

EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA
CLÁSICA A LA BUENA
ADMINISTRACIÓN

EVOLUCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL
Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO PRIMERO. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO	15
I. PLANTEAMIENTO.....	15
II. APROXIMACIÓN A UNA POSIBLE NOCIÓN JURÍDICA DE BUENA ADMINISTRACIÓN.....	20
III. LA NECESARIA DISTINCIÓN RESPECTO A EXPRESIONES PRÓXIMAS, ESPECIALMENTE, BUEN GOBIERNO O BUENA GOBERNANZA	28
IV. FUNCIONALIDADES PRÁCTICAS DE LA NOCIÓN DE BUENA ADMINISTRACIÓN.....	35
1. Enfoque adoptado.....	35
2. Buen funcionamiento de la Administración: eficiencia, estándares y <i>soft law</i>	39
3. Buena decisión administrativa.....	52
4. Tutela administrativa efectiva	57
5. Un mayor control del sometimiento de la Administración a la legalidad en sentido amplio	62
CAPÍTULO SEGUNDO. EL PAPEL DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	69
I. INTRODUCCIÓN.....	69
II. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN SENTIDO AMPLIO.....	70

	<u>Pág.</u>
III. UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LA LABOR DE ASESORAMIENTO ATENDIENDO A SU NATURALEZA Y FINALIDAD	79
IV. LA FUNCIÓN CONSULTIVA CLÁSICA: EL CONSEJO DE ESTADO COMO MANIFESTACIÓN DE LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO ESTABLECIDA POR LA CONSTITUCIÓN	86
V. LA FUNCIÓN CONSULTIVA COMO MOTOR DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN.....	91
1. Perspectiva general: la diversidad de supuestos en que los consejos consultivos emiten su parecer	91
2. El importante papel de la función consultiva en la elaboración de normas: calidad normativa, conveniencia administrativa y oportunidad jurídica	95
3. Función consultiva y estándares de funcionamiento, en especial, los supuestos de responsabilidad patrimonial	104
4. La labor consultiva como garantía de legalidad, acierto y oportunidad: su papel en el procedimiento administrativo.....	109
A MODO DE CONCLUSIÓN.....	113
BIBLIOGRAFÍA	119

INTRODUCCIÓN*

Desde principios de siglo han irrumpido en nuestras vidas conceptos que parecen haber dado un giro a las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, en particular, la Administración. Cabe recordar, por ejemplo, la idea de buena gestión pública recogida en el *Libro Blanco de Gobernanza Europea*, de 25 de julio de 2001, así como los cinco principios denominados de buen gobierno a nivel europeo, que el citado documento recoge, a saber: la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia, que, sin duda, responden a esa nueva relación entre los diferentes agentes del sistema que se viene demandado en los últimos años.

Los cambios que todo ello está suponiendo hace replantearse también el papel de algunas de las figuras clásicas y básicas de nuestro sistema, como es, sin duda, el Consejo de Estado y, en general, la función consultiva de este tipo de órganos, pues, a mi juicio, estas reformas estructurales e, incluso, de concepto, del propio sistema y de las relaciones de los actores que intervienen de un modo u otro en el mismo, no pueden implicar el olvido de instituciones de gran raigambre que cumplen importantes funciones en un Estado social y democrático de Derecho.

Desde esta perspectiva y con la finalidad tanto de poner en valor la labor de este tipo de órganos consultivos, como ofrecer propuestas para un mejor funcionamiento de la Administración y del sistema en general, se tratará de exponer en este trabajo cómo la función de asesoramiento clásica contribuye al logro de una buena administración.

A tales efectos se acomete en primer lugar la difícil labor de intentar ofrecer una noción —más o menos concreta— de qué debe entenderse por buena administración, siempre teniendo en cuenta la perspectiva adoptada en este tra-

* Este trabajo tiene su origen en la intervención sobre «La contribución de la función consultiva a una buena administración» en el Seminario internacional «*La bonne administration: un nouveau paradigme du droit administratif?*», celebrado en Oviedo el 2 de octubre de 2020 y se incardina en el Proyecto «Gestión indirecta de servicios socio-sanitarios a la luz de la nueva regulación de contratos del sector público: el paradigma de la Buena Administración» Ref. RTI2018-097840-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades al grupo de investigación SPAG: servicios públicos, administraciones y garantías.

bajo y el objetivo perseguido en el mismo, es decir, vinculada a la propia finalidad última que la CE atribuye a la Administración en el art. 103.1, por tanto, servir al interés general conforme, entre otros, al principio de eficacia, pero sin olvidar la esencia misma del Derecho administrativo, por tanto, el equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los ciudadanos y, en particular, los derechos procedimentales de los interesados, en línea con lo establecido en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al recoger el derecho fundamental a una buena administración.

De este modo, una vez que se concreta la noción de buena administración, desde este prisma técnico-legal y dejando claras las diferencias con aspectos de carácter político —próximos a otros términos como buen gobierno—, se analizan sus funcionalidades concretas, es decir, qué aplicación y consecuencias prácticas pueden atribuírsele; consecuencias que no olvidemos ya le otorgara Hauriou a principios del siglo pasado.

Y es que, en efecto, se puede afirmar que la noción de buena administración es consustancial a la propia idea de la Administración contemporánea —surgida a raíz de la Revolución Francesa—, a pesar de lo cual, a mi juicio, no ha gozado del predicamento ni trascendencia real que debería haber tenido, y no solo en nuestro sistema sino con carácter general en muchos otros ordenamientos, pues puede afirmarse que, en términos globales, no se le ha dotado aún de un adecuado concepto.

En la segunda parte de este trabajo, una vez que se ha propuesto en la primera tanto una noción concreta de buena administración como sus funcionalidades, se analiza la contribución a la misma por parte de la función consultiva clásica, es decir, la ejercida por el Consejo de Estado y órganos similares, tanto en nuestro sistema como en otros, con especial atención al *Conseil d'État* francés. Pero no sin antes deslindar esta labor de asesoramiento de otras, tarea que, a mi juicio, adquiere incluso más interés en la actualidad, para evitar confusiones con otros tipos de consultas que responden a una idea diferente, en especial, la que se refiere a la participación. De este modo, se ofrece una clasificación de la función consultiva utilizando para ello el criterio de la naturaleza y, especialmente, la finalidad de la misma.

Una vez centrada así la función consultiva clásica, su razón de ser, los objetivos que persigue y los diversos instrumentos de los que dispone, se pasa a exponer algunos de los supuestos en que más claramente incide o coadyuva al logro de una buena administración. Todo ello con la finalidad de poner de relieve esa aportación incontestable que realizan estos tipos de órganos a la buena marcha de la Administración, a un funcionamiento de la misma más correcto y una mejor toma de decisiones, con lo que a su vez se ahonda de forma decidida en el logro del Estado social y democrático de Derecho, que proclama nuestra Carta Magna.

Y es que no debe olvidarse el fuerte vínculo existente entre la facultad consultiva y el tipo de régimen político de cada momento, por lo que precisamente en este tiempo en que, como se ha dicho al comienzo de esta introducción, parece que el mismo se está incluso reformulando y ajustando las relaciones entre la sociedad y el Estado, es hora también de atender al rol esencial que en todo ello juega la función consultiva clásica y, como estandarte de la misma, el Consejo de Estado.

CAPÍTULO PRIMERO

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO

I. PLANTEAMIENTO

Resulta cuanto menos paradójico que desde hace años se haya venido empleando el término buena administración, no solo a nivel jurisprudencial, sino, incluso, que se refleje de forma expresa en diversos textos normativos¹, por ejemplo, algunos Estatutos de Autonomía² o normas como la LCSP³, y, sin embargo, no se ofrece en ellos un concepto, una noción o definición de qué es o qué debemos entender por buena administración. Lo que ocurre no solo en nuestro país, sino también en otros sistemas⁴, tal y como se tratará de exponer.

¹ Destacando, sin lugar a dudas, el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, respecto al cual cabe remitirse a lo dicho en E. M.^ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La apuesta europea por una buena administración: implicaciones y estado de la cuestión», en P. ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA (dir.), *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica. Estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Thomson Reuters, 2019, pp. 613-629.

² Así, por ejemplo, en los años 2006 y 2007 se modificaron algunos Estatutos de Autonomía en este sentido, mencionando incluso de forma expresa el derecho a una buena administración, como, por ejemplo, el art. 9.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, el art. 30 de la redacción actual del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el art. 14.2 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, y el art. 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Véase, en relación al mismo, C. M.^ª ÁVILA RODRÍGUEZ, «El derecho a una buena Administración en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía: significado y alcance», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 75, 2009, pp. 289-326; o el art. 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. O, más recientemente, el Estatuto de Autonomía de Canarias, reformado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, que recoge el derecho a una buena administración en el art. 32.

³ En concreto, en cuanto a la libertad de pactos, en el art. 34 habla de los principios de buena administración.

⁴ Si bien es cierto que, como se expondrá más detenidamente, hay quien ha hecho un auténtico esfuerzo por buscar una noción de buena administración que dé contenido y utilidad a

Valga mencionar ahora simplemente, la jurisprudencia griega de los años treinta⁵, la doctrina italiana de la misma época⁶, o en los años cincuenta la Ley de procedimiento administrativo de los Países Bajos⁷; o la jurisprudencia del TJUE también desde los años cincuenta⁸; sin olvidar otros ordenamientos como el francés⁹, la *buona amministrazione* o el *buon*

la misma, como es el caso de la autora Rhita Bousta, quien ofrece una visión restrictiva de esta figura, que en gran medida se comparte en este trabajo. Véase, a este respecto, especialmente su tesis, R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en Droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010.

⁵ A este respecto véase, por ejemplo, G. DELLIS, «Le principe de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d'État hellénique», *État-loi-administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Piliotopoulos*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

⁶ Valga de ejemplo, entre otros, R. RESTA, «L'onere di buona amministrazione», *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, pp. 104 y ss.

⁷ En concreto, la *Ley Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie*, de 16 de septiembre de 1954.

⁸ Así, desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 1955, *Industrie Siderurgische Associate (ISA) c. la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 4-54, ECLI:EU:C:1955:3, en cuyo apartado 6 se mencionan las reglas de buena administración, hasta la actualidad, se ha producido una abundante jurisprudencia comunitaria al respecto. Valga mencionar algunas resoluciones a modo de ejemplo, como la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 9 de noviembre de 1994, *Scottish Football Association c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-46/92, ECLI:EU:T:1994:267, o del mismo Tribunal la de 6 de julio de 2000, *Volkswagen AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-62/98, ECLI:EU:T:2000:180, donde se vincula el principio de buena administración con la obligación de motivación de los actos y con el derecho a la audiencia; la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 2001, *Z/Parlamento*, asunto C-270/99 P, ECLI:EU:C:2001:639, en la que se afirma que el principio de buena administración consiste en la obligación de tramitar el procedimiento disciplinario con diligencia y actuar de modo que cada acto de procedimiento se realice dentro de un plazo razonable en relación con el acto precedente; la Sentencia del mismo Tribunal de 9 de septiembre de 2009, *Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02, ECLI:EU:T:2009:314, donde se trata el tema de este principio conectado con el elemento de plazo razonable, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 19 de abril de 2016, *Bruno Costantini c. Comisión Europea*, asunto T-44/14, ECLI:EU:T:2016:223; la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 4 de abril de 2017, asunto C337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.ª), de 22 de noviembre de 2017, asunto C691/15 P, ECLI:EU:C:2017:882, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 16 de enero de 2019, asunto C-265/17 P, *Comisión c. United Parcel Service*, ECLI:EU:C:2019:23, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 2.ª), de 14 de mayo de 2020, caso *Agrobet CZ s.r.o. c. Finanční úřad pro Středočeský kraj*, ECLI:EU:C:2020:369, o la del Tribunal de Justicia (Sala 1.ª), de 25 de junio de 2020, caso *SC c. E. K.*, ECLI:EU:C:2020:505, entre muchas otras.

⁹ Donde se maneja de forma amplia por el *Conseil d'État*, si bien a nivel de Derecho positivo se hace eco tardíamente de esta expresión en la *Loi n.º 2013-1005 du 12 novembre 2013*, por la que se modifica la *Loi n.º 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, hoy recogida en el *Code des relations entre le public et l'administration de 2015*, en concreto, en su art. L.231-5, que habla de la posibilidad, «por razones de buena administración», de derogar el principio de que el silencio administrativo de más de dos meses constituye una aceptación por parte de la Administración. Pero ya desde el siglo XIX podemos encontrar en diversos autores el empleo de esta expresión, con diferentes significados, cabe ahora mencionar, por ejemplo, a L. A. MACAREL, *Éléments de Droit Politique*, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1833, p. 399, quien precisamente vincula la buena administración con la labor del Consejo de Estado, o J. CRUET, *Étude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif: des cas où l'autorité gouvernementale et administrative n'est pas tenue, sous des sanctions efficaces, de respecter les droits individuels et la légalité*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, 1906, pp. 226, 258, 294 y 355, respecto a la igualdad ante las cargas como principio de buena administración; en la p. 359 como móvil de la actuación administrativa del Estado; en la p. 414 en cuanto a preocupada

andamento en el italiano¹⁰, la idea de *hyvä hallinto* del sistema finlandés¹¹, la *god forvaltningssskik* en Dinamarca; el *god forvaltningsstandard* sueco; *Ordnungsgemässe Verwaltungsgun* o *Gute Verwaltung* en Alemania; *Verwaltungsverfahrenrecht* y *Volksanwaltschaft* en Austria¹²; o el *Ombudsman* británico que, desde 1967¹³, se encarga del estudio de casos de mala administración, si bien dicha figura encuentra un origen más remoto en Suecia y se ha extendido a un gran número de países tanto en Europa¹⁴, como en Latinoamérica¹⁵, así como a las instituciones de la UE, donde el Defensor

por la rápida ejecución de los servicios públicos, etc. Por lo que se refiere a la reforma operada al respecto en el sistema francés que dio lugar al citado código, véase también, A. BOTO ÁLVAREZ, «Simplificación procedimental y optimización del funcionamiento de la Administración francesa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99-100, mayo-diciembre de 2015, pp. 681-701.

¹⁰ Entre la doctrina italiana, cabe mencionar, entre otros, S. CASSESE, «Il diritto alla buona amministrazione», *Relazione alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25.º aniversario della legge sul «Sindico de Greuges» della Catalogna*, Barcelona, 2009; *id.*, «Sulla buona amministrazione e sulle riforme», *Conclusioni del Convegno annuale Aipda su Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Roma, Università di Roma, 2016; D. SORACE, «La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60.º aniversario della Costituzione», *Relazione al Convegno della rivista «Costituzionalismo.it»: La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Ascoli Piceno, 2008, o con anterioridad, G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, o, incluso antes, el ya mencionado trabajo de R. RESTA, «L'onere di buona amministrazione», *op. cit.*, pp. 104 y ss. Así como el estudio en general del art. 97 de la Constitución italiana, por cuanto habla del buen funcionamiento de la Administración, por ejemplo, el realizado por R. CARANTA, «Art. 97», en R. BIFULCO, A. CELOTTO y M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Milano, Utet Giuridica, 2006, pp. 1889-1908.

¹¹ Donde destaca la previsión del art. 21, en que habla expresamente de la garantía de buena administración.

¹² Respecto al concepto de buena administración en sus diversas formas en algunos de los sistemas indicados, véase K.-D. CLASSEN, *Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union. Eine Untersuchung zu Herkunft, Entstehung und Bedeutung des Art. 41 Abs. 1 und 2 der Europäischen Grundrechtecharta*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp. 99-182.

¹³ En efecto, tal y como ya dijera J. A. FUENTETAJA PASTOR y J. GUILLÉN CARAMÉS, *La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 191-192, en Reino Unido, «desde 1967, la supervisión externa de las reclamaciones públicas, se han llevado a cabo por un *Ombudsman*, que constituye una parte reconocida y respetada de la Administración pública. Los ciudadanos a nivel individual pueden elevar sus quejas si entienden que han padecido una injusticia como resultado de un mal funcionamiento de los servicios públicos. No todos los casos serán el resultado de falta de probidad, pues a menudo se trata de malos procedimientos, falta de eficiencia o simples errores, pero constituye una importante comprobación del incorrecto funcionamiento de la Administración pública. La existencia de un control externo supone una importante disciplina para resolver en primer lugar las quejas sobre los entes públicos». Con carácter general, esta figura, que se ha extendido como se ha visto en muchos otros sistemas, se ha definido por la doctrina, en concreto, por R. BOUSTA, «Contribution à une définition de l'Ombudsman», *Revue Française d'Administration Publique*, núm. 123, 2007/3, p. 397, «como una institución responsable del control independiente de la acción de la Administración para poner fin a un conflicto de intereses entre la Administración y los ciudadanos, mediante un poder de recomendación y propuesta de reforma sin fuerza coercitiva», si bien, la misma autora pone de manifiesto los diversos contextos en que estas figuras se crean.

¹⁴ Así, por ejemplo, en Francia se reformó la Constitución en 2008 para introducir la figura del *Défenseur des Droits*, en su art. 71, creándose en 2011, por la *Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits*. Si bien ya existía desde 1973 como *Médiateur de la République*, respecto al cual puede verse, entre otros, J. MÉNIER, «La place du Médiateur dans la politique de réforme administrative (1970-1980)», *Revue Internationale des Sciences Administratives*, núm. 4, 1981, pp. 312-324.

¹⁵ Véase, a este respecto, entre otros, G. ESCOBAR (ed.), *Ombudsman y democracia*, Madrid, Trama editorial, 2015.

del Pueblo Europeo¹⁶ —creado hace veinticinco años—, desempeña un papel crucial en este tema.

Sin embargo, a mi juicio, resulta especialmente reseñable que ya en 1901, el propio Maurice Hauriou hablara de la buena administración¹⁷, o, incluso, con anterioridad, ya se mencionara la *maladministration* en la *Virginia Declaration of Rights* de 12 de junio de 1776¹⁸. Y todo ello, además, sin olvidar el rol que el principio de buena administración juega en la construcción misma del Derecho administrativo europeo y, en fin, del espacio administrativo europeo¹⁹, así como en el denominado Derecho administrativo global²⁰, aunque la perspectiva aquí adoptada no sea estrictamente esta.

En fin, podría incluso entenderse que se trata de algo consustancial a la propia idea y existencia de la Administración pública²¹ —en el sentido que esta tiene desde la Revolución Francesa—, aunque sea en los últimos años cuando se ha empezado a intentar dotar de efectos jurídicos a la buena administración²², incluso, otorgarle una nueva dimensión como pilar del orden jurídico-administrativo, pues la misma, como noción jurídica que es, debe impregnar todo el universo jurídico-administrativo y, en especial, las relaciones entre la Administración y el ciudadano²³, aunque no solo²⁴.

¹⁶ Respecto a la importante labor que esta figura desempeña, especialmente, en cuanto al logro de una buena administración, véase, por ejemplo, B. FERRER JEFFREY, «Presente y futuro del Defensor del Pueblo Europeo, guardián de la buena administración», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 3, 2.º semestre de 2002, pp. 341-353.

¹⁷ En concreto, el citado decano en su comentario a la decisión del *Conseil d'État*, 29 mars 1901, *Casanova*, requête n.º 94.580, rec. p. 333, que puede consultarse en M. HAURIOU, «La recevabilité du recours d'un contribuable contre une délibération du conseil municipal intéressant les finances de la commune, Note sous Conseil d'État, 29 mars 1901, *Casanova*, S. 1901.3.73», *Revue générale du droit*, núm. 13.296, 2014 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13296); afirma que: «El Consejo de Estado reanuda su verdadero papel, que no es el de un juez encargado únicamente de asegurar la aplicación de las leyes, sino la de un juez encargado de asegurar la buena administración. Y eso no es lo mismo, porque la buena administración no se decreta por los textos de las leyes, ni siquiera los más cuidadosamente redactados». Además, conecta la buena administración con la potestad discrecional, que es inseparable de la Administración activa, cuando habla del recurso por exceso de poder, precisamente como medio de buena administración.

¹⁸ Respecto a las similitudes y las diferencias de la buena administración en Estados Unidos y en la UE, cabe destacar el trabajo de J. L. MASHAW, «Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance», *eYLS Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 2007 (https://digitalcommons.law.yale.edu/ffs_papers/1179/).

¹⁹ A este respecto cabe destacar, sin duda, la tesis de E. CHEVALIER, *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

²⁰ Como así lo entiende S. CASSESE, «Il diritto alla buona amministrazione», *op. cit.*, p. 4.

²¹ A este respecto cabe destacar la idea de buena administración como el alma de la Administración pública expuesta por J. TORNOS MAS, «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», en L. MARTÍN REBOLLO y J. BERMEJO VERA (dirs.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*, vol. I, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 629-642.

²² Así, en palabras de P. DELVOLVÉ, «Le droit à une bonne administration», *Jus Publica In Extenso*, 8 de diciembre de 2013 (http://lexpublica.over-blog.com/2013/12/le-droit-%C3%A0-une-bonne-administration-_par-pierre-delvolv%C3%A9.html), consultado el 18 de agosto de 2020, se trata de un derecho nuevo en su formulación pero no en su existencia.

²³ En la línea apuntada por A. MATILLA CORREA, *La buena administración como noción jurídico-administrativa*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 30-34.

²⁴ Como se expondrá más detenidamente, aquí, a diferencia de la mayoría de autores, se considera que la buena administración no es una cuestión que deba contemplarse únicamente

Una paradoja que lejos de ser inocua, a mi juicio, tiene relevantes consecuencias, dado que todo concepto, noción, principio, derecho, regla, institución, figura, estándar²⁵, en el Derecho, debe tener una finalidad, debe cumplir una misión, debe, en definitiva, tener efecto y no limitarse a la retórica. En gran medida a ese objetivo responde el estudio que aquí se plantea, a dotar a la buena administración de sentido y utilidad, más allá de un mero uso hueco, de darle efectos jurídicos concretos, de definir de algún modo sus contornos, con la finalidad, por otro lado, de conocer en qué medida contribuye a su logro la función consultiva a que me referiré en la segunda parte de este trabajo.

Y es que sin dotarla de contenido difícilmente se podrá conocer en qué medida contribuye a la misma la labor desarrollada, en este caso, por los órganos consultivos, es más, si la buena administración es una aspiración, un objetivo, un logro en sí mismo, debe conocerse en qué consiste para poder emplear los medios adecuados en su consecución o, de lo contrario, quedará en una cáscara de nuez vacía, más cuando parece haber penetrado en nuestra vida cotidiana y ha sido aceptada por la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho tanto positivo como el *soft law*²⁶.

En fin, parece, sin lugar a duda, que ocupa un lugar en la creciente complejidad de las Administraciones, pero, sin embargo, paradójicamente, carece de una clara definición o concreción, es más, se utiliza de forma flexible, mientras que, al contrario, debería dotársela de cierta estabilidad, integrarla como una noción propia de nuestra disciplina y, en general, del Derecho público, y concederle efectos jurídicos propios y no solo como apoyo a los principios y derechos ya existentes. O, de lo contrario, pasará a ser una palabra o expresión de esas que tienen más valor que significado²⁷.

Por tanto, lo que se pretende aquí es dotar de cierto contenido o, incluso, sentido, a la noción de buena administración, con la finalidad de ofrecer, de igual modo, su funcionalidad en el sistema jurídico no solo español, sino en general en los diversos ordenamientos, donde de un modo u otro se ha

desde la perspectiva del ciudadano y sus derechos, sino que impregna toda la actuación de la Administración.

²⁵ Sobre los diversos tipos de estándares en la UE, donde se destaca la importancia precisamente de las nociones y su papel de equilibrio en la UE, cabe destacar la tesis de E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, donde la autora clasifica precisamente la buena administración dentro de los estándares transpuestos, a través de una mera adaptación comunitaria.

²⁶ En cuanto al interesante tema de los efectos jurídicos del llamado «derecho blando», véase, entre otros, D. SARMIENTO, *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid, Civitas, 2008. Y, especialmente, el estudio del CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013: Le droit souple*, Paris, La Documentation Française, 2013.

²⁷ Tal y como definiera a la libertad P. VALÉRY, *Regards sur le monde actuel et autres essais*, Paris, Gallimard, 1945 (édition électronique réalisée par Jean-Marc Simone, http://classiques.uqac.ca/classiques/Valery_paul/regards_monde_actuel_autres_essais/regards_monde_actuel_et_autres.html), p. 44: «Liberté c'est un de ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens; qui chantent plus qu'ils ne parlent; qui demandent plus qu'ils ne répondent; de ces mots qui ont fait tous les métiers, et desquels la mémoire est barbouillée de Théologie, de Métaphysique, de Morale et de Politique; mots très bons pour la controverse, la dialectique, l'éloquence; aussi propres aux analyses illusoirs et aux subtilités infinies qu'aux fins de phrases qui déchainent le tonnerre».

acogido este término, sin olvidar, no obstante, la diversidad de tradiciones existente entre ellos. No en vano, como se verá, algunas de las cuestiones a tratar en esta investigación ponen de relieve la necesidad de estudiar los diversos elementos presentes en su contexto y en el sistema concreto en que se encuentra su origen, solo ello sirve para explicar y entender adecuadamente dichos instrumentos, valga de ejemplo, el *Ombudsman* inglés o la utilización del *soft law* en el sistema británico o en el Derecho comunitario, de tradición jurídica distinta a la propia del Derecho continental, como el francés o el español.

Se trata, al fin y al cabo, de, partiendo de una noción de buena administración, más o menos concreta, encontrar su aportación al Derecho administrativo más allá de la mera oratoria, es decir, contribuyendo no solo de apoyo o redundancia a las previsiones ya existentes, sino cuanto menos sirviendo a su interpretación adecuada, pero incluso también a algo más.

Y es que, no es posible conformarse con entender la buena administración como el conjunto de principios y derechos que los diversos ordenamientos jurídicos y, en concreto, el español, ya recogían de un modo u otro, por ejemplo, en forma de derechos procedimentales contenidos en la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pero ya con anterioridad en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino que debe ser algo más. De igual modo, es preciso para el cumplimiento de este objetivo, distinguir este término de otros con los que, con frecuencia, a mi juicio, se confunden, como buen gobierno o buena gobernanza. Pues pese al fuerte vínculo existente entre Gobierno y Administración, ni son lo mismo, ni tienen los mismos fines, ni los principios y reglas de actuación son idénticos.

Así, una vez se haya hecho un acercamiento más o menos preciso a los contornos de una buena administración, su contenido y sus efectos jurídicos, se pasará en el segundo capítulo a analizar la función consultiva clásica, ejercida a través de órganos consultivos del tipo del Consejo de Estado²⁸, su papel en el Estado social y democrático de Derecho, su distinción necesaria con otros tipos de asesoramiento y, ya finalmente, cómo la misma puede y debe contribuir a una buena administración.

II. APROXIMACIÓN A UNA POSIBLE NOCIÓN JURÍDICA DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Como es por todos conocido, el hecho de que no exista en el ordenamiento jurídico ni en la jurisprudencia una definición clara y concisa de qué es la buena administración, lleva necesariamente a una heterogeneidad de puntos de vista y de propuestas al respecto. Así, se puede observar lo que podría denominarse una doble tendencia. De un lado, la teoría amplia, que viene a integrar dentro de la misma aspectos y principios diversos, como la transpa-

²⁸ En relación con esta Institución, véase, entre otros, G. GARCÍA ÁLVAREZ, *La Función Constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona, CEDECS, 1996.