

# THE CONVERSATION

Rigor académico, oficio periodístico



Rawpixel.com / Shutterstock

## 'Lobbies', buen gobierno y buena administración: un reto para nuestra democracia

9 enero 2020 21:45 CET

La Gran Recesión iniciada en 2007-2008 ha traído un extraordinario incremento de la desigualdad en los últimos años, en la que los *lobbies* tienen su papel reconocido, tanto en el mundo en general (Oxfam informa de que 62 personas disponen de la riqueza equivalente a la mitad de la población mundial, mencionando expresamente el papel de los *lobbies*) como en España en particular, país donde las 20 personas más ricas poseen tanto como el 30% más pobre de la población, casi 14 millones de personas.

De acuerdo con estudios de la ONG Global Justice Now, las 25 corporaciones que más facturan superan el PIB de numerosos países: por ejemplo, la facturación de Walmart supera el monto de los presupuestos generales del estado de España.

En definitiva, la Gran Recesión, la desigualdad y esta potencia de los intereses económicos nos devuelven a los clásicos problemas de la corrupción, la oligarquía, la plutocracia y el correcto funcionamiento de la democracia y el papel de la ciudadanía.

Voy a considerar aquí dos elementos de mejora del sistema, sobre la base de dos recientes estudios publicados, uno respecto al derecho a una buena administración y otro incluyendo un análisis

### Autor



**Julio Ponce Solé**

Catedrático de Derecho Administrativo,  
Universitat de Barcelona

empírico del comportamiento de los *lobbies* en España.

En primer lugar, hay que destacar cómo el derecho a una buena administración –previsto en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, implícitamente en la Constitución española (arts. 9.3, 31.2, 103.1) y explícitamente en diversos estatutos de Autonomía de última generación y leyes vigentes y protegido por la jurisprudencia– supone un trascendental cambio de paradigma en las relaciones entre los ciudadanos y el poder y exige la publicidad de los encuentros entre autoridades públicas y *lobbies*.

En segundo lugar, debe señalarse cómo ese derecho a una buena administración puede hacerse efectivo mediante la exigencia de una constancia escrita de los encuentros informales celebrados con *lobbies* antes o durante la elaboración de normas por el gobierno: la denominada huella legislativa, un registro documental de las actividades informales de los grupos de interés en relación al procedimiento de elaboración de reglamentos y proyectos de ley exigida desde la UE y la OCDE.

### **El derecho a la debida diligencia o debido cuidado**

El derecho a una buena administración pone fin al paradigma dominante tradicional en el Derecho público español, que sostenía la indiferencia del núcleo discrecional para el Derecho.

Con las obligaciones de buena administración que se derivan de este derecho, ya no hay libertad omnímoda de elección entre alternativas indiferentes para el derecho cuando hay discrecionalidad para decidir políticas públicas (regulatorias, planificadoras, en materia de subvenciones, de contratación, etc.).

No hay posibilidad de hacer no importa qué, no importa cómo. La discrecionalidad no es arbitrariedad y debe ser buena administración. Las decisiones negligentes o corruptas no nos pueden ser indiferentes.

En el siglo XXI, el Derecho público puede y debe contribuir a la buena administración, a la prevención de la mala administración y de la corrupción, y a la reacción contra éstas sin eliminar, eso sí, la legítima elección entre alternativas en base a criterios no jurídicos.

En ese sentido, si, como ha sido dicho, del paradigma de la burocracia weberiana se pasó al de la nueva gestión pública y de éste al de la gobernanza, en la actualidad todos los desarrollos internacionales apuntan a un nuevo paso hacia el buen gobierno y la buena administración (véase *Public Administration after New Public Management*, OCDE, 2010).

En esta nueva fase, el papel del control judicial en la protección del derecho a una buena administración es crucial.

Es preciso tomar consciencia de la revolución silenciosa que ha tenido lugar en la jurisprudencia europea, de las salas de lo contencioso del Tribunal Supremo español y de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA.

Éstas, con toda naturalidad, han pasado en los últimos años de controlar la discrecionalidad basándose meramente en el principio de interdicción de la arbitrariedad, entendido como ilegalidad de lo no motivado y de lo irracional, a un control más sutil y exigente, comprobando la diligente ponderación de alternativas e intereses implicados y una motivación que no sólo exista y sea racional, sino además suficiente y congruente con el expediente (contamos ya con un análisis de esta jurisprudencia, con 84 sentencias analizadas).

En ese sentido, la labor judicial tiene ante sí el reto de garantizar la buena administración estableciendo un estándar de diligencia en el debido cuidado de la ponderación administrativa en cada caso, a falta, aún en España, de un estándar normativo general, que sí existe en otros países y en el sector privado para la diligencia de un administrador (Ley de Sociedades de Capital, modificada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, arts. 225 y 226).

El Tribunal Constitucional ha señalado que la diligencia exigible a un gestor público es superior a la del gestor privado, puesto que se trata de una diligencia cualificada, ya que “el gestor de fondos públicos está obligado a una diligencia cualificada en la administración de los mismos, que es superior a la exigible al gestor de un patrimonio privado” (Sentencia 16/2004, de 29 de julio). Siendo preciso lo que se ha venido denominando como “agotar la diligencia” como afirma la 4/2006, de 29 de marzo, entre otras.

## **Un análisis empírico de la acción de los lobbies**

La defensa y promoción de la buena administración en el futuro van a requerir un diálogo y colaboración entre el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial y un despliegue de numerosas técnicas jurídicas, económicas y de gestión y que sólo en parte han sido incorporadas en la nueva generación de leyes de transparencia y buen gobierno dictadas desde 2013: desde la mejora regulatoria hasta el reforzamiento de los controles externos no judiciales de la administración, pasando por la transparencia como herramienta para la buena administración o el papel de las Cartas de Servicios que fijan estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos.

Pero ahora interesa centrarse en la regulación de los lobbies.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha destacado en una sentencia de 12 de junio de 2014, que involucraba a gigantes como Microsoft y Dell, que cuando la Administración se reúne informalmente debe dejar constancia escrita de ello en el expediente de la toma de la decisión, como exigencia del derecho a una buena administración.

En el caso español, el reciente estudio empírico antes aludido, centrado en Cataluña, ha demostrado mediante un enfoque cualitativo (entrevistas) y cuantitativo –con un análisis de casi 7.000 reuniones y, de entre las referidos a elaboración de normas, selección de 7 casos que se analizan en detalle– que ello no está ocurriendo en el día a día de la elaboración de normas por el Gobierno. Por ello, es preciso abogar por una mejor regulación de la exigencia de una huella normativa (que sólo ahora empieza a ser incluida en legislaciones autonómicas muy recientes como la aragonesa de 2017, la Navarra y la valenciana de 2018) por una futura legislación estatal.

## **De perseguir la corrupción a prevenirla**

En fin, todo lo dicho nos permite detectar la necesidad de generar un nuevo pensamiento y lenguaje en torno a la buena administración. Un nuevo lenguaje que ya fue necesario en el siglo XVIII tras la revolución francesa, el establecimiento del principio de legalidad y la labor desarrollada de limitación del poder público, como nos recordó en su día el profesor Eduardo García de Enterría.

Un nuevo lenguaje que deberá construirse en el siglo XXI, el siglo de la buena administración, puesto que el Derecho, en el concierto de las ciencias sociales, no puede, no debería, renunciar a su parte de responsabilidad en la garantía de la calidad de lo público en el marco de un estado social y democrático de Derecho que funcione y no sea fallido.

## **La revolución digital requiere un nuevo contrato social**

## **Por qué un Ministerio de Inteligencia Artificial no es una idea descabellada**

## **Día mundial de la filosofía: por qué necesitamos más que nunca una ética para la política**

## **Caminante, sí hay camino**

