

# LA PANDÈMIA DE LA COVID-19 I LES LLIÇONS PER AL DRET ADMINISTRATIU: LA FALLIDA DE L'ESTAT GARANT I LES EXIGÈNCIES DEL BON GOVERN I DEL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ

**Juli Ponce-Solé**

*Catedràtic de dret administratiu*

*Universitat de Barcelona*

ORCID 0000-0001-9030-3301

*jponce@ub.edu*

## **Resum**

La gran recessió econòmica i la pandèmia de la COVID-19 han revelat que el model de l'anomenat *estat garant* no ha complert les expectatives que havia generat. Cal, llavors, un retorn de les administracions públiques per a fer realitat l'estat social prestacional democràtic i de dret. Per a això, calen administracions robustes i atentes al compliment de les seves obligacions jurídiques de bon govern i bona administració. Compliment en el qual els òrgans de la jurisdicció contenciosa tenen un paper rellevant mitjançant el seu control. L'objectiu d'aquest treball, que segueix una metodologia jurídica, és analitzar els aspectes esmentats, incloent-hi les tècniques judicials per a fer realitat el dret a una bona administració.

**Paraules clau:** gran recessió, pandèmia, estat garant, estat social, dret a una bona administració, control judicial.

## THE COVID-19 PANDEMIC AND THE LESSONS FOR ADMINISTRATIVE LAW: THE FAILURE OF THE GUARANTOR STATE AND THE DEMANDS OF GOOD GOVERNANCE AND THE RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION

## **Summary**

The great economic recession and the covid-19 pandemic have revealed how the model of the so-called *guarantor state* has not fulfilled the expectations it had generated. A return of the public administrations is therefore necessary to make the social, democratic and welfare state a reality. To this end, robust administrations attentive to the fulfillment of their legal obligations of good governance and good administration are needed. Compliance in which judicial review has a relevant role. The objective of the work, which follows a legal methodology, is to analyze the aforementioned aspects, including judicial techniques to enforce the right to good administration.

**Keywords:** great recession, pandemic, guarantor state, social state, right to good administration, judicial control.

LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y LAS LECCIONES PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL FRACASO DEL ESTADO GARANTE Y LAS EXIGENCIAS DEL BUEN GOBIERNO Y EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

**Resumen**

La gran recesión económica y la pandemia del COVID-19 han revelado que el modelo del llamado *estado garante* no ha cumplido las expectativas que había generado. Se precisa, entonces, un retorno de las administraciones públicas para hacer realidad el estado social prestacional democrático y de derecho. Para ello, son necesarias administraciones robustas y atentas al cumplimiento de sus obligaciones jurídicas de buen gobierno y buena administración. Cumplimiento en el que los órganos de la jurisdicción contenciosa tienen un papel relevante mediante su control. El objetivo de este trabajo, que sigue una metodología jurídica, es analizar dichos aspectos, incluyendo las técnicas judiciales para hacer realidad el derecho a una buena administración.

**Palabras clave:** gran recesión, pandemia, estado garante, estado social, derecho a una buena administración, control judicial.

LA PANDÉMIE DE COVID-19 ET LES LEÇONS POUR LE DROIT ADMINISTRATIF: L'ÉCHEC DE L'ÉTAT GARANT ET LES EXIGENCES DE LA BONNE GOUVERNANCE ET DU DROIT À UNE BONNE ADMINISTRATION

**Résumé**

La grande récession économique et la pandémie de COVID-19 ont révélé à quel point le modèle de l'état dit *garant* n'a pas répondu aux attentes qu'il avait suscitées. Ensuite, un retour des administrations publiques s'impose pour faire de l'état social démocratique et du droit une réalité. Pour cela, des administrations robustes sont nécessaires et attentives au respect de leurs obligations légales de bonne gouvernance et de bonne administration. Conformité dans laquelle les organes de la juridiction contentieuse ont un rôle pertinent par leur contrôle. L'objectif du travail, qui suit une méthodologie juridique, est d'analyser ces aspects, y compris les techniques judiciaires pour faire du droit à une bonne administration une réalité.

**Mots clés:** grande récession, pandémie, état garant, état social, droit à une bonne administration, contrôle judiciaire.

## 1. INTRODUCCIÓ: PANDÈMIA I BONA GESTIÓ PÚBLICA

En els últims anys, des de certs sectors doctrinals s'ha fet molt evident l'aposta pel que ha estat denominat *l'estat garant*, o també *regulador* (per exemple: Bahamonde, 2019; Esteve, 2015a; Esteve, 2015b). La idea d'*estat garant*, d'origen alemany, no exempta de discussió creixent també en aquell país (Bielung, 2009),<sup>1</sup> s'ha exposat com una reforma imprescindible de l'estat social i de les prestacions ofertes per aquest, i, a conseqüència d'aquest suposat nou model, s'ha postulat la retirada de l'Estat a una nova posició estratègica.

Dita àmplia retirada s'ha presentat com un punt mitjà just, raonable, assenyat, entre l'inevitable desmantellament de l'estat social i la suposada manca de sostenibilitat d'aquest. Les raons adduïdes per a una transformació d'aquesta profunditat, però, són, com a mínim, discutibles i, a vegades, simplement equivocades, perquè es basen en afirmacions mancades de base empírica. A més, les conseqüències d'aquesta transformació, lluny de ser un punt mitjà just, s'han revelat notablement negatives, tant en termes d'increment del sofriment de moltes persones com en termes del correlatiu (in)correcte funcionament del mercat, com hem experimentat durant les crisis viscudes en els últims anys amb la gran recessió (Bielung, 2009)<sup>2</sup> i la pandèmia de la COVID-19 (amb més deteniment del que aquí pot ser emprat, vegeu Ponce, 2021a).

Com aquestes dues crisis han tornat a posar en relleu, un estat prou robust és imprescindible per a la defensa dels interessos generals, de la sostenibilitat econòmica, social i ambiental, i dels drets de les persones, inclosos els drets subjectius socials reconeguts constitucionalment (sobre aquests drets i les obligacions jurídiques derivades, vegeu Ponce, 2021b). De fet, a voltes els mercats han tingut, i tenen, un funcionament defectuós (fallades del mercat) i no és correcte sostenir sense matisacions que els grups empresarials, incloent-hi potents fons d'inversió internacional que es troben darrere d'aquests mercats, hagin dut a terme, de manera completa, i tots ells, reformes en els seus processos d'autoorganització i autoregulació que els hagin conduït a una suposada eficiència privada que sempre existiria i seria superior a la pública, en tot cas.

En aquest context exposat, el mite de l'estat garant, al qual alguns donen suport, comportaria per al dret administratiu, entre altres coses, una aposta per l'autoregulació, que s'adjectiva de regulada (Darnaculleta, 2005), i una preferència per la privatització. En el primer àmbit, aquesta autoregulació, mal regulada, però, en la pràctica ha demostrat nombroses

1. Aquest autor destaca que la retirada de l'estat, l'acceptació de les privatitzacions i l'autoregulació han comportat nombrosos efectes socials negatius que, juntament amb la insatisfacció de treballadors i usuaris dels serveis de les companyies de serveis públics i la protesta social, estan portant a l'opinió estesa que l'estat garant ja no és capaç d'assegurar una prestació àmplia, fiable, d'alta qualitat i a un preu raonable, i cita en referència a això l'opinió d'Habermas.

2. Bielung indica que la gran recessió iniciada el 2008 ha representat l'acceptació social i política de la implicació estatal en les institucions financeres, les companyies d'infraestructures i fins i tot els grans grups industrials, amb el fantasma de la Gran Depressió dels anys trenta del segle passat rondant (p. 112 de la traducció a l'anglès).

deficiències, com assenyalava l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE) (2015), les quals han estat posades en relleu també per la Unió Europea en àmbits com el sector bancari (en el qual la mateixa Comissió Europea ha connectat la gran recessió amb la deficient autoregulació desplegada pels bancs; Comissió Europea, 2010) o l'esfera digital.<sup>3</sup>

D'altra banda, l'estat garant condueix igualment a una espècie de presumpció en favor de la privatització, atès que els seus partidaris parteixen del perjudici de la ineficàcia i la ineficiència, sempre i en tot cas, de les administracions públiques, enfront de la visió esbiaixada que també es té dels agents privats amb ànim de lucre, en positiu, ara, que serien sempre eficaços i eficients, suposadament. Això ja s'ha recalcat en el debat dels darrers anys sobre la remunicipalització a casa nostra (vegeu Ponce, 2016, on hem destacat la necessitat d'analitzar cada cas de manera curosa). Aquesta visió contrària sempre a la gestió pública queda desmentida fins i tot judicialment en posar-se en relleu, en realitat, els sobre costos i les ineficiències que la gestió privada pot arribar a comportar, com en l'àmbit sanitari ha posat de manifest la Sentència del Tribunal Suprem (STS) (Sala Contenciosa Administrativa) de l'1 de juliol de 2021.<sup>4</sup>

Deixant ara de banda les tensions a què ha estat sotmès el servei públic sanitari, afeblit per les retallades i per intents de gestió privada no sempre reeixits, altres sectors també mostren els problemes de funcionament del mercat en la realitat. Així, per exemple, cal esmentar el drama de les residències, àmbit on es van produir més de vint mil morts de persones grans durant la primera onada de la pandèmia, la primavera del 2020 (Rico, 2021). També cal al·ludir al gravíssim problema de l'absència d'habitatge assequible no segregat a les nostres ciutats (Ponce, 2019a), que genera el correlatiu impacte en la integritat física i psicològica dels nostres conciutadans. L'augment de suïcidis, per exemple, és un dels elements connectats al problema, com han reconegut experts prestigiosos.<sup>5</sup> Un tercer problema de funcionament el tenim, per exemple, en l'àmbit de l'electricitat, un servei d'interès econòmic general: la Llei del sector elèctric va prendre la decisió l'any 1997 de retirar l'Administració a una posició

3. *Code of practice on disinformation* (europa.eu).

4. Ens referim a la STS de l'1 de juliol de 2021, en relació amb la privatització de la gestió sanitària a València al grup Ribera. S'hi indica que la decisió administrativa de no prorrogar el contracte era conforme al dret perquè estava fonamentada en el fet que (la traducció és nostra) «[a]l marge dels informes sobre l'eficiència, la qualitat i la satisfacció dels usuaris en relació amb la prestació del servei públic sanitari mitjançant el contracte administratiu la durada del qual estava pròxima a la seva finalització, consten en l'expedient informes que mostren els efectes concrets de la gestió per concessió al Departament de Salut de la Ribera en relació amb la despesa farmacèutica i la comparació amb la mateixa despesa en els departaments de salut de gestió directa, els problemes de control financer i pressupostari derivats de la concessió, la desconfiança de l'Administració en l'empresa concessionària i la litigiositat derivada del contracte, a més de les consideracions de la resolució que va decidir la no pròrroga del contracte per a evitar la duplicitat en el pagament per l'Administració de quantitats que ja havien estat amortitzades per la concessionària i l'obtenció per aquesta d'un benefici extraordinari, que sens dubte és contrari al principi d'eficiència en l'assignació i utilització dels recursos públics consagrat en l'article 7 de la Llei orgànica d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera (LOEPSF)».

5. Vegeu, per exemple, el president de la Comissió Nacional de Psiquiatria en una entrevista publicada pel diari *La Vanguardia* el dia 22 de març de 2013.

de garant, però en un context d'oligopoli, d'absència de suficient competència i de presència d'uns forts grups d'interès (*lobbies*) privats. El resultat, més de vint anys després, ha estat un augment important dels preus de l'electricitat, un increment de la pobresa energètica i una litigiositat creixent, per exemple, en relació amb les obligacions de servei públic imposades per l'Administració, que presten les empreses privades mitjançant l'anomenat bo social (Soto Valle i Ponce Solé, 2018).

Aquests i altres exemples mostren que l'absència tradicional o la retirada sobrevinguda de l'Administració pública en sectors clau per al benestar de les persones pot posar en perill els drets dels ciutadans i la cohesió social i territorial. L'actitud de l'Administració davant de problemes greus que afecten les persones i els seus drets no pot ser, simplement, romandre passiva, sinó que ha d'augmentar la seva activitat de regulació en tot el que sigui necessari i ha d'adquirir major protagonisme prestacional si els interessos generals i els drets de les persones així ho requereixen.

## 2. LA PANDÈMIA, L'ADMINISTRACIÓ I EL DRET ADMINISTRATIU: EL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ I ELS ESTÀNDARDS DE QUALITAT

En el context descrit, cal tenir en compte, a més, que ja fa temps que des de diverses disciplines s'insisteix en la importància de la qualitat institucional com a factor del bon funcionament i desenvolupament econòmic d'una societat, element que condiciona l'èxit o el fracàs dels països (Acemoglu i Robinson, 2014). Des d'una perspectiva jurídica, aquest debat ha arribat de bracet dels conceptes jurídics de *bon govern* i *bona administració* i és igualment important (per a més detalls i la jurisprudència relacionada, vegeu Ponce, 2019b). Efectivament, el paper necessari d'una administració que no es retiri davant dels reptes socials ha d'anar acompanyat, imprescindiblement, a casa nostra, d'una millora de la gestió pública actual, la qual apareix en diversos rànquings internacionals com a manifestament millorable (Alcalá i Jiménez, 2018).

I, en aquesta millora, el dret també hi té un paper rellevant. És per això que en el pròleg a la dinovena edició del clàssic *Curso de derecho administrativo* dels professors Eduardo García de Enterría i Tomás-Ramón Fernández s'assenyala que el dret a una bona administració (la traducció del castellà és nostra), «que fins ara no havíem pres massa seriosament», està «cridat a obrir una nova etapa en el nostre dret i en el dret europeu en general» (García de Enterría i Tomás Ramón Fernández, 2020), la qual cosa ha portat el professor Tomás-Ramón Fernández a subratllar també que el dret a una bona administració comporta (traducció igualment nostra) «una nova mirada a l'Administració i al dret administratiu» (Tomás-Ramón Fernández, 2021, p. 81 i seg.).

El Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) també ha reconegut el dret a una bona administració en diverses sentències, malgrat que no està reconegut explícitament en el Conveni Europeu de Drets Humans, d'on l'extreu (vegeu per exemple, entre d'altres, la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (STEDH) del cas *Grobelny vs. Polònia*,

del 5 de març de 2020). També el trobem en l'article 41 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, per la qual cosa és aplicat en nombrosíssimes sentències pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), qui considera aquest dret part de les tradicions constitucionals dels estats membres (per exemple, vegeu la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) del 30 de gener de 2002, cas T-54/99, Max. Mobil Telekommunikation Service GmbH. *vs.* Commi).

A Espanya, el Tribunal Suprem, en una jurisprudència ja molt consolidada, ha declarat l'existència de principis constitucionals de bona administració. Així, entre moltes altres, la STS del 15 d'octubre de 2020 assenyala (la traducció és nostra):

Se sap que el principi de bona administració està implícit en la nostra Constitució (articles 9.3, 103 i 106), ha estat positivitzat en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (articles 41 i 42) [...] constitueix, segons la millor doctrina, un nou paradigma del dret del segle XXI referit a una manera d'actuació pública que exclou la gestió negligent [...] i —com aquesta mateixa sala ha assenyalat en anteriors ocasions— no consisteix en una pura fórmula buida de contingut, sinó que s'imposa a les administracions públiques, de manera que el conjunt de drets que deriven d'aquell principi (audiència, resolució en el termini previst, motivació, tractament eficaç i equitatiu dels assumptes, bona fe) té —ha de tenir— plasmació efectiva i comporta, per això, un correlatiu elenc de deures plenament exigible pel ciutadà als òrgans públics.

D'altra banda, la bona administració també és reconeguda com a dret subjectiu en diversos estatuts d'autonomia<sup>6</sup> i lleis autonòmiques (p. ex., entre d'altres, la Llei catalana 26/2010, art. 22). Així mateix, els principis jurídics de bon govern es troben recollits en la Llei estatal 19/2013, del 9 de desembre, de transparència, accés a la informació i bon govern (art. 25 i seg.), la qual cosa ha portat el Consell de Transparència, Accés a la Informació i Bon Govern a assenyalar (Resolució 653/2018 [la traducció és nostra]):

[...] derivat de l'article 26.2 a), apartat 5è, de la LTAIBG, és un principi general de bon govern actuar amb la diligència deguda en el compliment de les seves obligacions i fomentar la qualitat en la prestació de serveis públics. [...] constitueix infracció lleu, tipificada en l'article 29.3 b) de la LTAIBG, el descuit o la negligència en l'exercici de les seves funcions i l'incompliment dels principis d'actuació de l'article 26.2 b).

---

6. Cal tenir en compte l'art. 30 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, aprovat per la Llei orgànica 6/2006, del 19 de juliol; l'art. 31 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia, aprovat per la Llei orgànica 2/2007, del 19 de març; l'article 14 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, aprovat per la Llei orgànica 1/2007, del 28 de febrer; l'article 12 de l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó, aprovat per la Llei orgànica 14/2007, del 30 de novembre, i l'art. 9 de la reforma operada per la Llei orgànica 1/2006, del 10 d'abril, en l'Estatut d'autonomia del País Valencià.



En aquest sentit, un contingut típic i específic de la bona administració és l'obligació jurídica de les administracions d'actuar amb la diligència i la cura degudes en l'exercici de les seves funcions públiques. La STS del 19 de febrer de 2019, entre moltes altres, assenyalava (la traducció és nostra):

Ja en altres ocasions hem fet referència al principi de bona administració, principi implícit en la Constitució, art. 9.3 i 103, projectat en nombrosos pronunciaments jurisprudencials i positivitzat, actualment, en el nostre dret comú, art. 3.1.e) de la Llei 40/2015; principi que imposa a l'Administració una conducta suficientment diligent per a evitar definitivament les possibles disfuncions derivades de la seva actuació, sense que n'hi hagi prou amb la mera observança estricta dels procediments i tràmits, sinó que, més enllà, reclama la plena efectivitat de garanties i drets reconeguts legalment i constitucionalment [...].

En fi, respecte a aquesta qüestió és molt clara la STS del 4 de novembre de 2021:

Com es desprèn del que ha dit el Tribunal Suprem, el principi de bona administració té una base constitucional i legal indiscutible. Podem distingir dues manifestacions d'aquest principi: d'una banda, constitueix un deure i una exigència a la mateixa Administració, que ha de guiar la seva actuació sota els paràmetres referits, entre els quals es troben la diligència i l'activitat temporània; de l'altra, és un dret de l'administrat, que, com a tal, pot fer-se valer davant l'Administració en defensa dels seus interessos i que, respecte de la falta de diligència o la inactivitat administrativa, es reflecteix no ja només en la interdicció de la inactivitat que es deriva de la legislació nacional, art. 9 i 103 de la CE i 3 de la Llei 39/2015 —encara que expressament no s'esmenti aquest principi de bona administració—, sinó de manera expressa i categòrica en l'art. 41 de la CED.

Existeixen, doncs, amb base en la normativa esmentada abans, el deure administratiu de la diligència deguda i el correlatiu dret dels ciutadans a la proscripció de la inactivitat administrativa. És consubstancial al principi de bona administració la diligència en l'actuació de l'Administració i el desenvolupament i la resolució en un temps raonable i proporcionat. Quan existeix una inactivitat administrativa objectiva, injustificada i desproporcionada, s'està conculcant el dret del ciutadà a la bona administració; dret real i efectiu que ha de ser garantit i que, si escau, han emparar els tribunals de justícia quan controlen la referida inactivitat administrativa.

Sobre la concreció de l'estàndard específic de la bona administració en cada cas, més endavant es diu com s'ha de precisar i s'explica l'important paper judicial en el control de la seva aplicació administrativa correcta.

Deguda diligència i deguda cura, pròpies de l'obligació de bona administració, que han d'aplicar-se també, és clar, a la no-violació, la protecció i la promoció dels drets subjectius socials reconeguts constitucionalment. Aquests drets, com els anomenats *civils* i *polítics*, si és que té sentit establir distincions entre drets profundament entrelaçats, poden comportar una despesa pública, com també s'esdevé amb els anomenats *civils* i *polítics* (pensem en l'organització d'unes eleccions, per exemple), si bé això no sempre és necessari (ja que hi haurà ocasions en què podran fer-se efectius amb una simple regulació; p. ex., reserves per al

planejament urbanístic d'un habitatge sotmès a un règim de protecció pública, art. 20.1*b* del Reial decret legislatiu 7/2015, del 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de sòl i rehabilitació urbana).

Totes aquestes normes jurídiques vigents, i la jurisprudència que les interpreta, posen en el centre del debat jurídic la rellevància que per a una societat, no sols per als seus agents econòmics amb ànim de lucre, té una administració robusta que administri bé i compleixi les seves obligacions jurídiques sobre aquest tema. Per a tenir una administració pública que no es retiri quan no ha de fer-ho, abandonant els ciutadans a la seva sort, cal, doncs, prendre's seriosament la bona administració i el bon govern i fer-los possibles gràcies a un conjunt de tècniques jurídiques habitualment preterides en la nostra cultura jurídica, però ja a la nostra disposició: des de l'aplicació dels principis de bona regulació i millora normativa, que ja han conduït a l'anul·lació d'un reial decret pel Tribunal Suprem espanyol (STS del 4 de juny de 2020, núm. rec. 33/2019), fins a la regulació, obligatòria ara per a l'Estat espanyol per una directiva de la Unió Europea,<sup>7</sup> del paper dels alertadors o denunciants i de la seva protecció davant de possibles represàlies, passant per altres tècniques jurídiques disponibles (cartes de servei, registres de *lobbies*, codis de conducta, etc.) (Ponce i Villoria, 2020 i 2021).

Sense oblidar, per descomptat, la lluita contra la mala administració i la corrupció, àmbit en el qual en els últims anys els esforços han vingut sobretot de l'increment, a vegades asfixiant, del control intern formal per part dels interventors, més que no pas del bon govern i la bona administració. Lluny d'avançar decididament en mesures eficaces i provades en altres països de prevenció real de la mala administració (no sols la corrupció i el frau, sinó també l'administració negligent que dona lloc a irregularitats), per exemple, manca encara un pla nacional anticorrupció, no existeix encara una llei global de *lobbies*, no tenim regulació en matèries com el compliment públic (*public compliance*) o l'anomenada *empremta normativa* (*legislative footprint*), molt important respecte als grups de pressió i la qualitat normativa i la transparència, hi ha una regulació deficient dels conflictes d'interessos i d'altres aspectes lligats a la bona gestió... Aquests aspectes jurídics són inexistents en el nostre ordenament en el moment d'escriure aquestes línies o bé estan antiquats i/o són insuficients, però, en tot cas, són crucials per a la bona gestió, també la dels fons públics.

L'Ordre estatal HFP/1030/2021, del 29 de setembre, per la qual es configura el sistema de gestió del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència, de manera tardana i parcial es preocupa per l'existència de plans anticorrupció que previnguin els riscos de frau en la gestió dels fons de la Unió Europea Next Generation. Però què passa amb els fons públics que provinguin de pressupostos estatals, autonòmics o locals? ¿I quan no estan en joc fons públics, però pot produir-se igualment un supòsit de mala administració o corrupció?

7. Directiva (UE) 2019/1937 del Parlament Europeu i del Consell, del 23 d'octubre de 2019, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del dret de la Unió.



### 3. EL PAPER ACTUAL DE LA JURISDICCIO CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE CONFORMITAT AMB LA BONA ADMINISTRACIO DE JUSTICIA

#### 3.1. CONTROL JUDICIAL DE LEGALITAT I PROTECCIO DEL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIO: LA BONA ADMINISTRACIO JUDICIAL

En el marc d'aquest estat social i democràtic de dret on l'Administració ha de mantenir el seu necessari paper de servei als interessos generals (art. 103 CE) en temps difícils, quin paper té específicament el control judicial contenciós administratiu en aquest segle XXI? (per a més detalls, vegeu Ponce, 2019c).

L'important paper de la jurisdicció contenciosa és, per descomptat, el que sempre ha tingut. En primer lloc, el de protegir els drets dels ciutadans afectats per l'activitat administrativa, controlant la legalitat d'aquesta (art. 24 i 106.1 CE). Però també ha de reforçar, en segon lloc, la seva altra funció rellevant, a voltes oblidada i implícita en la primera: la de contribuir amb el seu control a la bona gestió pública i a la defensa de la bona administració.

Per a aconseguir-ho, creiem que jutges i magistrats poden i han d'ocupar a fons les possibilitats que ja avui dia atorga la Llei 29/1998, del 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA), prenent en consideració, si escau, alguna modificació futura d'aquesta.

D'altra banda, si bé no ens aturarem ara en aquest aspecte, aquesta tasca judicial, al seu torn, ha de desenvolupar-se també conforme a les exigències d'una bona administració de justícia, a la qual es refereix la Llei orgànica 6/1985, del 1 de juliol, del poder judicial, en diferents articles (81.3, 152.1.3, 165, 167.1, 268, 269, 292, 293 i 296), però sense definir el concepte. La bona administració de justícia és esmentada no infreqüentment també pel Tribunal Suprem espanyol (per a totes, vegeu la STS [Sala Contenciosa] de l'11 de juny de 2020, que al·ludeix al «principi d'una bona administració de justícia»), pel TJUE (en nombroses sentències, com la STJUE del 6 d'octubre de 2009, assumpte C-40/08, Asturcom Telecomunicacions, SL *vs.* Cristina Rodríguez Nogueira, apartat 36) i pel TEDH, el qual ha declarat que el dret d'accés a un tribunal es veu afectat negativament quan les normes deixen de servir als objectius de seguretat jurídica i de bona administració de justícia i constitueixen una espècie de barrera que impedeix al litigant que el tribunal competent es pronunciï sobre el fons de l'assumpte (vegeu la STEDH del 14 de setembre de 2021, cas *Inmobilizados y Gestiones SL vs. Espanya*, assumpte en el qual Espanya es va veure condemnada a indemnitzar una empresa amb setze mil euros per una disparitat de criteris de la Sala Contenciosa del Tribunal Suprem davant cinc casos idèntics).

En tot cas, sense ànim d'aprofundir en el tema, que mereixeria per si mateix una altra anàlisi independent d'aquesta, la bona administració a la qual ens hem referit en aquest article en les seccions prèvies ha de ser, per descomptat, d'aplicació al servei públic competència de l'Administració pública, organitzada en el Ministeri de Justícia i les conselleries de justícia de les comunitats autònomes. Quant a l'activitat dels jutges i tribunals, a la potestat jurisdiccional, al fet de jutjar i fer executar el que s'ha jutjat, és aquí on té camp per recórrer

aquest poc estudiat principi de bona administració de justícia, que, d'acord amb la diversa jurisprudència esmentada abans i altres decisions judicials, exigeix a aquests jutges i tribunals una diligència o una cura deguda per a evitar entorpir el dret a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE),<sup>8</sup> que ha de ser, a més, de conformitat amb els mandats constitucionals a tots els poders públics, no sols l'administratiu, no arbitrària (art. 9.3 CE) i eficient i econòmica en l'ús dels recursos públics (art. 31.2 CE). Això ens porta a plantejar-nos la necessitat de precisar l'estàndard de diligència judicial deguda, com en el cas administratiu, i les tècniques per a garantir-lo, que, salvant les distàncies, considerem que poden articular-se en sintonia amb les exigides al poder executiu (establiment d'estàndards de qualitat, motivació suficient de les decisions, etc.).

En definitiva, podem dir que la bona administració administrativa i la protecció del correlatiu dret de les persones a aquesta exigeixen un control judicial que ha de ser desplegat, al seu torn, conforme al principi de bona administració de justícia.

En tot cas, reprenent aquesta funció judicial de contribució a la bona administració del poder executiu mitjançant el seu control, la Llei de la jurisdicció contenciosa del 1956 ja s'hi referia amb claredat en el seu preàmbul (la traducció és nostra):

I, així, la necessitat d'una jurisdicció contenciosa administrativa eficaç transcendeix l'òrbita d'allò individual i inclou l'àmbit col·lectiu [...] i d'aquí la certesa de l'asserció que quan la jurisdicció contenciosa administrativa anul·la els actes il·legítims de l'Administració, no tan sols no menysté el seu prestigi i la seva eficàcia, sinó que, per contra, coopera al millor desenvolupament de les funcions administratives i afirma i consolida l'autoritat pública.

Aquesta funció ha estat sempre aquí, per descomptat. El que ocorre ara és que en les últimes dècades el dret administratiu ha estat capaç de tecnificar el dret a una bona administració dels ciutadans enfront del poder executiu, i aquesta tecnificació, com mostren el TEDH, el TJUE, altres tribunals del nostre entorn i els nostres propis tribunals, ha de permetre als òrgans judicials protegir aquest dret i fer complir les seves obligacions, sempre, naturalment, sense violar l'article 71.2 LJCA i sense traspasar, doncs, els seus límits i les seves funcions constitucionals.

---

8. Segons la STC 62/2020, del 20 de juny, l'òrgan judicial ha d'actuar amb diligència i ha d'esgotar els mitjans d'esbrinament del domicili real per a obtenir una notificació personal i efectiva de l'existència del procés de reclamació de rendes de lloguer i desnonament. Segons la Sentència 113/2021, del 31 de maig de 2021, l'òrgan judicial té el deure de motivació judicial reforçada quan estan en joc drets constitucionals de menors, persones discapacitades i famílies.

### 3.2. LA UTILITZACIÓ DE LES POSSIBILITATS CONCRETES JA OBERTES PER LA LLEI DE LA JURISDICCIO CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA PER A PROTEGIR EL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ

La jurisdicció contenciosa sembla estar en l'actualitat no del tot ben equipada per la Llei per a protegir adequadament en les seves sentències el dret a una bona administració, i no sols del litigant, sinó també de terceres persones afectades repetidament per casos similars de mala administració i que no compareixen en el litigi concret. Ara bé, amb els elements legals existents, creiem que és possible per als jutges i magistrats contenciosos continuar avançant des de la lluita contra les immunitats del poder —per a emprar el títol de l'important treball del professor García de Enterría (García de Enterría, 1962, resultat de la seva famosa conferència a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona)— cap a una nova batalla pel bon govern i la bona administració, que també els incumbeix. Tot això, sense perjudici de possibles propostes *de lege ferenda*, algunes de les quals se suggereixen també aquí. En concret:

a) Per a començar, els òrgans judicials contenciosos haurien de considerar que l'existència del dret de les persones a una bona administració està estretament lligada a un canvi important en el concepte de *discrecionalitat administrativa*: aquesta, com es va sostenir durant tant temps i encara pot sentir-se i llegir-se avui dia, ja no pot ser considerada com una llibertat d'elecció entre indiferents jurídics.<sup>9</sup> No existeix llibertat total per a decidir no importa què de no importa quina manera, com ha recordat molt oportunament Schmidt-Assman (Schmidt-Assman, 2003, p. 347 i seg.), sinó obligació jurídica administrativa de situar-se amb la diligència i la cura degudes en la situació idònia per a obtenir la millor decisió possible per a l'exigència de la bona administració. El dret, llavors, no pot ser indiferent a l'elecció administrativa entre alternatives, sinó que és sensible a la bona administració de la discrecionalitat.<sup>10</sup>

9. Per a totes, vegeu la STS de l'1 de juny de 1987, que assenyala que la discrecionalitat és la (la traducció és nostra) «potestat que té l'Administració per a triar entre diverses alternatives legalment indiferents, ja que la decisió discrecional es basa en criteris extrajurídics, d'oportunitat o conveniència, que la llei no predetermina, sinó que deixa a la seva lliure consideració i decisió, per la qual cosa pot, en conseqüència, optar segons el seu criteri subjectiu».

10. Diverses sentències del Tribunal Suprem espanyol acullen aquest enfocament, com (totes les traduccions són nostres) la del 7 d'octubre de 1999, que es pregunta, respecte a l'exercici de la discrecionalitat, si «en un estat de dret pot admetre's l'existència "a priori" d'una cosa indiferent jurídicament», o la del 26 de febrer de 1990, que indica que el dret administratiu «ja no aspira només a la defensa del ciutadà enfront de les ingerències indegudes dels poders públics, sinó a aconseguir una Administració prestadora eficaç de serveis públics». En les sentències del Tribunal Suprem del 10 de febrer de 1984 (Ar. 795) i l'11 d'abril de 1994 (Ar. 1918) s'assenyala que «de cap manera cal confondre la discrecionalitat amb el lliure arbitri, ja que si aquest pot ser fruit d'una decisió mancada de la necessària motivació i fonament, la discrecional és resultat d'una llibertat decisora que es produeix en l'ànim de l'òrgan resolutiu i decisor *com a resultat d'un procés raonat i intel·lectiu en el qual sens dubte hauran de ser valorades les circumstàncies que puguin donar lloc i contribuir al fet que aquesta decisió sigui adoptada amb la millor voluntat i bon criteri*».

b) Aquest crucial punt de partida afecta —ha d'afectar, llavors— la rellevància del procediment administratiu degut, vinculat al dret a una bona administració.<sup>11</sup> Això incideix sobre la denominació incorrecta, freqüent en la jurisprudència i la doctrina, dels anomenats *vicis formals*, sac jurídic en el qual es posa de manera errònia i indiscriminada la mala administració que afecta aspectes procedimentals, els quals no s'haurien de confondre amb la forma de les decisions administratives (prevista en l'art. 36 de la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques), diferent del procediment administratiu degut lligat a la bona administració, no sols a la defensa, la qual cosa hauria de comportar una reinterpretació de l'aplicació de l'actual article 48 LPAC (vegeu més detalls respecte a aquesta qüestió a Ponce, 2019b, p. 211 i seg.). És més, el legislador hauria d'estendre els principis bàsics del procediment degut i almenys algunes regles d'aquest, també als privats que realitzen activitat administrativa, i el seu respecte hauria de ser conegut per la jurisdicció contenciosa, la qual hauria de modificar, en el que fos necessari, l'àmbit d'aplicació de la legislació de procediment i de la LJCA en el futur.

### 3.3. CONTROL DEL DESENVOLUPAMENT DE L'ACTIVITAT ADMINISTRATIVA MITJANÇANT EL PROCEDIMENT

En el control del desenvolupament de l'activitat administrativa mitjançant el procediment és crucial també el paper de la jurisdicció contenciosa en la precisió de l'estàndard jurídic de la diligència deguda o la cura administrativa deguda, especialment davant la falta actual d'una definició precisa legal a Espanya,<sup>12</sup> com sí que ocorre en l'àmbit privat respecte a la diligència d'un bon pare de família (Codi civil espanyol, art. 1094, 1104.2 i 1903) o a la d'un «empresari ordenat» (art. 225 i 226 de la Llei de societats de capital, modificada per la Llei 31/2014, del 3 de desembre, i la molt interessant jurisprudència de control d'aquest, que pot ser inspiradora per al control de l'Administració).<sup>13</sup>

#### 3.3.1. *El dret a una bona administració*

El dret a una bona administració (que també és principi general i valor jurídic) implica, en definitiva, que els alts càrrecs i els empleats públics, en compliment de les seves obligacions de bon govern i bona administració, han d'actuar:

11. La jurisprudència contenciosa assenyalava cada vegada amb més determinació la importància del procediment administratiu degut per al respecte dels drets dels ciutadans i també la garantia de la bona administració. Vegeu, per exemple, les STS del 3 de desembre de 2020 i del 27 de maig de 2020.

12. En un altre lloc hem proposat la normativa concreta d'estàndard de la conducta que hauria de ser inclosa *de lege ferenda* en la legislació de la funció pública, de transparència, d'accés a la informació i el bon govern i en la del procediment administratiu comú. Vegeu, per a més informació, Ponce (2019).

13. Per exemple, STS (Sala Civil) de l'1 de juny de 2016, en referència al deure de diligència d'un administrador. Vegeu un comentari d'aquesta jurisprudència a De Miguel (2017).

— Amb la diligència d'un servidor públic acurat (art. 26 de la Llei estatal 19/2013: «Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos»), és a dir, han d'esgotar la diligència en el cas de maneig de cabals públics i afectació de drets constitucionals.

— Només en absència de conflictes d'interessos.

— Amb la informació necessària.

— Tenint en compte els factors rellevants, atorgant a cadascun d'aquests la importància deguda en la decisió i exclouent de la seva consideració tot element irrellevant.

— Motivant suficientment i congruentment la seva decisió en relació amb la fonamentació existent en l'expedient.

En un altre lloc (Ponce, 2021b, p. 130 i seg.) hem recreat la coneguda fórmula emprada per la jurisprudència nord-americana des de fa dècades —creada pel jutge Hand en les seves sentències—<sup>14</sup> per a determinar la violació de l'obligació de cura i l'existència o no de responsabilitat. Podríem dir que el punt òptim de cura, que implica la diligència deguda en cada actuació administrativa (és a dir, el nivell de cura que s'ha de desplegar per al compliment de l'obligació de bona administració a la vista de les circumstàncies del cas concret), és el que permet complir la condició següent:  $c = p \times D$ .

La  $c$  representa el cost de la mesura addicional de bona administració considerada.<sup>15</sup> La  $p$  representa quant es redueix la probabilitat de prendre una decisió desencertada quan s'adopta la mesura addicional de bona administració considerada.<sup>16</sup> La  $D$  és el perjudici derivat de prendre una decisió desencertada.<sup>17</sup> La magnitud o gravetat d'aquest perjudici pot dependre de diversos factors, entre els quals ens semblen destacables els següents:

— L'afectació de l'esfera personal i patrimonial del ciutadà.

— El risc de malbaratament de cabals públics.

— El nombre potencial de persones afectades per la decisió.

14. Billings Learned Hand (27 de gener de 1872 - 18 d'agost de 1961) va ser un jutge estatunidenc. Va formar part del Tribunal del Districte Sud de Nova York i, posteriorment, del Tribunal d'Apel·lació dels Estats Units per al Segon Circuit. El 2004 Hand havia estat citat més vegades pels juristes i pel Tribunal Suprem dels Estats Units que qualsevol altre jutge de primera instància.

15. Una resposta més detallada a les al·legacions presentades pels interessats o els ciutadans, l'obertura o no d'un tràmit de prova, una vigilància més estricta d'un pres que podria suïcidar-se, etc.

16. Per exemple, una resposta més acurada a les al·legacions implica una major ponderació d'aquestes i pot significar la reducció de la probabilitat de no considerar problemes o alternatives rellevants.

17. La mort d'un pres per suïcidi per no haver adoptat la cura necessària en la seva seguretat, el malbaratament de diners públics en una infraestructura innecessària —una autopista, un aeroport, un equipament cultural— que no és utilitzada pels ciutadans per no haver ponderat alternatives i dades rellevants, o la falta d'aigua en un nou desenvolupament urbà per no haver demanat un informe que advertís d'aquest fet.

Aquesta gravetat és màxima, doncs, quan afecta drets constitucionals fonamentals d'una pluralitat indeterminada de persones i comporta l'ús de cabals públics (cosa que implica un nivell equivalent, això és, conforme amb la gravetat i, per tant, alt, de la cura deguda o de la diligència deguda que s'ha de desplegar),<sup>18</sup> i disminueix (i, amb ella, disminueix el grau de cura deguda exigible a l'Administració) quan afecta drets constitucionals no fonamentals, simples drets legals o mers interessos legítims, no comporta una despesa de cabals públics i té transcendència només individual (p. ex., acte administratiu o contracte), en comptes de general (p. ex., reglament o pla).

Llavors,  $p \times D$  representa el benefici que s'obté en adoptar la mesura addicional de bona administració. Aquest benefici té dos ingredients: la reducció de la probabilitat de cometre una equivocació i el mal derivat de cometre una equivocació.<sup>19</sup>

En conseqüència, es viola l'obligació jurídica de bona administració pròpia d'aquest dret per una autoritat pública quan el decisor administratiu omet una mesura de cura si  $c < p \times D$ , cas en què el control judicial ha de determinar la il·legalitat del comportament administratiu i ha d'adoptar les mesures sol·licitades i oportunes.

### 3.3.2. La interpretació de l'article 29 de la Llei de jurisdicció contenciosa administrativa

Creiem que cal fer una interpretació de l'article 29 LJCA, o de la seva modificació futura,<sup>20</sup> de manera que permeti la seva aplicació no tan sols en el cas d'inactivitat total, sinó

18. Diverses decisions del Tribunal de Comptes de l'Estat han donat alguna pista complementària sobre aquest nivell de diligència dels servidors públics en relació, específicament, amb el maneig de cabals públics. Una anàlisi de les decisions del Tribunal de Comptes dictades en procediments de reintegrament permet detectar desenes de sentències referides al nivell de diligència exigible a un servidor públic en el maneig de cabals públics, que és superior a l'exigible al gestor d'un patrimoni privat. El Tribunal de Comptes ha assenyalat que la diligència exigible a un gestor públic és superior a la del gestor privat perquè es tracta d'una diligència qualificada, ja que «el gestor de fons públics està obligat a una diligència qualificada en l'administració d'aquests, que és superior a l'exigible al gestor d'un patrimoni privat». És necessari, doncs, el que s'ha denominat «esgotar la diligència». Vegeu per a totes, sobre aquest tema, la Sentència A8/13 del Tribunal de Comptes, de l'any 2014, que especifica, d'acord amb la Sentència del 31 de març de 2008, que, en l'àmbit comptable, ha d'exigir-se al gestor de fons públics «una especial diligència en el compliment de les obligacions de custòdia, justificació i rendició de comptes, com el seu incompliment dona lloc a una conducta, generadora de danys i perjudicis, que pot considerar-se socialment reprovable» (totes les traduccions són nostres).

19. Cal assenyalar finalment que la probabilitat de cometre una mala administració pot dependre de diversos factors, a més del nivell de cura adoptada; per exemple: de la incertesa que pugui existir en cada cas sobre quina és la decisió més encertada, així com dels incentius o *donis incentius* que tingui el decisor per a buscar la bona administració (per exemple, si la manca de diligència li provoca o no repercussions personals desfavorables, com, per exemple, una possible sanció disciplinària o la necessitat de rescabalar el mal causat amb el seu patrimoni personal). Com més gran sigui la incertesa existent i més febles siguin els incentius de les autoritats administratives per a prendre decisions encertades (discrecionalitat), més gran serà la probabilitat que aquestes s'equivoquin i, per tant, major serà el benefici derivat d'exigir mesures addicionals de bona administració. Per això és important l'existència de dissenys organitzatius, procedimentals i de funció pública adequats per a incentivar la bona administració establint les mesures adequades.

20. En un altre lloc hem proposat una possible redacció alternativa. Vegeu-ho amb més detalls a Ponce (2019).



també en el d'absència de la diligència deguda per part de l'Administració. D'altra banda, s'ha d'entendre que aquesta falta de diligència sempre es pot al·legar en impugnar una activitat o inactivitat administrativa encara que no sigui per la via de l'article 29 LJCA. Trobem un exemple en aquest sentit en l'àmbit de la pandèmia: la STS del 8 d'octubre de 2020 declara la violació de l'ordenament jurídic per actuació insuficient a l'hora de proporcionar mesures de protecció contra el virus als sanitaris, perquè, malgrat que no s'aplica l'article 29 LJCA, es declara un supòsit de mala administració per falta de la diligència deguda, fet que comporta l'estimació parcial del recurs i la declaració judicial que (la traducció és nostra) «als professionals sanitaris els van mancar els mitjans de protecció necessaris, la qual cosa va representar un risc seriós per als drets fonamentals que els reconeix l'article 15 en relació amb els articles 43.1 i 40.2 de la Constitució».

### 3.4. LA LEGITIMACIÓ PROCESSAL PER A IMPUGNAR DECISIONS ADMINISTRATIVES

A més, l'existència del dret a una bona administració hauria d'incidir sobre la manera d'entendre la legitimació processal per a impugnar decisions administratives que puguin vulnerar-lo. La noció d'*interès legítim* hauria d'estendre's a totes aquelles situacions en què una persona defensa el seu dret a una bona administració i impugna decisions que poden afectar-lo, per una gestió il·legal del patrimoni públic o dels serveis públics (incloent-hi la seva contractació amb privats),<sup>21</sup> per ésser, com a mínim, negligents i afectar-lo en la seva esfera de contribuent i usuari d'aquest patrimoni o servei, per causa de la manca de respecte de l'Administració del principi de bona administració i de les obligacions jurídiques d'aquesta.

L'afavoriment de la concessió de legitimació basada en la violació d'un dret —el dret a una bona administració (o mitjançant una àmplia interpretació de l'interès legítim sobre la base dels principis constitucionals de bona administració i del dret estudiat)— no és, no obstant això, la posició mantinguda fins ara per la jurisprudència, com ha destacat i criticat la doctrina (Castillo, 2021; Chaves, 2021). Si no es produís en el futur aquesta evolució jurisprudencial necessària, llavors el legislador hauria de plantejar-se una obertura de la legitimació mitjançant, per exemple, una acció pública en defensa d'aquesta bona administració,<sup>22</sup> com s'ha fet ja en altres països.<sup>23</sup>

21. Tingueu en compte, en aquest sentit, la preocupació per l'adjudicació de contractes de gestió de serveis públics com a àmbit reconegut d'alt risc de mala administració, com recorda Gimeno Feliu i ha destacat el Parlament de la Unió Europea (Feliu, 2014).

22. Ja plantejada en l'àmbit de la contractació, per exemple, per Feliu (2016) (la traducció és nostra): «Per això, estendre l'acció pública —o almenys àmplia, més enllà dels potencials licitadors— en defensa del dret a una bona administració pot ser, [...], una solució molt efectiva». També vegeu Dávila (2018).

23. En aquest sentit, és il·lustrativa l'experiència italiana, que, des de la reforma *Brunetta* del 2009, ha obert la legitimació per a recórrer supòsits de mala administració (a través de la denominada *class action* administrativa), o l'acció pública prevista en la Constitució colombiana del 1991 i regulada legalment per a

### 3.5. DEFENSA DE LA BONA ADMINISTRACIÓ

El que s'acaba de dir es relaciona també amb la important defensa de la bona administració mitjançant la protecció dels denunciants de corrupció o de mala administració, en relació amb la qual està pendent en el moment d'escriure aquestes línies, exhaurit ja el termini obligatori per a fer-ho, l'esperada transposició a Espanya de la Directiva de Whistleblowers, això és, la relativa als denunciants o alertadors (Directiva (UE) 2019/1937 del Parlament Europeu i del Consell, del 23 d'octubre de 2019, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del dret de la Unió). Aquest és un tema molt poc cuidat fins ara pel dret administratiu espanyol i la transposició és una oportunitat legislativa per a estendre la legitimació processal del denunciador no sols a la protecció de la bona administració en la tramitació de la denúncia, com fins ara succeeix,<sup>24</sup> sinó més enllà, cap al desenvolupament correcte del procediment iniciat posteriorment a conseqüència de la denúncia, la qual cosa actualment és negada.<sup>25</sup>

### 3.6. LES OBLIGACIONS D'UNA BONA ADMINISTRACIÓ

Una vegada ja introduïts en el procés contenciós, les obligacions d'una bona administració fan que la prova d'aquesta correspongui a l'Administració pública mitjançant l'exhibició de l'expedient, la decisió adoptada, la seva motivació correcta i la relació crucial entre aquests tres elements com a garantia de la diligència deguda en la ponderació administrativa, per la qual cosa és necessari un replantejament urgent de la laxa jurisprudència existent sobre la motivació *in aliunde*.<sup>26</sup> Ha d'aclarir-se que el privilegi d'autotutela declarativa o d'executivitat no representa una presumpció de bona administració, sinó que aquesta ha de ser provada efectivament en el procés mitjançant la demostració d'una consideració acurada dels elements rellevants en l'àmbit administratiu, no *ex post facto* durant el procés, com encertadament ha destacat la STS del 27 de desembre de 2021 (rec. 7279/2020), en la qual s'indica la necessitat de (la traducció és nostra):

---

poder defensar la moralitat administrativa.

24. Així, la STS (Sala Contenciosa) del 18 de gener de 2019, en cassació, assenyalava que, encara que la persona que denunciï sigui només denunciador (això és, no sigui l'interessat en relació amb l'obertura d'un procediment d'ofici subsegüent), *si que té legitimació* per a recórrer l'arxivament de la denúncia, això és, per a discutir, en definitiva, el respecte del dret a una bona administració.

25. En canvi, el denunciador no té legitimació judicial en el contenciós de manera automàtica per a discutir la tramitació i el resultat del possible procediment posterior iniciat efectivament d'ofici arran de la seva denúncia (només la tindrà si pot provar un dret o interès legítim específic: la STS del 18 de gener de 2019 sembla no reconèixer entre ells la defensa de la bona administració, encara que tampoc no ho nega).

26. Vegeu una crítica encertada tant de la regulació com de la interpretació jurisprudencial actual a Morata (2021).

[...] una motivació detallada que inclogui totes les circumstàncies que la normativa i la jurisprudència citades detallen. Ha, igualment, d'insistir-se que als tribunals d'instància només correspon comprovar la correcció de l'esmentada valoració —i motivació— administrativa plasmada en la resolució que se sotmet a la seva consideració jurisdiccional, sense que, com hem expressat, puguin prendre en consideració circumstàncies posteriors a la resolució administrativa [...] aquesta ommissió no pot ser suplerta *a posteriori* pels òrgans jurisdiccional, als quals només correspon la comprovació de la motivació i la valoració efectuades per les autoritats administratives.

### 3.7. LES MESURES CAUTELARS

En aquest mateix sentit i respecte de les mesures cautelars, el concepte jurisprudencial de «*fumus boni iuris*» del recurrent, que completa la regulació de l'article 130 LJCA, hauria d'incloure, en una lògica simètrica, la possible aparença de mala administració per violació de la diligència o la cura degudes esmentades, que pugui detectar l'òrgan judicial.

### 3.8. LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL

Pel que fa a la responsabilitat patrimonial, en bona part sostinguda en la realitat jurisprudencial sobre l'element de la negligència, malgrat el mite doctrinal de la seva objectivitat,<sup>27</sup> quan no s'han aprovat estàndards concrets de bona administració per les administracions hauria de partir-se d'una presumpció de mal funcionament, tant quan aquests estàndards haurien d'haver estat inclosos en cartes de serveis d'aprovació obligatòria i vinculants, com ocorre a Catalunya, per exemple (art. 59 Llei catalana 19/2014), com quan, com succeeix fins i tot actualment en l'àmbit estatal, en espera d'un necessari canvi normatiu futur, les cartes són d'aprovació voluntària però, podent-se haver aprovat, no es va fer abans del dany causat (Caraza, 2016). Haurà de ser l'Administració, en definitiva, qui justifiqui degudament quin estàndard va aplicar i per què aquest va respectar, o no, el dret a una bona administració.<sup>28</sup> Per tant, l'òrgan judicial no pot suplir tal justificació ni pot imposar els seus estàndards subjectius, com, no infreqüentment, acaba succeint.

27. Vegeu l'anàlisi empírica sobre aquest tema continguda en els successius informes sobre la justícia administrativa dirigits per la professora Silvia Díaz i publicats pel Centre d'Investigació sobre la Justícia Administrativa (CIJA) de la Universitat Autònoma de Madrid (UAM) en col·laboració amb el Consell General del Poder Judicial.

28. Per aplicació de la regla general de l'art. 1214 del Codi civil, com assenyala entre moltes altres la STS del 7 de març de 1995. Vegeu sobre aquest tema la STS de l'11 de juny de 1998, que recull la doctrina de la STS del 12 de març de 1997. D'altra banda, d'acord amb la doctrina continguda en la STS 7/1994, del 17 de gener, i també en la STS 227/1991, del 28 de novembre, quan les fonts de prova es troben en poder d'una de les parts del litigi, l'obligació constitucional de col·laborar amb els tribunals en el curs del procés (art. 118 CE) comporta que aquesta part sigui la que ha d'aportar les dades requerides, a fi que l'òrgan judicial pugui descobrir la veritat.

### 3.9. L'ACCIÓ DELS ÒRGANS JUDICIALS

En aquesta mateixa direcció, els òrgans judicials tenen al seu abast, si la detecten malgrat la no al·legació del recurrent, suscitar la qüestió de la violació del dret a una bona administració, utilitzant l'article 33.2 LJCA.

## 4. LA MALA ADMINISTRACIÓ SISTÈMICA I EL PAPER DE LA JURISDICCIO CONTENCIOSA

Aquest paper actiu del control judicial de les administracions, dins de l'àmbit de les seves funcions constitucionals, té una rellevància especial en els casos que podríem denominar *de mala administració sistèmica*, és a dir, de violació repetida del dret a una bona administració dels ciutadans per un disseny institucional defectuós, ja sigui organitzatiu, ja sigui procedimental, que genera vulneracions repetides de la bona administració, en casos molt similars, a ciutadans molt diferents.

### 4.1. LA CIRCULAR DEL 2016 DE LA FISCALIA DE L'ESTAT

En aquesta línia, salvant les distàncies i sens perjudici de la necessària articulació en les nostres normes administratives, són interessants algunes de les reflexions suscitades per la circular del 2016 de la Fiscalia de l'Estat en relació amb el compliment en empreses privades i la seva responsabilitat penal, ara prevista, com se sap, en el Codi penal. Sobretot en el sentit que la falta de diligència de les administracions públiques a l'hora de prendre mesures internes per a garantir no sols el compliment de les normes, sinó la bona administració en la seva aplicació, és un element que la jurisdicció contenciosa pot considerar per a controlar i anul·lar decisions administratives i prendre mesures judicials pertinents sobre aquest tema.

### 4.2. LA MEDIACIÓ INTRAPROCESSAL

Caldria explorar també les possibilitats obertes per l'article 77 LJCA, que es refereix a la mediació intraprocessal. Tenim un exemple en aquest sentit en la Interlocutòria del 8 de febrer de 2019 del Tribunal Superior de Justícia de Galícia, el qual, en execució de la sentència, va acceptar la mediació que va donar lloc no solament a mesures concretes en aquest cas, sinó també a l'elaboració obligatòria d'un protocol administratiu de bones pràctiques urbanístiques per part de l'Ajuntament de la Corunya per a evitar que en el futur es repeteixin situacions com la suscitada en el procés concret i puguin afectar més ciutadans. El mateix protocol conté

una secció titulada molt expressivament (la traducció és nostra) «II. Mesures orientades a la millora dels serveis i l'encert de les decisions administratives».<sup>29</sup>

#### 4.3. LA LLUITA CONTRA LES VIOLACIONS DEL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ REPETIDES

Aquesta lluita contra les violacions del dret a una bona administració repetides similarment en molts casos diversos —i que afecten no sols el ciutadà litigant, sinó molts altres potencials afectats per una mala administració institucional, per una mala administració sistèmica— també pot passar per la comprensió adequada de l'abast de les pretensions de reconeixement d'una situació jurídica individualitzada, ja que si no se n'aprofiten les possibilitats, els riscos de noves males administracions que afectin altres persones en el futur i siguin un calc de les anteriors que van afectar el litigant, romandran, cosa que obligarà a suscitar nous litigis sobre la mateixa qüestió, especialment si pensem en actes massa (p. ex., no consideració dels marges d'error de radars en sancions de trànsit, ni inclusió d'aquests en la notificació automatitzada que es fa al presumpte infractor, mala administració que es repeteix *ad nauseam*).

En aquest sentit, recordem que l'article 31.2 LJCA assenyala que es pot pretendre el reconeixement d'una situació jurídica individualitzada i l'adopció de les mesures adequades per al ple restabliment d'aquesta, entre les quals hi ha, però no únicament i quan escaigui, la indemnització pels danys i perjudicis ocasionats.

És per això mateix que el recurrent pot incloure entre les seves pretensions la d'obtenir una ordre judicial dirigida a l'Administració perquè aquesta procedeixi a esmenar la font institucional, ja sigui organitzativa, ja sigui procedimental, de la mala administració sistèmica, a fi d'evitar la repetició de litigis costosos i futurs, potser de nou per al mateix litigant actual, que contribuirien, a més, a sobrecarregar la jurisdicció contenciosa.

## 5. REFLEXIONS FINALS

Com assenyala Morin, hem de canviar de via aprofitant les lliçons de la pandèmia i incloure també les administracions públiques, el dret administratiu i el control judicial contencios administratiu (Morin, 2020, p. 15).

D'una banda, cal treballar en la millora de la gestió pública per a garantir el compliment dels principis jurídics de bon govern i del dret a una bona administració. Aquest objectiu, com hem exposat, ha de conduir a redissenyar organitzacions, procediments i llocs de treball i a introduir diverses tècniques jurídiques o bé absents encara entre nosaltres o bé regulades i implementades deficientment.

29. Consultable a: 2019\_0000002012 (dicoruna.es).

En aquest escenari, el control judicial de l'Administració pública continua sent també crucial. Si bé no és, ni de bon tros, l'únic control, sí que és l'últim. Per això és indispensable una judicatura ben preparada tècnicament, amb jutges audaços —per a utilitzar el títol d'un important llibre de Charles M. Haar, professor de dret a Harvard (Haar, 1996; recensió a Ponce, 1999)— però alhora prudents, actius però també amb consciència del seu limitat, encara que important i en part per explorar, paper constitucional per a garantir la bona administració.

Jutges i magistrats, sense retrocedir gens ni mica en la defensa dels drets dels ciutadans, han d'assegurar sempre el compliment de la legalitat per part de les administracions i tenen marge per a aprofundir en la defensa del dret a una bona administració, tant dels litigants com de la resta de la societat.



## BIBLIOGRAFIA

- ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. *Por qué fracasan los países: Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Bilbao: Deusto, 2014.
- ALCALÁ AGULLÓ, FRANCISCO; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, FERNANDO [Fundación BBVA]. *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, SL, 2018.
- BAAMONDE GÓMEZ, L. «Estado regulador». *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17 (2019), p. 249-261.
- BIELUNG, H.-J. «Privat vor staat? zur entwicklung politischer leitbilder über die rolle des states». *WSI Mitteilungen*, núm. 5/2009 [hi ha una traducció en anglès del mateix any a: untitled (fes.de)].
- CARAZA, M. *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.
- CASTILLO BLANCO, FEDERICO. «La ciudadanía y su exigencia de buena administración: ¿sería preciso repensar la legitimación activa en la jurisdicción contenciosa?». *Acal*: [blog], 25 de gener de 2021, <acalsl.com> [consulta: 10 novembre 2022].
- CHAVES GARCÍA, J. M. «No habrá acción pública para los malvados contratos y concesiones de servicios públicos, Supremo dixit». *de la Justicia.com: El rincón jurídico de José R. Chaves* [blog], 11 de gener de 2021, <de laJusticia.com> [consulta: 10 novembre 2022].
- COMISIÓN EUROPEA. *Libro verde: El gobierno corporativo en las entidades financieras y las políticas de remuneración {COM(2010) 285 final} {COM(2010) 286 final} {SEC(2010) 669}*. Brusel·les: Publications Office of the EU, 2010.
- DARNACULLETA, Mercè. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ. «La Administración garante. Una aproximación». *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015a.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ. *Estado garante. Idea y realidad*. Madrid: INAP, 2015b.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. «El derecho a una buena administración: una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo». A: PONCE, J.; VILLORIA, M. (dir.). *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación 2020*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2021.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)». *Revista de Administración Pública*, núm. 38 (1962), p. 159 i seg.
- GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA. «Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos». *Observatorio de la Contratación Pública* [blog], 12 de novembre de 2014, <www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.208/relmenu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747> [consulta: 10 novembre 2022].
- GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA. «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control». *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 2 (setembre-desembre 2016).
- HAAR, M. «Charles Suburbs under Siege: race, space and audacious judges». New Jersey (Princeton): Princeton University Press, 1996.
- MORATA CASELLAS, H. «La motivación *in aliunde* de los actos administrativos: ¿una regulación insuficiente?». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 19 (2021).

- MORIN, Edgar. *Cambiamos de vía: Lecciones de la pandemia*. Barcelona: Paidós, 2020.
- OCDE. *Industry self-regulation: Role and use in supporting consumer interests*. París: OECD Publishing, 2015, <[https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/industry-self-regulation\\_5js4k1fjqkwh-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/industry-self-regulation_5js4k1fjqkwh-en#page1)> [consulta: 10 novembre 2022] (OECD Digital Economy Papers; 247).
- PONCE SOLÉ, Juli. «El fracaso de la Administración garante. Mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las administraciones públicas, el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58 (2021a).
- PONCE SOLÉ, Juli. *Manual dels fonaments del dret administratiu i de la gestió pública*. 2a. ed. València: Tirant lo Blanch, 2021b.
- PONCE SOLÉ, Juli. *El derecho de la Unión Europea y la vivienda: Análisis de experiencias nacionales e internacionales*. Madrid: INAP, 2019a.
- PONCE SOLÉ, Juli. *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. Madrid: UAH i Defensor del Pueblo, 2019b.
- PONCE SOLÉ, Juli. «El derecho administrativo del siglo XXI». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 52 (2019c).
- PONCE SOLÉ, Juli. «Segregación espacial, derecho urbanístico y jueces audaces en los Estados Unidos de América (con algunas reflexiones sobre el derecho español)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57 (any núm. 19, 1999), p. 329-354.
- PONCE SOLÉ, Juli; VILLORIA MENDIETA, Manuel (dir.). *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación 2020*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2021.
- PONCE SOLÉ, Juli; VILLORIA MENDIETA, Manuel (dir.). *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación 2019*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2020.
- RICO, M. *¡Vergüenza! El escándalo de las residencias*. Madrid: Planeta, 2021.
- SCHMIDT-ASSMANN, Ebenhart. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SOTO VALLE, Juan Ignacio; PONCE SOLÉ, Juli. *Pobreza energética, regulación jurídica y protección de los derechos de las personas*. Barcelona: Federació de Municipis de Catalunya, 2018.
- VICENTE DÁVILA, F. «La dimensión colectiva del derecho a una buena administración contractual: ¿un status de acción pública en el sistema de control de la contratación pública?». *Observatorio de la Contratación Pública* [blog], 9 d'abril de 2018, <[www.obcp.es/opiniones/la-dimension-colectiva-del-derecho-una-buena-administracion-contractual-un-status-de](http://www.obcp.es/opiniones/la-dimension-colectiva-del-derecho-una-buena-administracion-contractual-un-status-de)> [consulta: 10 novembre 2022].