

La administración de recursos escasos



LUIS Arroyo

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Cátedra Jean Monnet de Derecho Administrativo Europeo y Global. Universidad de Castilla-La Mancha

Como parte de la clausura del Máster Internacional de Empresa y Políticas Públicas [MIEPP], el profesor Luis Arroyo ofreció una conferencia en este III Foro Global de Ingeniería y Obra Pública, acompañado por Víctor Gómez Frías y Vicent Spenlehauer, codirectores del MIEPP

La gestión de la escasez es una de las tareas más tradicionales de la Administración, que se enfrenta a la adjudicación de recursos escasos en situaciones de concurrencia en los ámbitos materiales más diversos: del otorgamiento de licencias y concesiones para la prestación de servicios de transporte, al de cuotas de emisión a la atmósfera de gases contaminantes; de la asignación de bienes y derechos patrimoniales, a la concesión de títulos habilitantes para el uso de bienes e infraestructuras demaniales; del otorgamiento de ayudas y subvenciones, a la selección de contratistas y funcionarios; de la adjudicación de plazas en centros docentes, en fin, a la gestión de infraestructuras culturales de titularidad pública.

La investigación

La adjudicación de recursos escasos se ha estudiado desde disciplinas diferentes, entre las que destacan la economía, la teoría política y el Derecho [1]. El análisis jurídico o regulatorio de esta materia ha tenido un carácter fundamentalmente sectorial. Desde hace una década, sin embargo, en diversos países se ha comenzado a estudiar desde una perspectiva horizontal o transversal, con el objeto de perfilar una teoría general de la adjudicación administrativa. Esta línea de investigación es producto de la aparición, en diferentes lugares de Europa y Norteamérica y en un lapso de tiempo relativamente corto, de una intuición colectiva que puede formularse en los términos siguientes. A pesar de que el régimen aplicable a la adjudicación administrativa de recursos escasos tiene un carácter eminentemente sectorial, el hecho de que la Administración ejerza en todos esos ámbitos una misma función, consistente en adjudicar recursos escasos en situaciones de concurrencia, tiene como consecuencia que algunos elementos de su régimen jurídico (procedimiento, criterios, decisión, tutela)

tiendan a converger [2]. Se trataría de una nueva confirmación de un viejo principio: el régimen jurídico de las técnicas e instrumentos de intervención pública no viene determinado tanto por su naturaleza, sino también (y, quizás, principalmente) por la función regulatoria que despliegan.

Para verificar esta hipótesis y analizar sus posibles desviaciones, esta línea de investigación se ha concretado en tres tipos de estudios: en primer lugar, análisis deductivos o top-down que, partiendo de los principios reflejados en las Constituciones de los Estados y en el Derecho de la Unión Europea, procuran identificar exigencias constitucionales características de esta modalidad de actuación administrativa [3]; en segundo lugar, análisis inductivos o bottom-up que, a la vista de las diversas ordenaciones sectoriales aplicables a la adjudicación de distintos recursos escasos, obtienen por abstracción pautas regulatorias comunes para analizarlas críticamente [4]; y, en tercer lugar, análisis comparados del régimen aplicable en diversas jurisdicciones occidentales que nos permiten ampliar considerablemente la muestra de análisis [5].

Los resultados

Los resultados alcanzados hasta la fecha se pueden resumir a partir de las dos consideraciones siguientes. Por un lado, es posible observar un alto grado de diversidad regulatoria en las áreas señaladas, lo cual parece razonable por varios motivos. En primer lugar, el objeto del recurso de cuya adjudicación se trata es muy diferente en todas ellas (contratos, licencias, prestaciones, dinero, etc.) y ello determina, como es obvio, diferencias en cuanto a su regulación. En segundo lugar, el fundamento último de la limitación del número de derechos y las propias estrategias de regulación son diferentes en cada caso: en ciertas ocasiones sólo hay un derecho por adjudicar (un contrato de

obra), mientras que en otras hay un número limitado de recursos (licencias de taxi); en unos casos la limitación sirve a la prevención frente a la sobreexplotación del recurso (derechos de emisión), mientras que en otro el objetivo regulatorio es, precisamente al contrario, garantizar la optimización de la explotación del recurso (radiofrecuencias).

Por otro lado, sin embargo, la regulación de la adjudicación de recursos escasos presenta un cierto grado de convergencia que nos ha permitido confirmar parcialmente la hipótesis de partida. Con todo, es interesante destacar que esta homogeneidad regulatoria tiene carácter diferenciado en el sentido de que la convergencia tiene grados distintos según cuál sea el aspecto de la regulación aplicable en el que nos centremos.

Es posible encontrar, en primer término, un grado de homogeneidad reducido en relación con los criterios de adjudicación (capacidad, necesidad, subasta, sorteo, prioridad temporal, prorata, etc.), lo cual se explica en cuanto que estos criterios han de ser necesariamente diferentes en función del objeto del recurso y de las estrategias regulatorias sectoriales (podemos subastar contratos, pero no plazas de funcionario). Lo mismo sucede con la apertura de mercados secundarios derivados del reconocimiento del derecho a enajenar el recurso adjudicado: mientras que en algunos casos el mercado secundario está prohibido (por ejemplo, la transmisión de capacidad de infraestructura ferroviaria), en otros su aparición es, precisamente, la razón de ser de la creación del sistema (por ejemplo, la comercialización de derechos de emisión).

En segundo lugar, puede observarse un grado de convergencia intermedio en relación con la decisión de crear el sistema de limitación del número de derechos. En este contexto hay que distinguir entre dos grupos de casos según que el recurso a adjudicar tenga o no relevancia constitucional: cuando la tiene (por ejemplo, las autorizaciones de actividades económicas), la decisión de limitar el número de derechos está sujeta a un sistema de justificación constitucional que no se aplica en otro caso (por ejemplo, a la decisión de acudir a medios técnicos de la Administración en lugar de licitar un contrato de obras o servicios).

En tercer lugar, la homogeneidad regulatoria es particular y sorprendentemente elevada en lo que respecta a los procedimientos de adjudicación. Por un lado, en todos estos ámbitos el procedimiento suele tener carácter multipolar, de forma que en él intervienen la Administración y varios licitadores con pretensiones incompatibles. Por otro lado, es frecuente la aparición de instrumentos que, bajo las más diversas denominaciones (pliegos, bases, convocatorias, etc.) terminan de perfilar el programa de adjudicación para reducir el espacio de discrecionalidad que la Administración ha de ejercer en la decisión final. Por último, estos procedimientos suelen tener una configuración secuencial común: se inician con una convocatoria, a la sigue una fase de admisión, y finalizan con una decisión administrativa que, en función de cuáles sean el objeto del recurso y los criterios de adjudicación, puede ser bien de selección de unos licitadores frente a otros (por ejemplo, la adjudicación priorizada de capacidad de infraestructura ferroviaria), o bien de reparto entre todos los interesados (por ejemplo, la prorata de una subvención).

Es también elevado el grado de convergencia a propósito de las posibilidades y técnicas de tutela de los derechos de los licitadores que vieron desestimadas sus solicitudes. El motivo reside en que las decisiones de adjudicación tienen un alto grado de estabilidad porque, como regla general, suele ser difícil dar marcha atrás una vez adjudicado el recurso (por ejemplo, un contrato de obra o una plaza en un centro universitario). Ello conduce a que las posibilidades de restitución disminuyan en favor de mecanismos de compensación (responsabilidad patrimonial), así como al establecimiento de trámites procedimentales dirigidos a prevenir el error antes de que llegue a adoptarse la decisión final (adjudicaciones provisionales, propuestas de resolución, etc.).

Valoración y retos

Una teoría general de la adjudicación administrativa de recursos escasos como la descrita nos ayuda a comprender mejor la regulación sectorial porque revela el fundamento de alguno de sus rasgos característicos (por ejemplo, del alcance y límites de la obligación de tramitar procedimientos competitivos). También nos permite analizar críticamente el régimen

aplicable a cada recurso, identificando soluciones inconsistentes o sistemáticamente inadecuadas. Por la misma razón, es útil de cara a la mejora de la regulación sectorial, puesto que ofrece una paleta de medidas regulatorias que podemos trasplantar de un sector a otro, tanto a la hora de reformar la legislación aplicable a un recurso, como al resolver los casos planteados ante los jueces y tribunales. Los ejemplos de operaciones de este tipo van desde la adjudicación de programas de actuación integrada a la concesión de autorizaciones de juego, pasando por la asignación de licencias de telecomunicaciones.

De cara al futuro, sin embargo, es necesario afrontar nuevos retos. Ante todo, debemos replicar (y completar) algunos de los estudios (especialmente sectoriales) realizados hasta la fecha. Es preciso, además, profundizar en supuestos cuya regulación parece especialmente problemática (desde luego los contratos públicos, pero también las licencias de taxi, de vehículos con conductor y de apertura de oficinas de farmacia). Por último, también con esto va a barrer la inteligencia artificial. Los algoritmos de aprendizaje automático contienen una promesa muy atractiva de mejora de las decisiones administrativas de adjudicación, tanto en términos de eficiencia como de equidad. Sin embargo, también plantean problemas notables, como el de los déficits de transparencia y motivación a posteriori [6], que son particularmente relevantes cuando quien los emplea no es una empresa sino la Administración. Y es que no podemos renunciar a exigir a los poderes públicos rindan cuentas de sus decisiones.

Referencias

- [1] G. Calabresi y P. Bobbitt, *Tragic choices*, 1978; J. Elster, *Local Justice*, 1992.
- [2] L. Arroyo Jiménez, *La administración de los recursos escasos*, *InDret* 1/2015.
- [3] F. Wollenschläger, *Verteilungsverfahren*, 2010; L. Arroyo Jiménez y D. Utrilla (dirs.), *La administración de la escasez*, 2015; P. Adriaanse, F. van Ommeren, W. den Ouden y J. Wolswinkel (eds.), *Scarcity and the State I*, 2016; K. G. Young, *Rights and Queues: Distributive Contests in the Modern State*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 55-2, 2016.
- [4] F. Wollenschläger, *Verteilungsverfahren*, 2010; F.J. van Ommeren, W. den Ouden, C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, 2011; L. Arroyo Jiménez y D. Utrilla (dirs.), *La adjudicación administrativa de recursos escasos*, 2017, en prensa.
- [5] P. Adriaanse, F. van Ommeren, W. den Ouden y J. Wolswinkel (eds.), *Scarcity and the State II*, 2016.
- [6] S. Wachter, B. Mittelstadt y L. Floridi, *Transparent, explainable, and accountable AI for robotics*, *Science Robotics* 2, 31.05.2017.