

LA ADMINISTRACIÓN GARANTE. UNA APROXIMACIÓN*

JOSÉ ESTEVE PARDO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

RESUMEN

La noción de Estado garante aparece ante la crisis de sostenibilidad del Estado social y se presenta como alternativa al Estado y Administración prestacional. En su realización efectiva no se ha desarrollado como un nuevo modelo de Estado, pero ha tenido importantes efectos en la configuración de un nuevo tipo de actividad administrativa, la actividad de garantía, que cobra sentido en el marco de una nueva relación entre Estado y sociedad, proyectándose sobre estas dos realidades.

Palabras clave: Estado social; Estado garante; Administración prestacional; actividad administrativa; organización administrativa; regulación.

ABSTRACT

The notion of guarantor state faces the crisis of sustainability of the welfare state and is presented as an alternative to prestacional Administration. Although a new model of state has not been developed, it has had an impact of a new type of administrative activities within the framework of a new relationship between state and society.

Key words: welfare state; administrative activities; state and society; administrative organization.

* Este artículo se inscribe en un proyecto de investigación financiado, por resolución de convocatoria pública, por el Instituto Nacional de Administración Pública. Las ideas aquí apuntadas tienen un desarrollo más completo en mi libro *El Estado garante. Idea y realidad*, de próxima edición por el INAP en el marco de ese mismo proyecto.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. LOS PLANTEAMIENTOS REFORMISTAS EN TORNO A LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: 1. *Las razones del Estado social*. 2. *El problema de su sostenibilidad*.—II. EL ESTADO PRESTACIONAL COMO OBJETO DE REFORMA: 1. *La inicial opción por la Administración prestacional como medio e instrumento de realización del Estado social*. 2. *Las recientes transformaciones en la correlación entre Estado y sociedad*. 3. *La necesidad de ordenar la retirada del Estado y definir su nueva posición estratégica*.—III. EL ESTADO GARANTE COMO ALTERNATIVA AL ESTADO PRESTACIONAL: 1. *La génesis del modelo como respuesta al adelgazamiento del Estado*. 2. *Precisiones sobre su real alcance*.—IV. CARACTERIZACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN GARANTE: 1. *Su delimitación en las exposiciones generales respecto a otros modos de actividad administrativa*. 2. *Actividad de garantía y actividad de regulación*. 3. *Su función característica. Los frentes de actuación de la Administración garante*: A) La actuación sobre el flujo de cometidos desde el Estado a la sociedad. B) La actuación sobre el flujo ascendente. Autorregulación y referencias privadas asumidas por el Estado. C) La actuación en los espacios pretendidamente neutrales entre Estado y sociedad.—V. POTESTADES Y FÓRMULAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN GARANTE: 1. *Potestades en la órbita de la regulación*. 2. *La rendición de cuentas (accountability) y la transparencia*. 3. *Aplicación del Derecho público y sus principios a sujetos privados*.—VI. LOS DESARROLLOS ORGANIZATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN GARANTE: 1. *La tendencia a la eficacia y valoración de resultados*. 2. *La conexión con el sector privado*.—VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN. LOS PLANTEAMIENTOS REFORMISTAS EN TORNO A LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

En los últimos años se han hecho muy evidentes las elevadas magnitudes del gasto público, sobre todo cuando ha generado un incremento de la deuda pública que se percibe como una de las causas de la grave crisis económica desencadenada en el tramo final de la primera década del siglo. Ese gasto público tan elevado se atribuye en muy buena medida a la realización y mantenimiento del Estado social, por lo que cunde así la sensación de que, si se supera de manera definitiva y clara la crisis económica, ello será con el coste de la pérdida del Estado social o de la reducción y rebaja de sus objetivos hasta extremos que lo hagan irreconocible. En esta encrucijada, las opciones se plantean en términos de cruda disyuntiva: o se acaba por desmantelar el Estado social; o se opta de manera resuelta por mantenerlo, reformando aspectos que no supongan una rebaja de sus fines y objetivos.

1. *Las razones del Estado social*

Esta segunda opción no es sólo la del optimismo y la esperanza, sino la que cuenta con razones más contundentes en su favor. Destaco sólo algunas más evidentes.

La primera repara en los incuestionables logros del Estado social. La cobertura de toda una serie de necesidades básicas al conjunto de la población, la igualdad en el acceso a toda una serie de bienes y prestaciones que aseguran unas posibilidades de promoción social, la reducción de las tensiones sociales que de todo ello se deriva, la realización de estos objetivos manteniendo el régimen de derechos fundamentales y libertades públicas características del Estado de Derecho y sus consiguientes mecanismos y garantías como puedan ser el principio de legalidad y el control judicial del poder público¹. El Estado social se presenta así como uno de los puntos culminantes de la evolución de los sistemas de organización social. Por ello, la disolución o desmantelamiento de este modelo de Estado y ordenación social, sus recortes o reducciones hasta hacerlo irreconocible, sería un retroceso, una regresión, una derrota histórica, que se ha de tratar en lo posible de evitar².

La segunda razón para el mantenimiento del Estado social es estrictamente constitucional. Nuestra Constitución lo impone y exige de manera inequívoca³. Hay en ella una afirmación de principios y de identidad ya en su primer artículo: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Una resuelta opción por el Estado social que se corrobora en toda una serie de preceptos y determinaciones que de manera coherente dan plenitud a ese modelo. Así se advierte en el reconocimiento amplio de los que se conocen como derechos sociales y

¹ Éste es, sin duda, uno de sus grandes méritos: el Estado social no canceló, como algunos se temían, las libertades y garantías propias del Estado de Derecho y se mantuvo así la plena compatibilidad de ambos modelos. Esto es algo que quedó muy claro en las ponencias de Otto BACHOF y Ernst FORSTHOFF sobre el concepto y esencia del Estado social de Derecho (*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*) discutidas en un famoso debate de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público en 1954. Textos recogidos en las publicaciones de esta Asociación (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 12, Berlín, 1954). Sobre estas cuestiones básicas, vid. W. ABENDROTH / E. FORSTHOFF / K. DOERING, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

² J. PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

³ Vid. al respecto la obra colectiva M. J. TEROL BECERRA (dir.), *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

en los mandatos que se imponen a los poderes públicos para dar efectividad a esos derechos y desarrollar actuaciones y políticas que aseguren las prestaciones y las coberturas básicas de todos los ciudadanos⁴.

El tercer argumento a favor del mantenimiento del Estado social es que no parece tener alternativas de progreso. No se han planteado, en efecto, propuestas alternativas consistentes al Estado social. Se plantean, sí, reformas parciales, pero no hay un modelo que se defina de manera ordenada y sistemática como alternativa o evolución del Estado social, a diferencia de lo que éste fue respecto a modelos que sustituyó o perfeccionó, como eran el Estado liberal o el Estado de Derecho⁵.

2. *El problema de su sostenibilidad*

La única cuestión —en verdad formidable— que gravita sobre el Estado social es la de su propia sostenibilidad. Lo que se cuestiona no es el modelo, sino que resulte sostenible por los elevados costes en los que incurre. Los problemas y las serias amenazas que se ciernen sobre el Estado social tienen todos esa misma matriz: las transformaciones demográficas, con la reducción de la población activa, limita los ingresos y la cobertura de sistemas sociales y de pensiones; la globalización que desborda el marco territorial y económico de los Estados nacionales limita la competitividad de las economías que cargan con costes sociales; la crisis económica que ha hecho más visibles y gravosos esos costes con el incremento del déficit público. Estos y otros factores de crisis inciden negativamente sobre la cobertura financiera y la sostenibilidad del Estado social⁶.

No parece así sostenible el mantenimiento del Estado social con los mismos medios e instrumentos que se han venido empleando hasta ahora. El «más de lo mismo» —discurso que sigue vivo en ciertos sectores fundamentalistas y radicales— no conduce al mantenimiento del modelo, sino posiblemente a su colapso. Lo que procede entonces plan-

⁴ B. GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.

⁵ La ausencia de relevo en la concepción de nuevos proyectos ya había sido destacada por J. HABERMAS ante los primeros síntomas de crisis en «La crisis del Estado social y el agotamiento de las energías utópicas», recogido en su libro recopilatorio *Ensayos políticos*, Península, Barcelona, 1988.

⁶ C. DE CABO, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986; R. GARCÍA COTARELO, «Crisis y reformulación del Estado del bienestar»; J. PÉREZ ROYO, «Crisis del Estado social: un falso debate»; P. BARCELONA / A. CANTARO, «El Estado social entre crisis y reestructuración»; estos tres trabajos en el libro colectivo J. CORCUERA ATIENZA / M. A. GARCÍA HERRERA (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988; J. HABERMAS, «La crisis del Estado social...», cit.

tearse es si sería posible mantener los fines y objetivos del Estado social —por exigirlo así la Constitución y por otras muchas razones, algunas de las cuales se han apuntado ya— con otro aparato instrumental y otros medios, de forma tal que se pueda eludir o solventar, al menos en una parte significativa, el grave problema de la sostenibilidad. Este planteamiento nos lleva a reparar en el modo instrumental de realización del Estado social desde su implantación hasta los tiempos recientes, para valorar después si ese aparato instrumental es susceptible de reforma o de sustitución por otro sistema, prestando especial atención al tipo y la posición que ocupa la Administración pública⁷.

II. EL ESTADO PRESTACIONAL COMO OBJETO DE REFORMA

El medio e instrumento fundamental para la realización del Estado social fue el sistema que se conoce como Estado prestacional, que otorga un destacado protagonismo a la llamada Administración prestacional, hasta el punto de ser más conocido este adjetivo «prestacional» referido a la Administración que al Estado.

1. *La inicial opción por la Administración prestacional como medio e instrumento de realización del Estado social*

Fue así el Estado, a través de su aparato administrativo, el que acometió la realización del programa del Estado social sin protagonismo relevante alguno de la sociedad en la realización de ese programa. Esta opción por la Administración prestacional tiene varias explicaciones. La fundamental es que el Estado, su Administración, tenían mucho mayor poder y capacidad de dirección y gestión que la sociedad. Un Estado nacional bien organizado, con un dominio total sobre la actividad económica y sobre el sistema tecnológico, que había tenido que organizarse militar y administrativamente de manera muy efectiva.

La sociedad asumía un papel pasivo, fiando al Estado la dirección e impulso de sus reformas y modernización, la prestación de servicios básicos, la provisión de infraestructuras. La implantación y desarrollo del Estado social, que se inicia en Europa al concluir la segunda guerra mundial, encontró unas sociedades muy débiles y desarticuladas como consecuencia de los terribles efectos de aquella conflagración. Un

⁷ Al respecto sigue resultando de interés el libro de L. PAREJO, *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983.

panorama similar se observa en las sociedades del sur de Europa cuando, en los años setenta, se liberan de sus regímenes dictatoriales y se incorporan al modelo de Estado social con las Constituciones que aprueban en esa misma década⁸. En esas primeras décadas de implantación y desarrollo del Estado social, el papel dirigente y gestor lo asume así el Estado y su aparato administrativo. Un Estado que concentraba el poder económico —ejercido soberanamente en su espacio territorial, disponiendo para ello de todos los resortes— y el poder del conocimiento experto que concurría en su burocracia profesional, capaz de dominar todos los ámbitos de acción pública y controlar los espacios de la actividad privada.

Ese aparato administrativo público es el que asumió así en exclusiva la realización de los objetivos del Estado social que se definían en las Constituciones europeas de la segunda mitad del siglo xx. Unas Administraciones orientadas, por tanto, a ofrecer las prestaciones que estas Constituciones requerían para garantizar esa cobertura mínima a todos los ciudadanos y para hacer efectivos esos derechos sociales cuyo contenido se materializa en una serie de prestaciones concretadas por las leyes⁹. Ese modelo de Administración es el que se conoce como Administración prestacional, que supone una novedad respecto a la Administración de policía o Administración interventora adscrita al Estado liberal. Una Administración que se expande extraordinariamente y se diversifica en multitud de entes instrumentales especializados con la cobertura financiera que ofrece el espectacular aumento del gasto público, que se alimenta por un sistema tributario que entonces se desarrolla y se generaliza.

2. *Las recientes transformaciones en la correlación entre Estado y sociedad*

Desde finales del pasado siglo ese panorama tan sucintamente descrito se ve fuertemente conmocionado. Las alteraciones más visibles son las que se producen en ese aparato administrativo que opera como instrumento principal, prácticamente exclusivo, de realización del Estado social. Un aparato muy ramificado y extendido, con unos costes de

⁸ Unos Estados que vieron cómo se desarticulaban en buena medida sus sociedades durante sus periodos dictatoriales y se recompusieron con la afirmación de la democracia y el Estado de Derecho. Una evolución que describe en un conocido trabajo V. PÉREZ DÍAZ, *El retorno de la sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1982.

⁹ J. R. COSSÍO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

funcionamiento muy elevados, que ponen en cuestión su propia sostenibilidad y el mantenimiento de sus prestaciones. Es en ese frente donde se plantean las reformas que se han ido sucediendo entre nosotros en los últimos años, reformas coyunturales las más de las veces y que se materializan ordinariamente en recortes y restricciones.

Pero las transformaciones de mayor calado se advierten al tender la vista más allá del Estado y su sistema administrativo y adoptar la perspectiva que ofrece su relación con la sociedad¹⁰. Es esta relación la que se está recomponiendo hasta —todo parece indicarlo— ser otra bien distinta de la que ha enmarcado la génesis y primera evolución del Estado social dejando su peculiar impronta. Aquella relación marcada por un Estado dominador y dirigente, por un lado, y una sociedad pasiva objeto de su acción, por otro, parece haberse invertido en sus dos términos. El Estado ha perdido en muy buena medida esa posición. La globalización ha desbordado sus límites territoriales en los que se encontraba tan seguro, con una pérdida efectiva de soberanía que se incrementa en Europa con el proceso de integración. Por si no se supiera ya, la crisis económica y financiera ha puesto de manifiesto que no dispone ya de los poderes y resortes para dominar y ordenar los flujos económicos. Otro imponente poder material, un nuevo poder fáctico, el poder que se deriva del conocimiento científico y la aplicación tecnológica, no se encuentra ya —o sólo parcialmente— bajo su órbita. Los grandes poderes materiales se encuentran así extramuros del Estado.

Si reparamos en el otro término de la relación, la sociedad, se constata que se ha fortalecido extraordinariamente en las últimas décadas. Parece como si esa sociedad pasiva, objeto de la acción del Estado, se hubiese puesto en pie y le disputase sus dominios, ganándole varios de ellos. Buena parte de esos poderes materiales —el financiero, el tecnológico, el de la comunicación— se encuentran hoy en la órbita privada. Pero, con todo, el fortalecimiento de la sociedad no se debe sólo al incremento cuantitativo de los poderes materiales bajo su órbita, sino, sobre todo, a la organización y a la eficiencia de que ha sabido dotarse mediante rigurosos procesos de autoorganización y autorregulación que se han emprendido en las últimas décadas. No es la sociedad en su conjunto, la idealizada sociedad civil de Adam SMITH, la que se autorregula, sino los muy diversos sectores en los que se descompone: el sector de la técnica, de las finanzas, del transporte, de la energía, de la investigación, etc., que tienden a configurarse como sistemas auto-

¹⁰ Sobre esta nueva correlación, sus exponentes y sus consecuencias, me permito la remisión a mi libro *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013.

rreferenciales con sus propias normas, sus propios sistemas de aplicación y control, sus propios mecanismos de resolución de conflictos¹¹.

En esa nueva correlación entre un Estado desbordado, mermado en sus recursos, que ha perdido el dominio sobre amplios espacios, y una sociedad fortalecida, muchos de cuyos sectores se autorregulan de manera eficaz para sus particulares intereses, se están produciendo los movimientos que cabía esperar. Fundamentalmente, un desplazamiento o traslado, ya masivo, de funciones desde el Estado a la sociedad, al sector privado. Un traslado que se impulsa desde los dos frentes: desde el Estado, que carece de medios o conocimientos y pretende al tiempo descargarse de cometidos y responsabilidades, pero también desde la sociedad, desde esos sectores privados que se autoorganizan eficazmente y, así fortalecidos, se apropian de espacios que estaban bajo la órbita y gestión pública.

Se han trasladado así a la sociedad, a la órbita privada, al mercado, buena parte de los servicios que estaban bajo la titularidad del sector público, gestionados en un régimen de Derecho público, al margen de los rigores del mercado, aunque con un coste económico, por lo general, elevado. Pero no sólo en el sector de servicios y prestaciones públicas, que es el segmento de actividad administrativa que por lo común se asocia a la Administración prestacional, se ha producido ese traslado de funciones. También en la actividad que se adscribe a la noción tradicional de policía —hoy, en lo fundamental, regulación y gestión de riesgos— se advierte el desplazamiento de funciones al sector privado, atribuyendo a sujetos privados el ejercicio de funciones de control técnico y regulación de riesgos.

Más recientemente se desactiva en amplios sectores la intervención pública que se canalizaba a través de la autorización al ser desplazada por el régimen de comunicación o declaración responsable que entrega así a la sociedad, a los particulares, el establecimiento de fórmulas de cobertura, ordinariamente de tipo contractual, ante la falta de una declaración de la Administración a la que atenerse y que constituía un título para el ejercicio de la actividad.

También en el plano normativo puede advertirse ese desplazamiento con el avance de las normas privadas, resultantes de procesos de autorregulación. Es el mismo movimiento combinado al que antes me refería: por un lado, las normas jurídicas procedentes del Estado —le-

¹¹ Una autorregulación que se está mostrando por lo demás muy operativa ante nuevos retos y panoramas como son la incertidumbre o la globalización. Sobre ello, la obra colectiva, dirigida por M. DARNACULLETA / J. ESTEVE PARDO / I. SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Selbstregulierung als Umgangsstrategie des Rechts mit Ungewissheit in der Globalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2015, de próxima edición la versión en castellano.

yes y reglamentos— se repliegan, concentrándose sobre todo en aspectos procedimentales, mientras que la sociedad gana esos espacios mediante la autorregulación normativa de sus diversos sectores.

3. *La necesidad de ordenar la retirada del Estado y definir su nueva posición estratégica*

Si se constata esa transformación en la relación entre Estado y sociedad, entonces hay que plantearse la adaptación a ella de ese modelo de Estado en el que estamos instalados, el Estado social, que encuentra su justificación y sentido en el marco de esa relación. El futuro, la supervivencia, del Estado social depende, pues, de su adaptación a esas transformaciones. Del reconocimiento consecuente de la limitación de un poder público desbordado y del correlativo fortalecimiento de la sociedad.

Lo que se desprende de ello es que el Estado no puede pretender mantener la posición que ha venido ocupando y las funciones que ha venido desarrollando hasta ahora para cumplir con los objetivos del Estado social. Una posición y unas funciones que venían definidas por esa correlación con la sociedad marcada por la presencia e intervención pública en la sociedad hasta sus últimas ramificaciones. Esa posición parece que tendría que redefinirse con el repliegue propio de quien no puede llegar a todos los frentes y ha de concentrarse en una posición más retrasada y estratégica.

De hecho, se está produciendo ya una retirada muy ostensible en diversos frentes: retirada en servicios públicos que se entregan al mercado y sobre los que la Administración pierde sus posiciones dominicales y el protagonismo gestor; retirada en el ejercicio de funciones públicas que se encomiendan a particulares en sectores tan dominados antaño por la intervención pública como la policía administrativa, que ahora se presenta, sobre todo, como actividad de regulación de riesgos; retirada de la Administración en su importante actividad de autorización, que ahora se desplaza a los particulares, sus declaraciones y las fórmulas de cobertura que puedan establecer; retirada de las leyes y normas reglamentarias para dar entrada a la autorregulación de sectores sociales eficazmente organizados; retirada, podíamos añadir también, de la jurisdicción y de la resolución de conflictos desde instancias públicas para entregarlos a fórmulas convencionales de mediación o arbitraje privado.

Pero es una retirada que parece producirse de manera desordenada, sin plan alguno, como resultado de la aplicación de normas, muchas de ellas europeas, en frentes diversos y sin una visión de conjunto de un

proceso amplio que afecta de lleno a la correlación entre el Estado y la sociedad, con la consiguiente redefinición de sus respectivas posiciones. Y lo más preocupante es que esa retirada se realiza sin conocer ni señalar el punto, el lugar, en el que se detendrá, localizándose la nueva base o plataforma de la actividad pública y administrativa. Todo parece indicar que estamos ante una retirada desordenada y no ante un repliegue estratégico, con conocimiento de la posición de arribada para redefinir desde ella las nuevas funciones a desarrollar.

III. EL ESTADO GARANTE COMO ALTERNATIVA AL ESTADO PRESTACIONAL

La principal función a desarrollar entonces por el Estado y su aparato administrativo que se repliega, dejando a la sociedad y al sector privado el protagonismo gestor en muchos frentes de la acción pública, parece que habría de ser una función de garantía, asegurando, garantizando que en esa gestión y actuación del sector privado se atienden los intereses generales comprometidos y se alcanzan los objetivos y requerimientos que marcan la Constitución y las leyes. Esta nueva posición, este importante cometido, confiere al Estado una seña de identidad que lo redefine y caracteriza como Estado garante, tal como se conoce ya en Europa.

1. *La génesis del modelo como respuesta al adelgazamiento del Estado*

El origen del Estado garante se localiza así en esta encrucijada en la que nos situamos, marcada por la crisis de sostenibilidad del Estado social, a la que hemos hecho referencia. El debate fue intenso y temprano en Alemania, por dos razones sobre todo: una es la arraigada tradición que allí tiene, con todo su trasfondo histórico y filosófico, el Estado social; otra, la responsable percepción del cambio de los tiempos—cuando otros lo negaban— y los problemas de sostenibilidad que ese modelo de Estado suscitaba¹².

¹² Una responsabilidad elemental y nada meritoria pero que contrasta con la frívola irresponsabilidad de nuestra clase política, que por entonces mantenía e incrementaba el nivel de gasto público sin querer mirar siquiera lo que la realidad mostraba de manera inequívoca. En el ámbito estrictamente doctrinal del Derecho público hay constancia entre nosotros desde hace ya un tiempo del debate y los informes sobre la reducción o adelgazamiento del Estado, informes que no suscitaron interés alguno entre nuestros responsables políticos ni, por supuesto, afectaron a la desafortunada política de gasto público para mantener e incrementar lo insostenible. Así, el informe del que daban cuenta M. TARRÉS / M. DARNACULLETA, «Adelgazamiento y modernización administrativa. A propósito del Informe “Schlanke Staat”», en *Revista Autonomías*, núm. 26, 2000, págs. 335 y ss.

La revisión en Alemania del modelo de Estado apuntó, sobre todo en foros políticos, hacia soluciones un tanto simples y primarias: la reducción, el adelgazamiento del Estado, el Estado mínimo¹³. Un Estado que gaste y cueste menos. Pero en foros doctrinales y académicos se trató de rebasar esta dimensión meramente cuantitativa, atenta exclusivamente al coste, con el objetivo de otorgar al Estado una nueva función en la que justificarse y adquirir así una nueva identidad. Se repara entonces en que, por diversas razones —limitaciones económicas, de conocimiento, de instrumentos, etc.—, el Estado no puede mantener su presencia activa, prestacional, capilarmente extendida a todos los puntos de la sociedad, cuando la gran parte de instrumentos y medios han pasado a manos privadas.

El Estado debe entonces replegarse a otras posiciones estratégicas y desde ellas desarrollar una actividad con otra longitud de onda. No se trata ya de la actividad material directa —de control, de prestación o de otro tipo— para la que no dispone de medios o conocimientos, pues se encuentran éstos en la sociedad, sino de garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios. El Estado ha de mantener en lo posible, garantizar, sus fines sin disponer de los medios e instrumentos que tenía hasta tiempos recientes.

La privatización de medios, de instrumentos, de funciones, como más recientemente se ha producido, constituye así un presupuesto del Estado garante que no sería concebido como tal, ni percibida su utilidad, si el Estado dispusiera de todos los medios para hacer efectivos sus fines. El Estado garante tiene, pues, ante sí el reto de mantener los fines sin disponer de los medios¹⁴. El Estado garante no asume así una responsabilidad de prestación, entre otras razones porque ha perdido buena parte de sus posiciones e instrumentos, sino una responsabilidad de garantía de esas prestaciones. El Estado garante se presenta así como alternativa al Estado prestacional, pero con el mismo objetivo de realización del Estado social. El Estado garante tiene así un carácter exclusivamente instrumental: no es un fin en sí mismo, sino que pretende ser otro modo y otro medio de realización del Estado social y de cumplir con sus objetivos.

¹³ Sobre la elaboración del concepto de Estado garante como reacción a las propuestas reductoras que apuntaban hacia el llamado Estado mínimo, T. VESTING, «Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat», en W. HOFFMANN-RIEM / E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Beck, Múnich, 2000, págs. 111 y ss.

¹⁴ C. FRANZIUS, «Der “Gewährleistungsstaat” ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?», en *Der Staat*, núm. 42, 2003, págs. 493 y ss.

2. *Precisiones sobre su real alcance*

La idea del Estado garante se alumbra así en el entorno de la crisis de sostenibilidad del Estado social y como alternativa del Estado prestacional. Pero tras ese alumbramiento tenemos que precisar y valorar en qué se ha plasmado realmente esa idea; determinar, en definitiva, cuál es su real aportación y clarificar su alcance. Al respecto pueden realizarse tres precisiones fundamentales.

Lo primera, que el Estado garante no se muestra en modo alguno como un modelo total que abarca e informa al conjunto de la actividad y la organización del Estado. Su realización efectiva es mucho más limitada, pues en lo fundamental se circunscribe a un nuevo modo de actividad pública, en realidad una nueva actividad administrativa, pues es la Administración la principal protagonista. Una actividad administrativa más, que se añade al elenco de las formas de actividad administrativa.

Una actividad —y ésta sería la segunda precisión— que, aunque se presenta como alternativa de la actividad prestacional, no coincide exactamente con ella en ninguno de sus dos extremos: por un lado, hay actividad de prestación que no es desplazada ni cancelada por la actividad garante; por otro lado, hay actividad garante que se desarrolla en espacios más allá de la órbita prestacional, que estaban por ello bajo el efecto de otras formas de actividad administrativa, como la actividad de policía o la regulación de riesgos.

Cierto es que el ámbito de la Administración garante, por su propia configuración al filo de la crisis del Estado social, pareciera corresponderse con el que es propio de la Administración prestacional, que ha sido, como nos consta, el principal instrumento de realización de aquél. Pero en realidad el recorrido del Estado garante, y de la Administración que opera a su servicio, no se corresponde con el espacio del Estado social y la Administración prestacional, aunque éste sea posiblemente el espacio más relevante y necesitado de reformas. Las transformaciones que hoy se registran, con una impactante incidencia sobre la Administración pública y el Derecho administrativo, van más allá de la crisis del Estado social y la Administración prestacional, pues su origen se encuentra, como trato de explicar, en una recomposición en profundidad de las relaciones entre Estado y sociedad¹⁵. Como consecuencia de ella, muchas actividades y funciones que se adscribían a la

¹⁵ Vid. *La nueva relación entre Estado y sociedad*, cit., en especial págs. 85 y ss.

órbita del Estado y eran realizadas por la Administración han pasado a la órbita privada, pero sin desconocerse su incuestionable incidencia sobre unos intereses generales, públicos, que habrían de estar debidamente atendidos y garantizados.

Tercera precisión. La actividad de la Administración garante no siempre reemplaza a otros modos de actividad administrativa, sino que, como tendremos ocasión de comprobar, puede proyectarse también sobre actividades genuinamente privadas que pretenden alcanzar efectos públicos y que por ello se justifica esta intervención administrativa tendente a garantizar que esa actividad privada atiende debidamente los intereses públicos en juego.

En cualquier caso, esta transversalidad de la función de garantía, su extensión más allá de lo que son las prestaciones de servicios y más allá incluso de lo tradicionalmente considerado como actividad administrativa, tampoco nos debe llevar a la conclusión, menos a la profecía, de que se producirá una mutación profunda en el Estado y la Administración de la que surgirán con una nueva identidad como Estado garante y Administración garante. La realidad, tal como hemos destacado, es mucho más limitada. Será, es ya de hecho, una nueva función pública cuyas características y perfiles conviene ya explorar.

IV. CARACTERIZACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN GARANTE

1. *Su delimitación en las exposiciones generales respecto a otros modos de actividad administrativa*

Es así como en las exposiciones generales de Derecho administrativo figura ya un nuevo tipo de actividad, la actividad garante o de garantía, en la tipología de las formas de actividad administrativa. Por estar bien accesible en su traducción española, podemos reproducir la caracterización que al respecto se ofrece en un conocido y básico manual alemán de Derecho administrativo: «La actividad administrativa de garantía se diferencia de la antes mencionada actividad administrativa de prestación en que en ella el Estado no proporciona por sí mismo prestaciones a favor de los ciudadanos, sino que se limita a garantizar que sean otros —en especial, empresas privadas— quienes las provean. Se trata de una función administrativa relativamente nueva, propiciada por las privatizaciones de los últimos años y décadas. En su virtud, el Estado transfiere o confía al sector privado, al mercado y a la libre competencia, determinadas actividades de procura existencial

antes prestadas por él mismo, debiendo asegurar, sin embargo, a través de los mecanismos apropiados, que tales actividades, al ser necesarias para la población, son desarrolladas por las empresas privadas en una medida suficiente y de un modo adecuado»¹⁶.

En la más reciente dogmática alemana, la actividad de garantía ha entrado en la sistemática de la actividad administrativa, en la que ocupa una posición relevante. Así se llegan a concentrar en tres los tipos de actividad administrativa: actividad de *Ordnung* (equivalente a nuestra policía y regulación de riesgos), actividad de prestación (*Leistung*) y actividad de garantía (*Gewährleistung*)¹⁷. Debe notarse cómo la actividad de prestación por parte de la Administración se mantiene y no es, por tanto, eliminada por la actividad de garantía. Se reconoce, por tanto, la coexistencia de prestaciones por la Administración y prestaciones privadas bajo la intervención de garantía de la Administración. También debe significarse que en esta categorización no aparece la actividad de regulación, pues se entiende comprendida en la actividad de garantía, aunque, como ya hemos destacado, la actividad garante tiene un radio más amplio que lo que es estrictamente actividad de regulación.

La primera conclusión que se alcanza con estas primeras precisiones sobre la actividad garante es que la idea de Estado garante no puede magnificarse en absoluto ni presentarse como un modelo integral con capacidad de nuclear en torno suyo al conjunto del Estado y la Administración. La pretensión de dar con un concepto nuclear ha sido tan reiterada como fallida en los esfuerzos dogmáticos, y en este caso tal experiencia vuelve a reiterarse¹⁸. Así, la actividad administrativa de garantía no puede concebirse en modo alguno como el todo de la actividad administrativa, sino como una forma más que se añade a las diversas clasificaciones existentes¹⁹.

¹⁶ H. MAURER, *Derecho Administrativo. Parte general*, Marcial Pons, 2011, pág. 53.

¹⁷ Así lo hace A. VOSSKUHLE, «Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL* 62 (2003).

¹⁸ En este sentido afirma, muy certeramente, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR que «la historia dogmática de la ciencia jurídico-administrativa ha sido siempre la historia de la constante búsqueda de un único concepto general explicativo», algo que la experiencia contradice. «Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 193, 2014, pág. 33.

¹⁹ Así, en la clasificación de H. MAURER encontramos las siguientes formas de actividad: a) la actividad administrativa de *Ordnung* (equivalente a policía y regulación de riesgos); b) actividad de prestación; c) actividad de procura existencial; d) actividad administrativa de garantía; e) actividad administrativa de orientación o dirección (*Steurung*); f) actividad tributaria. *Derecho Administrativo*, cit.

2. *Actividad de garantía y actividad de regulación*

La actividad de regulación es una genuina actividad administrativa, como ha reconocido sin ambages la jurisprudencia. Una actividad que ha adquirido un gran desarrollo y que se advierte muy próxima a la actividad garante. La proximidad se muestra ya en los grandes conceptos de Estado garante y Estado regulador, que con frecuencia se presentan compartiendo unos mismos objetivos. En realidad, la actividad de regulación vendría a ser uno de los géneros, muy importante ciertamente, de la actividad de garantía.

La regulación no pretende otra cosa que garantizar la cobertura y atención de unos intereses públicos en unos servicios que se han entregado a las reglas del mercado y la competencia entre operadores. Con la regulación se pretende garantizar la accesibilidad en condiciones de igualdad a esos servicios, la continuidad en su prestación, con unas tarifas ajustadas a los costes reales y evitando posibles abusos de los operadores. En ese sentido se ha concluido con acierto que la regulación es actividad de garantía de los intereses generales, que el Estado garante es por tanto Estado regulador y que el Estado regulador es Estado garante²⁰. Así sucede, ciertamente, con la regulación de servicios económicos de interés general. De alguna forma, podría entenderse que la actividad de regulación toma el relevo de la actividad prestacional de la Administración, pero sabemos ya que la actividad garante se desarrolla, también, más allá de la órbita de la Administración prestacional, que es en la que ahora se desenvuelve la actividad de regulación como alternativa a la actividad administrativa de prestación en ciertos servicios.

No puede, por tanto, establecerse una plena identidad entre actividad de garantía y actividad de regulación, aunque en muchos aspectos resulten equiparables, puesto que hay actividad de regulación que no responde a la lógica de la actividad garante y hay actividad de garantía más allá de la regulación.

Finalmente, hay que precisar que no todo lo que se retira de la órbita de la titularidad e intervención directa de la Administración para entregarse al sector privado siempre se compensa con una actividad administrativa de garantía, pues en algunos sectores se deja a las fórmu-

²⁰ Así, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Reflexiones sobre las transformaciones actuales...», cit., pág. 35; M. DARNACULLETA, «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», en S. MUÑOZ MACHADO / J. ESTEVE PARDO, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, en especial el apartado que titula «La importancia de la regulación en la configuración de un nuevo Estado garante», págs. 384 y ss.

las de garantía y cobertura privada. Así ocurre con el desplazamiento del régimen de autorización por el de comunicación como tendremos ocasión de precisar.

3. *Su función característica. Los frentes de actuación de la Administración garante*

La función que le cumple a la actividad garante es la de mantener o recuperar la atención de los intereses generales en sectores y actuaciones situados de lleno bajo la iniciativa y dirección privada pero que tienen una dimensión pública por afectar a estos intereses.

Hay que destacar entonces que la actividad garante de la Administración se aplica a dos movimientos o flujos que se desarrollan en el marco de la nueva relación entre Estado y sociedad.

A) *La actuación sobre el flujo de cometidos desde el Estado a la sociedad*

Uno es el flujo descendente que va del Estado a la sociedad, trasladando a ésta cometidos y funciones que estaban bajo titularidad pública; es el flujo o movimiento privatizador, por utilizar una expresión genérica. Esta corriente resulta muy visible y por ello es la que ha suscitado mayor atención. Es la corriente que impulsó, entre otros movimientos, la entrega al mercado de toda una serie de servicios económicos de interés general y sobre los que se construyó una actividad y un entramado institucional para su regulación. Una actividad de regulación que, según una opinión algo extendida, vendría a identificarse con la actividad garante, a ser la misma cosa²¹. Pero ya hemos clarificado que esto no es exactamente así, que aunque la regulación sea una manifestación muy importante de la actividad garante, no la agota en modo alguno. La actividad garante de la Administración es ciertamente limitada y no puede magnificarse en modo alguno, pero tiene, como nos consta, una proyección transversal con manifestaciones

²¹ Así, H. MAURER cuando afirma que «a este fenómeno —se refiere al de la actividad administrativa de garantía— se le conoce también como el Derecho administrativo regulatorio». *Derecho Administrativo*, cit., pág. 53. Una afirmación que no es exacta por cuanto no existe, como hemos tenido ocasión de destacar, una identificación entre actividad garante y actividad de regulación, aunque tengan toda una serie de elementos comunes. La doctrina alemana mayoritaria tampoco advierte esta plena identificación, como pone de manifiesto M. DARNACULLETA en «El debate...», cit.

más allá de lo que es la regulación de servicios económicos de interés general y más allá también de lo que son cometidos prestacionales.

Del lado de la Administración pública, de donde se transfieren al sector privado esos cometidos y responsabilidades, se ha considerado, por supuesto, la liberación de los gravosos costes económicos de la gestión pública que, de una manera u otra, acaban recayendo sobre los presupuestos o el endeudamiento público, y también la liberación de responsabilidades de una Administración incapaz de proyectar su conocimiento e intervención sobre una sociedad postindustrial muy compleja, con sectores muy especializados, con una clara tendencia a la autorregulación.

B) *La actuación sobre el flujo ascendente. Autorregulación y referencias privadas asumidas por el Estado*

El otro flujo es el que tiene una orientación ascendente, pues procede de la sociedad, de la órbita privada, y adquiere relevancia pública, con efectos generales, y la cobertura y garantía del Estado. Esta corriente se debe a impulsos diversos, pero creo que hay dos fundamentales que conviene destacar y que se registran en las últimas décadas. Uno es el fortalecimiento de la sociedad al concurrir en ella importantes poderes materiales —fácticos, podríamos decir, por utilizar una expresión conocida en su época—, como son el poder financiero, el del conocimiento científico y técnico o el de la información. El otro, mucho más relevante a nuestros efectos, es que esa sociedad ha desarrollado eficaces procesos de autoorganización y autorregulación. No es la sociedad en su conjunto la que se autorregula de ese modo como un sujeto unitario, sino que son sus sectores, sus sistemas, los que se autorregulan. El sector de la técnica, de la investigación, del transporte, de las comunicaciones, etc. Esa autorregulación tiene diferentes expresiones. Podemos distinguir al efecto tres tipos fundamentales.

Una es la autorregulación normativa, que se expresa a través de normas elaboradas por expertos o representantes del sector de que se trate y que en principio sólo tienen efectos entre quienes voluntaria y convencionalmente se adhieren a estos procesos²². Otra es la autorregulación declarativa, que tiene como expresiones conocidas la acredi-

²² Sobre la autorregulación y su relación con los temas y conceptos que aquí se tratan resulta de gran interés el estudio de J. C. LAGUNA DE PAZ, «Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011, págs. 89 y ss.

tación o la certificación que emiten organismos y sujetos privados con efectos también entre los que voluntariamente las asumen. La tercera expresión es la autorregulación resolutoria, por la que se acuerda de manera convencional la fijación de determinados procedimientos o expedientes, generalmente arbitrales, para la solución de conflictos y se aceptan sus decisiones²³.

La autorregulación tiene, pues, esta genuina matriz privada, pero en muchos casos tiende a proyectar sus efectos más allá de este ámbito originario, alcanzando a terceros y pretendiendo efectos más generales. Ello es así porque en la autorregulación están presentes intereses relevantes, como son los intereses de los profesionales, operadores y expertos del sector de que se trate, y que son los que participan en esos procesos autorregulatorios y tienden a extender sus resultados a terceros, como puedan ser consumidores, usuarios u operadores de otros sectores. Así, las normas que elaboran los expertos de un sector tienden a desplegar efectos más allá de su círculo subjetivo; lo mismo puede decirse de sus declaraciones, certificaciones, acreditaciones o cualquier otra manifestación de autorregulación declarativa. Es entonces cuando cobra sentido la actividad garante del Estado²⁴ para encuadrar esa autorregulación privada en un marco público que cumpla con dos objetivos fundamentales: a) que no constriña la autorregulación privada y sus posibles aportaciones; b) que garantice una serie de condiciones de objetividad y equilibrada atención a los intereses afectados por esas expresiones de una autorregulación que no puede ser parcial en el sentido de atender sólo, o preferentemente, a unos determinados intereses.

Un claro propósito de garantía en este sentido es la principal razón de ser de la que se conoce como autorregulación regulada y que se concreta en una actividad legislativa y administrativa que dota a la autorregulación privada de un marco y unas garantías que permiten tomarla como referencia con carácter general²⁵. No se trata sólo de autorregulación normativa²⁶: otras modalidades de la autorregulación

²³ Esa tipología de modalidades de autorregulación la desarrollo en *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 40 y ss.

²⁴ En este sentido, destacando la importancia de la acción garante del Estado sobre la autorregulación cuando ésta tiene efectos sobre terceros, W. HOFFMAN-RIEM, «Das Recht des Gewährleistungsstaates», en G. F. SCHUPPERT (ed.), *Der Gewährleistungsstaat-Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Nomos, Baden-Baden, 2007, págs. 89 y ss.

²⁵ Una exposición completa en la obra de referencia sobre la materia: M. DARNACULETA, *Autorregulación y Derecho Público. La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005. Recientemente, M. DARNACULETA / J. ESTEVE PARDO / I. SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Selbsregulierung als Umgangsstrategie...*, cit.

²⁶ Tratada de manera muy clarificadora por M. TARRÉS en su obra *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2003, con desarrollos muy certeros sobre la autorregulación regulada en esta materia, en especial págs. 279 y ss.

privada pueden encontrar la cobertura de la actividad garante del Estado. Así sucede con algunos exponentes de la autorregulación declarativa, como es el caso del sistema europeo de ecoauditorías, que se desenvuelve en un marco determinado por Directivas europeas y que cuenta también con otras fórmulas de garantía como son la intervención de los verificadores ambientales o el ingreso de la ecoauditoría en un registro público²⁷. De esa forma se dota de garantías y se reconocen ciertos efectos públicos a la autorregulación privada. La autorregulación regulada también tiene un amplio desarrollo en el ámbito financiero²⁸, sobre todo en relación con las operaciones²⁹ y productos —particularmente los que se conocen como derivados— que se realizan y transmiten fuera de los mercados regulados³⁰. A falta de regulación pública precisa se promueve la autorregulación del sector, una autorregulación inducida a la que desde el poder público se le imponen unas determinadas exigencias de procedimiento y contenido, por lo que se configura así como autorregulación regulada bajo la actividad garante del Estado y la Administración³¹.

Los medios de los que puede valerse el Estado y la Administración garante para configurar un marco público para la autorregulación privada son muy diversos. Pueden destacarse al efecto algunos de ellos: a) la intervención de organismos públicos o representativos de todos los intereses, como son los organismos de normalización en el caso de la

²⁷ M. TARRÉS, «Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana», en *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998, págs. 503 y ss.

²⁸ Vid. recientemente el libro colectivo, dirigido por M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

²⁹ También con los operadores si ofrecen referencias que son asumidas por el sistema. Tal es el caso de las llamadas agencias de *rating*. Unas agencias privadas que se desenvuelven en el espacio de la autorregulación pero que, por los efectos de sus declaraciones, esa autorregulación se regula, como hace el «Reglamento 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el régimen aplicable a las agencias de calificación crediticia». Sobre el tema y su más reciente evolución, sobre todo a través de la *Dodd-Frank Act* en Estados Unidos, tras el estallido de la crisis financiera, vid. E. COCCIOLO, «Banca en la sombra, agencias de calificación y Derecho. Una visión sobre la regulación y el lado oscuro del sistema financiero global», en M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (dir.), *Regulación bancaria...*, cit. Sobre la significación de las agencias de *rating* y su capacidad de influencia sobre los Estados me ocupo también en *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, cit., en especial págs. 120 y ss.

³⁰ Este concreto sector lo trato en mi artículo «Los derivados extrabursátiles. Retos y contradicciones en su regulación», en la obra colectiva M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (dir.), *Regulación bancaria...*, cit., págs. 321 y ss.

³¹ Una regulación que en muchos casos procede de instancias constituidas de manera más o menos informal por los poderes estatales para responder eficazmente a los movimientos que se producen en un panorama marcado por la globalización. Al respecto, R. LEÑERO BOHÓRQUEZ, «El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho público», en M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (dir.) *Regulación bancaria...*, cit., págs. 184 y ss.

autorregulación normativa; b) garantizar la atención de todos los intereses afectados; c) asegurar mecanismos de publicidad; d) establecer trámites básicos en los procedimientos de autorregulación; e) garantizar vías de recurso ante una segunda instancia.

C) *La actuación en los espacios pretendidamente neutrales entre Estado y sociedad*

Hay también un espacio intermedio que no está en ninguno de estos flujos entre Estado y sociedad porque precisamente busca esa posición equidistante, pretendidamente neutral. Se trata, por lo general, de sectores novedosos, como es señaladamente el caso de Internet, que aspiran a mantenerse en esa posición neutral. En estos sectores se advierte un amplio protagonismo privado³² y la única actuación pública que se reconoce es, justamente, una actividad de garantía de la neutralidad o de la seguridad³³.

V. POTESTADES Y FÓRMULAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN GARANTE

1. *Potestades en la órbita de la regulación*

Los contenidos y fórmulas de la actividad de garantía pueden ser muy diversos. De entrada, debe destacarse que la mayor amplitud de contenidos y fórmulas se encuentra en la actividad de regulación de servicios económicos de interés general, pues, tal como se ha significado, actividad de regulación y actividad garante, sin ser idénticas, tienen técnicas y fórmulas comunes. Las técnicas de regulación tienen, en efecto, aquí una marcada vocación de garantía de los intereses generales; así sucede, por ejemplo y señaladamente, con las obligaciones de servicio público que se imponen a los operadores privados para que se atienda en igualdad de condiciones a las zonas y segmentos de población que, por los costes derivados de la prestación, no serían rentables ni aceptables en la lógica del mercado.

³² Que llega incluso a tener contenidos y efectos regulatorios, como destaca J. BARNÉS, «La transparencia: cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias», en R. GARCÍA MACHO (ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015, págs. 77 y ss.

³³ M. FUERTES, *Neutralidad en la red: ¿realidad o utopía?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, en especial en el capítulo que dedica a «Garantías de seguridad que ha de ofrecer la Administración».

Por lo demás, algunas técnicas gestadas en el entorno de la regulación pueden aplicarse, y se aplican de hecho, en otros frentes de actuación de la Administración garante. Así ocurre con la intervención y regulación pública en el control de precios en las relaciones y transferencias entre operadores privados, que se inspira en el régimen de interconexión característico de la regulación en competencia de los servicios en red. La desagregación de actividades (*unbundling*) es otra técnica gestada en el más reciente modelo de regulación en competencia —que supera el modelo anterior de regulación en monopolio— y que tiene aplicaciones para la Administración garante más allá de la regulación, sobre todo en estrategias organizativas, que analizamos en el siguiente apartado.

Otras potestades más conocidas que puede utilizar y utiliza la Administración garante son la potestad inspectora, la potestad habilitante y la potestad registral. La primera se proyecta sobre las actividades desarrolladas por particulares en sectores que estaban bajo titularidad y gestión pública que ahora se entregan a la sociedad y el mercado. La potestad habilitante, por su parte, permite introducir una serie de condiciones y exigencias para que los sujetos privados que desarrollan estas actividades atiendan debidamente los intereses públicos en juego. La potestad registral permite dar constancia y publicidad de la actuación de esos sujetos privados que realizan funciones de particular relevancia pública. Es una potestad que se inserta en los esquemas y coordenadas de la rendición de cuentas (*accountability*), tan en boga en los últimos tiempos.

2. *La rendición de cuentas (accountability) y la transparencia*

La creciente atención que la *accountability* suscita va pareja al amplio traslado de cometidos públicos al sector privado y la sentida necesidad de que se rindan cuentas por la relevancia de esas actuaciones y la objetividad que se les exige. El debate se ha suscitado de manera particularmente aguda en los Estados Unidos como correctivo a los procesos de privatización hace tiempo allí emprendidos³⁴, que se ha vis-

³⁴ Una exposición general puede encontrarse en la séptima edición del manual de los profesores Jerry L. MASHAW / Richard A. MERRILL, *Administrative Law. The American Public Law System*, West Academic Publishing, St Paul, MN, 2014, en especial el capítulo «Remedies, Accountability and Privatization Implementation», págs. 1502 y ss.; esta séptima edición cuenta con la colaboración de los profesores P. M. SHANE / M. Elizabeth MAGILL / Mariano Florentino CUÉLLAR / Nicholas R. PARRILLO.

to necesitan de mecanismos de aseguramiento y garantía³⁵. También en el Reino Unido este concepto ha cobrado un gran protagonismo, al filo de las transformaciones que se registran en la órbita pública y su nueva correlación con la sociedad y el sector privado³⁶.

El de la *accountability* es un término polisémico que podría traducirse por rendición de cuentas (de informes, *account*), pero que en la órbita anglosajona tiene muchas manifestaciones, que abarcan desde la transparencia hasta el control judicial. En cualquier caso, la noción tiene interés para nosotros pues ofrece un frente de desarrollo para las fórmulas de la Administración garante que se proyectan en dos direcciones. La primera es la dirección vertical, que es la que tradicionalmente se conecta con la relación jerárquica: la rendición de cuentas y resultados de los órganos inferiores ante los superiores. Este tipo de rendición de cuentas no ha suscitado particular interés entre nosotros por cuanto se consideraba del todo natural en el marco de las relaciones de jerarquía entre órganos administrativos. Pero en los últimos tiempos se abre un nuevo frente en la rendición de cuentas, un frente que podemos llamar horizontal, que comporta la rendición de cuentas directamente ante la sociedad, ante los ciudadanos. La apertura de ese frente tiene motivaciones diversas que van desde la lucha contra la corrupción hasta las reivindicaciones de una democracia directa —superadora en lo posible de las limitaciones de la democracia representativa— que requiere de un conocimiento por parte de los ciudadanos de la gestión de los asuntos públicos. Las recientes leyes en materia de transparencia que se han dictado en diversos Estados europeos —en nuestro caso, la «Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno»³⁷— abren este frente horizontal en la rendición de cuentas, acceso a la información y transparencia directamente frente a los ciudadanos, manteniéndose, por supuesto, la tradicional rendición de cuentas de los órganos superiores ante los superiores en el marco de las relaciones de jerarquía.

La proyección garante que este nuevo frente abre sobre sujetos privados que ejercen funciones de relevancia pública se advierte en la extensión a ellos de las exigencias de la legislación de transparencia y acceso a la información. Se confirma aquí una clara tendencia expan-

³⁵ R. S. GILMOUR / L. S. JENSEN, «Reinventing Governmental Accountability: Public Functions, Privatization, and the Meaning of State Action», en *Public Administration Review*, núm. 58, 1998.

³⁶ Vid. N. BAMFORTH / P. LEYLAND (eds.), *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford University Press, 2013.

³⁷ Sobre ella, E. GUICHOT (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos-Instituto García Oviedo, Madrid, 2014.

siva de las exigencias propias del Derecho público no ya sólo sobre las Administraciones y agencias públicas, sino, más allá de ellas, sobre sujetos privados que desarrollan actividades de interés público. Así, la citada Ley 19/2013, sobre transparencia y acceso a la información pública, sitúa entre los sujetos obligados a las exigencias de transparencia a las personas privadas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas. Se advierte aquí la secuencia característica que en diversos frentes está configurando, mediante la legislación y la actividad administrativa, ese sistema garante: en un primer movimiento se entrega al sector privado la gestión de toda una serie de servicios en régimen de mercado —fuera de los esquemas concesionales que presuponen la titularidad pública— y también de potestades administrativas, como hemos tenido ocasión de comprobar con relación a la regulación y control de riesgos que desplaza o transforma la noción de policía. Pero en un segundo movimiento, que en algunos sectores todavía no se ha producido pero que tendrá que realizarse de algún modo, se extienden a estos sujetos los trazos fundamentales del marco jurídico, inequívocamente público, en el que esos servicios y potestades se desarrollaban antes de su transferencia al sector privado³⁸. Comprobamos ahora esa secuencia con la extensión a particulares que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas de las reglas de transparencia y acceso a la información que se aplican a las Administraciones públicas.

3. *Aplicación del Derecho público y sus principios a sujetos privados*

Pero no sólo la transparencia y la rendición de cuentas (*accountability*) se aplican a sujetos privados que ejercen funciones públicas. Otras reglas y principios del Derecho público les serían de aplicación. Éste es el resultado de un debate que se ha dado en toda la cultura jurídica occidental en las dos últimas décadas ante la recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad y la transferencia a sujetos privados de cometidos que antes se desarrollaban en la órbita pública, unos cometidos que comprenden incluso las funciones de autoridad³⁹.

³⁸ Una extensión de los principios del Derecho público se produce ya mediante el control de los tribunales administrativos y tribunales de cuentas. Vid. al respecto, recientemente, el sugestivo planteamiento comparatista que ofrecen V. PARISIO / V. AGUADO I CUDOLÀ (eds.), *Services of general economic interest, Administrative Courts and Courts of Audit*, Giuffrè Editore, Milán, 2014.

³⁹ Vid. al respecto D. CANALS I AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Comares, Granada, 2003.

El debate se ha trabado igualmente en los Estados Unidos de América, planteándose también la naturaleza de las funciones que son susceptibles de delegación a sujetos privados.

Afloran entonces las dos posturas que impone la lógica en este tema. Una es la posición categórica en la medida en que se apega a las concepciones y categorías más tradicionales y firmes. Desde ella se niega que los particulares puedan ostentar lo que algunos autores identifican como *decisional authority* con efectos vinculantes generales. Una realidad muy similar a la que entre nosotros se quiere caracterizar como funciones de autoridad, o ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Quienes sustentan esta postura mantienen que este tipo de funciones no son susceptibles de delegación⁴⁰.

La otra postura, más realista y efectiva en cuanto a su desarrollo, es considerar la actividad de los particulares que comporta *decisional authority* como actividad pública, administrativa, *state action*, sujeta por tanto a las reglas y doctrinas del Derecho público, incluyendo su revisión judicial⁴¹. Entre los valores característicos del Derecho administrativo que se señalan como aplicables a estas funciones públicas ejercidas por particulares destacan la transparencia, la participación y la *legal accountability*⁴². Una posición que, como habrá podido notarse, se sitúa en la línea que aquí se mantiene y desarrolla.

Se trata, en definitiva, de la aplicación, de la extensión del Derecho público a estas actuaciones de los particulares que comportan el ejercicio de funciones públicas y, también, a las actividades privadas que adquieren relevancia y efectos públicos. Un tema que tratamos sumariamente a continuación⁴³, pero del que debe significarse ya, como el propio debate en la doctrina norteamericana constata, que no puede producirse una aplicación plenaria del Derecho público, pues con ello se bloquearían las posibles aportaciones de la gestión privada en punto a eficiencia, innovación, flexibilidad, etc.⁴⁴. Han de aplicarse, adaptándolos, los principios y valores fundamentales del régimen público y

⁴⁰ Entre ellos, Harold KRENT, «The Private Performing the Public: Delimiting Delegations to Private Parties», *University of Miami Law Review*, núm. 65, 2010, págs. 507 y ss.

⁴¹ Ésta es la postura —asumida luego por otros muchos— de Robert S. GILMOUR / Laura S. JENSEN, «Reinventing Governmental Accountability: Public Functions, Privatization, and the Meaning of State Action», 58 *Public Administration Review*, 1998.

⁴² Sobre este concepto, su evolución y sus frentes de desarrollo, M. DOWLE (ed.), *Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences*, 2006.

⁴³ Para mayor detalle y desarrollo, vid. mi artículo «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012.

⁴⁴ En este sentido, K. A. BAMBERGER, «Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking and Accountability in the Administrative State», 56 *Duke Law Journal*, 377, 2006.

no necesariamente todos ellos⁴⁵, sino los que resulten más adecuados en atención al tipo de actividad de que se trate⁴⁶.

Las vías que se abren para la extensión del Derecho público son fundamentalmente dos. Una es la que podemos llamar objetiva, y que conduce a la aplicación del Derecho público a ciertas relaciones entre particulares cuando se ejercitan funciones públicas. La otra es la vía subjetiva, que conlleva el otorgamiento de un cierto estatus público a sujetos privados que ejercen funciones públicas. Resulta muy significativo que se transite por una u otra vía, según sea la cultura jurídica en la que nos situemos, para acceder a un mismo sector. Uno de esos sectores es el de la inspección y control técnico por razones de seguridad, que se ha transferido a sujetos privados. Así, la aplicación a este sector de las normas de Derecho público en la órbita anglosajona se produce por entender los tribunales, en importantes decisiones relativamente recientes, que a ciertos segmentos de la actividad y relaciones jurídicas de estos sujetos les resultan de aplicación las normas de Derecho público. Los sujetos privados que realizan allí estas actividades tienen la consideración de particulares, pero determinadas actuaciones se someten al Derecho público para garantizar los intereses generales en juego, sobre todo los relativos a la seguridad. En cambio, en la órbita germánica se ha seguido la vía subjetiva de extensión del Derecho público que comporta la atribución a los sujetos privados que ejercen funciones públicas de un estatuto público, hasta el punto de otorgarles la condición de Administración pública cuando ejercen esas funciones. Esta categoría de sujetos privados habilitados (*Beliehene*) para el ejercicio de funciones públicas se ha expandido extraordinariamente en los últimos años, lo que resulta muy indicativo de la amplitud del traslado de cometidos de relevancia pública a sujetos privados. La extensión a ellos de un régimen de Derecho público es, inequívocamente, un medio de garantía de la atención de los intereses generales.

Pero esta aplicación del Derecho público debe dimensionarse de inmediato. No tendría sentido una aplicación plenaria y exhaustiva del Derecho público, pues de ser así lo conveniente sería permanecer en la órbita subjetiva de la Administración. La lógica y justificación del traslado de funciones y cometidos al sector privado es porque de ese modo se espera obtener eficacia en la gestión, reducción de costes, conoci-

⁴⁵ Jody FREEMANN, «Extending Public Law Norms Through Privatization», 116 *Harvard Law Review*, 1285, 2003.

⁴⁶ D. CANALS I AMETLLER, «Principios, reglas y garantías propias del Derecho público en la prestación privada de servicios de interés general», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 158, 2013, págs. 129 y ss.

miento experto, adaptación tecnológica y otras supuestas ventajas. La aplicación del Derecho público sólo resulta razonable si se produce de manera puntual y acotada en aquellos aspectos en los que los intereses generales se ven afectados. Habría también que valorar entonces si esos intereses no quedan convenientemente protegidos por el Derecho privado. También se podrían considerar los costes que comporta la aplicación del Derecho público por si pudieran resultar manifiestamente desproporcionados; sería, en cualquier caso, una cuestión a ponderar.

VI. LOS DESARROLLOS ORGANIZATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN GARANTE

La nueva dimensión garante de la Administración tiende también a dejar su impronta en la organización administrativa. Aunque, obviamente, no podemos entrar aquí en detalles, sí que conviene destacar las tendencias principales que se advierten. Son varias y diversas, pero todas ellas creo que pueden agruparse a efectos expositivos en torno a dos tendencias fundamentales. Una es la orientación hacia la eficacia y la valoración de resultados. Otra es la creciente conexión de la organización administrativa con el sector privado.

1. *La tendencia a la eficacia y valoración de resultados*

Como ya se ha destacado, el Estado garante, y la Administración que le sirve, reparan en los fines, en los objetivos. Este planteamiento es muy claro en el que es su gran reto: mantener los fines y objetivos del Estado social aunque para ello deba transformarse profundamente su estructura instrumental. Los resultados, los logros, las prestaciones, la eficiencia⁴⁷, es lo que se valora prioritariamente en la Administración garante, y ello tiene una serie de consecuencias en el plano organizativo.

La primera es el reconocimiento de una amplia capacidad de elección por las fórmulas organizativas apropiadas —lo que se ha dado en llamar *institutional choice*— y que habría de propiciar una mayor oferta de fórmulas por parte del legislador y una mayor imaginación en la combinación de las existentes.

⁴⁷ En el Reino Unido se hizo famosa la frase del que fuera primer ministro, Tony Blair: «what counts is what works». Una frase que, en la Introducción a la obra por ellos dirigida, recuerdan N. BAMFORTH / P. LEYLAND (eds.), *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford University Press, 2013.

La valoración de los resultados postula la individualización y autonomía, en su sentido más elemental, de las unidades de la organización administrativa para identificar así las que alcanzan objetivos estimables y las que se muestran menos eficaces para promover en su caso la reasignación de competencias y funciones. Aquí se deja sentir la influencia de algunas soluciones que se han ensayado en el campo de la regulación de servicios de carácter económico y en las *public utilities*, que es, como ya se ha destacado, un importante frente de desarrollo y experiencias del Estado garante. Una de las técnicas allí adoptadas es la desagregación, la segmentación de actividades (*unbundling*) para aplicar a cada una de ellas el régimen más conveniente, entregando algunos segmentos de la actividad al mercado y manteniendo otros bajo la órbita pública por ser lo más conveniente a su naturaleza.

De manera particular, se pretende una clara separación entre competencias estratégicas, que se concretan en la fijación de objetivos, y competencias operativas, que comportan la decisión y gestión de los medios para alcanzarlos. De esa distinción se deriva una importante consecuencia, y es que las funciones estratégicas no son transferibles a sujetos privados, mientras que las funciones operativas sí pueden serlo. Éste es un criterio que se ha fortalecido recientemente en el Reino Unido, donde las corrientes privatizadoras han sido muy radicales, sobre todo con el impulso del llamado *New Public Management* (NPM), que ha llegado a tener manifestaciones más radicales como son el *DeepNPM* y el *PostNPM*, que han cristalizado en fórmulas novedosas, sobre todo en el ámbito sanitario, al amparo de la *Health and Social Care Act* de 2012⁴⁸. Así es como se crearon en el año 2013 los *Clinical Commissionary Groups* (CCG), integrados por expertos privados que marcan la estrategia y deciden sobre externalización de servicios y contratos con entidades gestoras privadas (*contracting out*). La iniciativa fue muy contestada y, finalmente, se disolvieron los CCG por entender que con ellos se estaba externalizando la función estratégica y la facultad de exigir la rendición de cuentas (*accountability*), una función que en modo alguno se puede externalizar (*statutory bodies are accountable, they cannot outsource this accountability*⁴⁹).

Esta resuelta preferencia por los resultados y su valoración, con las consecuencias que se han apuntado en el plano organizativo, suscita algunas cuestiones que pueden ser objeto de debate.

⁴⁸ A. C. L. DAVIES, «Beyond New Public Management: Problems of Accountability in the Modern Administrative State», en *Accountability in the Contemporary Constitution*, cit., págs. 333 y ss.

⁴⁹ A. C. L. DAVIES, «Beyond New Public Management...», cit., pág. 342.

Una de ellas es la que afecta a la técnica de la jerarquía administrativa, que, obviamente, se ve muy cuestionada con estos modelos que postulan la separación y autonomía de las unidades administrativas, que no se ven así insertadas en una misma línea jerárquica y de mando. No se aprecian aquí inconvenientes graves, puesto que la técnica organizativa de la jerarquía no es un elemento estructural y necesario de la Administración ni una exigencia constitucional inequívoca. Otras fórmulas son posibles y algunas podrían recuperar los aspectos más útiles y positivos de la jerarquía.

Pero hay otra objeción más difícil de salvar, que es la erosión de las exigencias procedimentales y de participación que se produce por la imposición de los objetivos de eficacia y resultados. Aquí sí hay elementos nucleares que afectan a la propia legitimación de las decisiones adoptadas y exigencias claras en la legislación básica que no se pueden soslayar.

2. *La conexión con el sector privado*

La otra gran tendencia en el plano organizativo que se apunta con la Administración garante es la conexión con el sector privado. También por este lado se ve cuestionada la jerarquía administrativa, que ha de ceder paso a las fórmulas de colaboración. Por lo demás, la jerarquía no es técnica organizativa que resulte de aplicación sobre los particulares, menos aún para persuadirlos de que orienten su actividad hacia objetivos de interés público.

Esta tendencia organizativa tiene dos líneas de desarrollo fundamentales. Una es la de las fórmulas de colaboración público-privada que normalmente tienen una base contractual⁵⁰ y que pueden cristalizar en fórmulas organizativas. La otra es la formación de redes que tienen su principal área de aplicación en el plano local y el entorno de la Administración municipal. Es precisamente ahí donde las organizaciones en red muestran una mayor capacidad para acometer objetivos de asistencia social propios del Estado social y donde la Administración local puede asumir un protagonismo garante, que no excluye el prestacional, promoviendo y orientando la actividad de los particulares hacia la consecución de esos objetivos. Se han dado así positivas experiencias en la

⁵⁰ A destacar la vía abierta por los llamados encargos *in house* para servicios locales. Sobre ellos, B. NOGUERA DE LA MUELA, «Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 182, 2010.

lucha contra la pobreza, la asistencia social o la dependencia, con redes en el ámbito local que integran municipios, entidades del tercer sector y empresas privadas⁵¹.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El modelo de Estado garante se concibe como alternativa al Estado y la Administración prestacional que ha sido la estructura instrumental de realización del Estado social y cuyos elevados costes hacían difícilmente sostenible ese objetivo. El Estado garante es así el resultado de un movimiento estratégico por el que éste se repliega a una posición en la que su principal responsabilidad no es la de prestación, sino la responsabilidad de garantía de esas prestaciones por un sector privado que se ha fortalecido y racionalizado en los últimos tiempos.

Las realizaciones efectivas del modelo así diseñado son, como hemos podido comprobar, limitadas. El Estado garante no es un nuevo paradigma que articule y dé un nuevo sentido a la actividad y organización pública, pero la idea ha tenido plasmaciones relevantes, sobre todo en el plano administrativo. La Administración garante se configura así fundamentalmente como un nuevo tipo de actividad administrativa. Una actividad que no se desarrolla sólo como alternativa a la actividad prestacional, sino que tiene una orientación transversal, proyectándose sobre las áreas de cruce de lo público y privado en sus dos direcciones: en la descendente, que traslada funciones y cometidos desde el Estado a la sociedad; en la ascendente, que dota de significación pública a referencias y actuaciones de génesis privada. Ello evidencia que el Estado garante, y otras concepciones novedosas con similar orientación, se gestan en la recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad que se produce en las dos últimas décadas. Una recomposición que deja su impronta también en el plano organizativo, en el que cristalizan nuevas fórmulas de relación y colaboración del sector público y el privado.

⁵¹ Una de las primeras experiencias, muy valorada y estudiada, fue la de Hamburgo en 1993, con sus medidas organizativas en red en el programa de lucha contra la pobreza. Una experiencia que estudia G. F. SCHUPPERT, *Verwaltungsorganisation und Verwaltungssorga*, vol. I, C. H. Beck, Múnich, 2006, págs. 995 y ss.

