeraremos algunhas das solucións propostas polos autores citados.

a) En primeiro lugar, o marco de restricións dos funcionarios pódese mellorar *introducindo competencia desde o sector privado* naqueles sectores da Administración que, dadas as súas características, o permitan: educación (universitaria), saúde (cemiterios), recollida do lixo, transporte de pasaxeiros e mercadorías, servicios postais, teléfonos, medios audiovisuais, etc.

A competencia non só se pode producir entre os servicios públicos e as empresas privadas: cabe a posibilidade de que distintas unidades administrativas presten servicios similares e compitan polo presuposto (ó xeito da tradicional disputa por investimentos presupostarios en-



tre os exércitos de terra, mar e aire nos Estados Unidos); ou fomenta-la competencia interterritorial: os concellos poderían contrata-la xestión de servizos con máis de unha compañía –recollida de lixo, por exemplo– e primar aquelas que resultasen máis eficientes. As corporacións municipais tamén poderían contratar servizos públicos ofertados por outros concellos (augas, transporte), no canto de iniciar novas explotacións, elixindo entre as máis eficientes do contorno.

b) En segundo lugar, pódense restrinxir legalmente os ingresos presupostarios das administracións públicas: cada nivel de administración é responsable da xestión dos seus ingresos; e os seus gastos non poderían superar a estes. Os votantes compararían o nivel de servizos e a presión fiscal, e votarían en consecuencia.

Alternativamente, pódense limita-las bases impositivas de cada nivel administrativo: as bases extensivas favorecen a capacidade de recadación da Administración, e a súa conseguinte expansión.

c) Pódense potencia-los mecanismos de control externo da Administración: tribunais de contas, valedor do pobo. O control externo de eficiencia, de se lle da-la debida publicidade, e levado a cabo por órganos independentes (elixidos directamente, e non nomeados polo Parlamento, ou dependentes da propia Administración), constitúen unha fonte de información para os votantes de grande valor<sup>2</sup>.

d) Potencia-lo control das decisións administrativas a través dos outros mecanismos democráticos de elección pública: referendos, etc. Hai suficiente evidencia empírica de que as decisións parlamentarias non teñen sempre o suficiente grao de imparcialidade: a participación electoral dos funcionarios é proporcionalmente maior cá dos demais cidadáns, así como a súa cota de representación parlamentaria. Na República Federal de Alemaña, por exemplo, na lexislatura 1976-1980 o 46% dos parlamentarios eran funcionarios e, en cinco dos once parlamentos dos *länder*, representaban máis do 50% dos escaños (Frey, 1983: 118).

Probablemente todas estas solucións contradín os principios inspiradores da Administración pública de tipo continental. Non obstante, a evidencia empírica daque-

<sup>2</sup> Sobre os tribunais de contas, *vid.* o magnífico traballo de Frey e Serna (1991), no que se comparan sistemas institucionais alternativos para o exercicio do control externo da Administración.

les países que, dun ou doutro xeito, experimentaron con solucións institucionais do tipo das apuntadas parece confirma-la súa superior eficiencia na consecución de obxectivos próximos ás preferencias dos cidadáns –ó interese público–, con respecto ás solucións fundadas na crenza da bondade dos funcionarios e a súa constante persecución do benestar xeral.

Mais non deixa de ser curioso, polo tanto, que no noso propio país, de tradición evidentemente napoleónica, se implantase xa algunha das radicais solucións elaboradas por economistas políticos. Así, por exemplo, todos sabemos que a introducción de incentivos salariais importantes se incorporou á administración tributaria, que é precisamente onde o estado maximalista dos seus ingresos fiscais ten que pór máis énfase na súa eficiencia. Os críticos da *Axencia Estatal Tributaria* non foron certamente persoas preocupadas pola *eficiencia* do servicio, senón polo anovamento radical que supuxo no tradicional esquema administrativo español.

Emporiso todo o apuntado, cómpre salientar que a propia dinámica da burocracia pública pode evitar –e ademais sen abandona-la perspectiva analítica aquí aplicada– as dilapidacións innecesarias. Posner (1986: 576) indica con certeza que a posibilidade de ascensos a cargos de maior responsabilidade ou o desexo de obter un posto de traballo mellor remunerado no sector privado actúan como acicates para que os funcionarios creen para si mesmos unha reputación de xestores eficientes. A competencia entre os distintos órganos da Administración para a obtención de fondos presupostarios, xa presente nalgúns ámbitos da burocracia pública, serve ó mesmo propósito de racionaliza-lo gasto público. Igual que as empresas ineficientes encontran dificultades de financiamento nos mercados de capitais, as administracións públicas ineficientes dificilmente poderán obter ingresos adicionais no “mercado presupostario”, e, mesmo, nos propios mercados financeiros (a través do endebedamento).

En fin, o enfoque aquí exposto non sempre denota que a Administración pública se xestione de xeito ineficiente. Os resultados prácticos non teñen por que ser tan dramáticos como a teoría económica da burocracia parece indicar. Mais si resulta plausible afirmar, sen temor a equivocarse, que a configuración dos incentivos dos in-

tegrantes das organizacións burocráticas públicas resulta, nunha actuación comparativa, máis ineficiente cá das organizacións burocráticas privadas.

### **3. Comentarios á nova lei de procedemento administrativo desde a análise económica do dereito**

Aínda que, como facilmente se pode deducir do exposto anteriormente, –ademais de non constituí-lo ámbito dunha lei como a que motiva estas notas, que sería propio dunha reforma máis ampla do conxunto das administracións públicas españolas– a nova lei de procedemento administrativo (LPA) non altera no substancial o contorno institucional no que opera a nosa Administración pública, nin os procedementos administrativos, nin adopta ningunha das solucións brevemente presentadas. O texto legal introduce unha serie de modificacións para garantir unha maior eficiencia no funcionamento da Administración, tal e como reiteradamente explica a súa exposición de motivos que, malia o dito, poden ser analizados á luz da análise económica do dereito administrativo. A este fin se dirixen as seguintes consideracións, nas que a regulación do denominado *silencio administrativo* e a supervivencia do recurso administrativo previo á revisión xurisdiccional reciben atención máis detallada.

#### *3.1. Custos para o cidadán na súa relación coa Administración (arts. 35, 38.4); en particular a nova regulación do silencio administrativo (art. 43).*

Na nova LPA redúcense notablemente algúns dos custos implícitos para o administrado na relación que mantén coa Administración. As manifestacións máis importantes desta característica son:

a) A posibilidade de presentar solicitudes, escritos e comunicacións en calquera dos rexistros das administracións públicas estatal, autonómica e mesmo local (art. 38.4).

b) A nova configuración do *silencio administrativo* (art. 43). Dentro dos casos previstos para considerar como acto presunto válido, por silencio administrativo *positivo*, convén salientalo suposto da letra a) do & 2º, “as solicitudes de concesión de licencias e autorizacións de instalación, traslado ou ampliación de empresas ou centros de traballo”.

A transcendencia dunha medida que permite axilizar os trámites conducentes a autorizar o inicio dunha actividade económica non debe ser menosprezada en absoluto. A interferencia da Administración nas iniciativas empresariais –encarecéndoas, dilatando a súa posta en marcha ou, simplemente, coartándoas– producida a grande escala como consecuencia dunha deficiente regulación, constitúe hoxe en día un dos factores máis retardadores do desenvolvemento económico nos países do terceiro mundo, así como un dos máis claros incentivos para a incorporación dos potenciais contribuíntes da economía somerxida dun país. No estudio realizado por Hernando De Soto (1986) referido a Perú, constátase fidedigna e brillantemente (non en balde é un dos moi escasos libros de análise socioeconómica traducido do castelán ó inglés) cómo a principal causa do atraso económico do país andino se debe esencialmente ós excesivos custos que a Administración lles impón ós cidadáns con iniciativas empresariais, configurando unha auténtica sociedade mercantilista precapitalista. En efecto, practicamente a metade da forza laboral peruana se incorpora á economía *informal* (*alegal*, non ilegal), chegando a xerar á volta do 40% do Produto Interior Bruto peruano e empregando o 60% do total de horas efectivamente traballadas no país, por mor dos altos custos de incorporación á economía formal. Un exemplo: en 1989, a Administración peruana dictaba 27.000 normas, unhas 70 por día. Abrir ó público unha modesta xastrería na capital, Lima, levaba consigo, por termo medio, o emprego de 289 días, dous subornos, once licencias diferentes e un custo monetario directo de 1.231 dólares, trinta e dúas veces o salario mínimo mensual.

Neste punto concreto, pois, a lei introduce un factor dinamizador da actividade económica. Non obstante, este dato positivo pode verse desvirtuado pola incerteza implícita na *presunción* de validez do acto. ¿Podería obter fa-

cilmente un crédito para o seu negocio aquel empresario que unicamente puidese esgrimir ante o banco a certificación de *non resolución*? Certamente, os actos presuntos non avalan a plena seguridade xurídica na mesma medida que a resolución expresa.

Dito doutro xeito, unha disposición que pretende facilita-la iniciativa empresarial dos cidadáns pode xerar resultados na dirección diametralmente oposta, xa que se incumpre un dos máis fundamentais criterios orientadores da organización dun sistema de dereitos de propiedade eficiente desde o punto de vista económico: a clara definición e delimitación dos dereitos de propiedade privada<sup>3</sup>.

c) Facilitase e abarátase a presentación de alegacións e documentos (35, e): en calquera fase do procedemento anterior ó trámite de audiencia; f): non duplicando documentación xa en poder da Administración actuante); así como os custos de información e orientación verbo dos requisitos xurídicos ou técnicos que as normas lles imponían ós proxectos, actuacións ou solicitudes que se propoñan realizar (35, g)).

### 3.2. *Responsabilidade do funcionario (arts. 41, 42, 44, 116.3, 145, 146).*

Na nova LPA configúrase un sistema personalizado de responsabilidade do funcionario, destinado a evita-la anteriormente criticada tendencia á inhibición e, no extremo, á non actuación. En efecto, o cidadán ten dereito a esixir responsabilidades das administracións públicas e *do persoa ó seu servizo*, concreción que se facilita a través das seguintes disposicións:

a) A fixación expresa de responsabilidade directa na tramitación ou despacho de asuntos polos titulares das unidades administrativas involucradas (art. 41).

b) Establecendo expresamente a obriga de resolver para os titulares dos órganos administrativos (42.3).

c) Declarando como falta moi grave a non certificación dos actos administrativos presuntos (art. 44).

d) Establecendo a responsabilidade directa no titular do órgano perante o que se presenta o recurso ordinario da súa elevación ó órgano competente no prazo de dez días (art. 116.3).

<sup>3</sup> Vid. verbo disto, S. Pastor (1990), particularmente p. 152 e ss.

e) Declarando a capacidade da Administración de esixir responsabilidade patrimonial e penal dos funcionarios que incorresen en dolo, culpa ou negligencia; sen que a esixencia de responsabilidade penal paralice os procedementos de responsabilidade patrimonial (salvo que a fixación dos feitos na xurisdicción penal sexa necesaria para a fixación da responsabilidade patrimonial) (arts. 145 e 146).

A lei opta por facilitarlle ó administrado o coñecemento do funcionario responsable da tramitación do seu asunto; e responsabiliza a este funcionario abertamente dos eventuais incumprimentos en que a unidade administrativa incorra. Probablemente, na liña sinalada no epígrafe anterior, tivese máis resultado motivador a articulación de incentivos económicos directos apropiables polos funcionarios eficientes cá mera responsabilidade polo incumprimento.

### *3.3. Terminación convencional do procedemento administrativo (art. 88)*

A nova LPA facilita a terminación convencional (por acordos, pactos, convenios ou contratos) dos procedementos administrativos (art. 88). O acordo entre as partes, Administración e administrado, facilita o carácter óptimo da resolución. Por definición, a vontade das partes garante a xustiza na actuación e asemade maximiza a utilidade das partes.

Non obstante, a nova LPA non parece contempla-la incidencia dos acordos sobre terceiros, isto é, os eventuais efectos externos que se deriven do pacto; presenta problemas pola evidente desigualdade nas posicións negociadoras das partes, xeralmente en beneficio da Administración e en prexuízo do administrado; e xera oportunidades para a obtención de rendas artificiais conseguidas da actuación do sector público (pénsese en *recalificacións* urbanísticas, etc.) que incluso poden escapar ó control público pola súa non publicación potestativa (“segundo a súa natureza e as persoas ás que estivesen destinados”, art. 88.2).

### *3.4. Os recursos administrativos (arts. 107 e ss.).*

Na nova LPA non se suprime o carácter obrigatorio dos recursos administrativos previos ó acceso á xurisdicción

contencioso-administrativa. Esta cuestión, reiteradamente criticada pola doutrina administrativista, xa non só na anterior regulación (García de Enterría e Fernández, 1981: 439), senón respecto da nova (García de Enterría, 1992: 326; Muñoz Machado, 1992: 347-348), recibe un tratamento interesante na análise do comportamento das axencias administrativas do xuíz norteamericano R. A. Posner (1986: 571 e ss.), unha das primeiras autoridades xudiciais norteamericanas en introducir consideracións de eficiencia económica na motivación das sentencias da súa Corte.

O xeito de actuar da Administración, para Posner, imbrícase nun proceso no que o interese público non constitúe o principio inspirador, senón que se converte nun elo máis dentro dun proceso de *mercado*, no que os lexisladores negocian con determinados grupos de interese a aprobación de normas e políticas que os benefician. A Administración debe ser regulada, coherentemente con esta concepción, de xeito que non interfira nos pactos tácitos subscritos entre a maioría do lexislativo e os grupos sociais que os apoian electoralmente. Desde esta ampla concepción do papel que a Administración desempeña nunha democracia, que algúns administrativistas norteamericanos denominaron "modelo neoclásico da Administración" (Werham, 1992: 613 e ss.), Posner sostén que a acumulación simultánea de competencias de normativización, execución e resolución de conflitos nas administracións fundamenta e xera as seguintes consecuencias:

1) Permite a actuación do executivo cando a probabilidade de que o poder xudicial revogue actuacións do lexislativo é alta. A previa validación da actuación por parte da Administración evita a posible intervención do poder xudicial. O *New Deal* de Roosevelt ofrece bos exemplos que as axencias burocráticas atrasaron a intervención xudicial contraria a moitas das políticas intervencionistas daquela Administración demócrata.

2) En todo caso, o lexislativo outorgaralle sempre algún poder de revisión á xurisdicción, para garantir que a actuación da Administración non se excede nas funcións que se lle atribúen.

3) Finalmente, dado que a revisión xurisdiccional non

é totalmente efectiva, as resolucións administrativas ós recursos presentados adoitan resultar menos coherentes ó longo do tempo do que resultarían de permitirse a revisión xurisdiccional directa.

En definitiva, a Administración *demanda* competencias para a resolución de conflitos derivados da súa propia actuación, do mesmo xeito que unha empresa *demanda* integración vertical. As empresas optan por coordinar a súa produción a través da integración vertical ou da contratación con outras empresas en función dos custos específicos de cada opción. A integración vertical confírelle independencia na planificación da produción, aforra custos de transacción nas negociacións con outros empresarios e permite adoptar decisións productivas con maior flexibilidade. Paralelamente, a Administración integrará verticalmente a revisión dos seus propios actos de valorar altamente a flexibilidade das súas actuacións e o control das mesmas. Pola contra, a cooperación co poder xudicial será máis oportuna para a Administración que valore o establecemento de medidas e prioridades xeneralizables no seu propio modo de actuar.

A construción de Posner axuda a comprender, de xeito orixinal, o interese da Administración española por retardar e filtra-la revisión xudicial da súa actuación. Mentres que os actos administrativos só se poden recorrer ante a xurisdicción contenciosa esgotada a vía administrativa (o que lle permite actuar con maior flexibilidade) (art. 107.1 e 2); contra a aplicación de disposicións administrativas de carácter xeral, nas que a propia Administración valora o que poden durar e a súa estabilidade, non cabe presentar recurso administrativo. Segundo Posner, por tanto, a conservación da obrigatoriedade do recurso administrativo previo á xurisdicción contencioso administrativa garante a eficiencia do proceso lexislativo democrático, concibido este como mercado no que os lexisladores e grupos sociais de interese intercambian normas por apoios electorais específicos.

### 3.5. *Duplicación de órganos administrativos* (art. 11.3).

O art. 11.3 prohibe expresamente a duplicación de órganos administrativos. No epígrafe anterior sinalouse que,



en determinados casos, a duplicación de órganos administrativos que compitan entre si pode implicar unha racionalización e utilización eficiente dos recursos. A prohibición radical do presente artigo obvia a puntual consideración da proposta institucional alí analizada.

### 3.6. *As conferencias sectoriais (art. 5).*

Finalmente, a LPA concédelle un innecesario poder ó ministro nas conferencias sectoriais (art. 5.1). A novidosa introducción das conferencias sectoriais como medio para conseguir-lo propósito de coordinación entre as administracións públicas estatal e autonómicas vese desvirtuada pola competencia exclusiva do ministro de convocala e fixa-la orde do día. Esta atribución, que intuitivamente obxecta Muñoz Machado (1992: 331), configura ó representante da Administración central como un *agenda setter*, posición desde a que, como xa se demostrou abundantemente (4), se pode levar a un comité a adoptar-la decisión que el –o *agenda setter*– desexe, sempre que coñeza con antelación que as preferencias dos membros do comité inducen a unha votación cíclica.


## 4. Conclusión

Desde a nova perspectiva da análise económico-política, a nova LPA dificilmente pode mellora-la eficiencia da actuación administrativa. A Administración pública española segue configurándose, no básico, conforme ós tradicionais principios napoleónicos, excesivamente dependentes dunha concepción do funcionario pouco realista.

Aquelas innovacións que, como a configuración do silencio administrativo, pretenden minimiza-lo impacto da intervención administrativa nos procesos económicos, poden provocar xustamente o efecto contrario ó que se persegue. Outras posibles figuras, tales como a competencia entre órganos ou os sistemas de retribucións económicas directas para os funcionarios dos órganos máis eficientes, tradicionalmente considerados pola teoría económica da burocracia como os máis apropiados para in-

<sup>4</sup> Mueller (1989: 87 e ss.) expón resumidamente as formas en que se pode manipula-la axenda de traballo para predetermina-los resultados de votacións nas que non se decanta unha maioría clara.

centiva-la actuación eficiente da Administración, non son tidos en conta e, incluso, se prohiben abertamente.

Polo demais, a pervivencia dalgunha das tradicionais rémoras da normativización do procedemento administrativo español, tales como a continuidade do sistema de recursos administrativos previos á xurisdicción contencioso administrativa, explícase vendo a análise aquí presentada, que se basea nos supostos metodolóxicos da elección racional, a pesar de ter en contra a unánime crítica do mellor da nosa doutrina administrativista. 

## Bibliografía citada

- Corona, J.F., (1987), *Una introducción a la teoría de la decisión pública* ("public choice"), Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares.
- Borcherding, T., (ed.), (1977), *Budgets and bureaucrats. The sources of government growth*, Duke University Press, Durham, N.C.
- De Soto, H., (1986), *El otro sendero. La revolución informal*, Ed. Diana, México.
- Downs, A., (1967), *Inside Bureaucracy*, Little Brown, and Co., Boston.
- Frey, B.S., (1983), *Democratic Economic Policy*, Martin Robertson, Oxford. Traducción: *Para una política económica democrática*, Alianza Editorial, 1987.
- Frey, B.S., e Serna, A., (1991), "El Tribunal de Cuentas: Una perspectiva desde la elección pública", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, 214, pp. 663-684.
- Friedman, M. e Friedman, R., (1984), *La tiranía del Statu Quo*, Ariel.
- García de Enterría, E., (1992), "Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 75, pp. 325-328.
- García de Enterría, E., e Fernández, T-R., (1981), *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid.
- Mueller, D.C., (1989), *Public Choice II*, Cambridge University Press.
- Muñoz Machado, S., (1992), "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación española", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 75, pp.329-358.
- Nieto, A., (1984), *La organización del desgobierno*, Ariel.
- Niskanen, W.A., (1971), *Bureaucracy and representative government*, Aldine, Atherton, Chicago.
- Niskanen, W.A., (1976), *Bureaucracy: servant ou master?*, Institute of Economic Affairs, Londres. Traducción: *Cara y cruz de la burocracia*, Espasa Calpe, Madrid, 1980.
- Pastor, S., (1990), "El análisis económico de los Derechos de Propiedad", *Anuario de Derechos Humanos*, 7, pp. 141-161.
- Posner, R.A., (1986), *Economic analysis of law*, Little, Brown & Co., Boston.
- Tamames, R., (1992), *Diccionario de economía*, Alianza Editorial/Cinco Días.
- Tullock, G., (1965), *The politics of bureaucracy*, Public Affairs Press, Washington.
- Werham, K., (1992) "The neoclassical revival in Administrative Law", *Administrative Law Review*, 44, 3, pp. 567-627.