
Las oficinas y agencias locales anticorrupción como instrumentos para promover el buen gobierno y el derecho de los ciudadanos a la buena administración. Propuesta de una lista de comprobación de la calidad de su diseño*

Juli PONCE SOLÉ

*Director del Instituto de Investigación de la Universidad de Barcelona TransJus
Catedrático de Derecho Administrativo (A.)
Universidad de Barcelona*

RESUMEN

El estudio analiza la razón por la que unidades administrativas específicas anticorrupción en el nivel local pueden ser útiles para prevenir y luchar contra este fenómeno, analizando sus posibles funciones, sus posibilidades y límites, así como cuál debería ser su posible diseño óptimo. Se considera el ámbito de sus funciones (lucha contra la corrupción y promoción del buen gobierno y del derecho a una buena administración de los ciudadanos) y se tienen en consideración en el trabajo las más recientes experiencias en la materia, incluyendo los casos de las ciudades de Barcelona y Madrid. Este trabajo propone una concreta lista de comprobación con 10 ítems (subdivididos en subtemas) que podría ayudar a un regulador a tomar la mejor decisión posible y contribuir a un análisis crítico posterior de los ejemplos ya surgidos y que vayan surgiendo en España.

Palabras clave: buen gobierno; derecho a una buena administración; transparencia; gobierno abierto; corrupción; oficinas; agencias; administraciones locales.

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2014-57391-C2-1-R Título: Regeneración democrática, buena administración e integridad pública: el papel del Derecho administrativo ante la crisis de las instituciones públicas. IP: Juli Ponce.

ABSTRACT

The study analyzes the reason for specific local agencies against corruption, as a way of prevention and fight against such a phenomenon. It analyzes their possible functions as well as their possibilities and limits, including their possible better design. The work considers their possible functions (fighting against corruption and promoting good government and the right to good administration) and the most recent experiences, including the cases of Barcelona and Madrid. The article proposes a checklist with 10 items (with an internal subdivision) which could help to the regulator to take a better decision as well as to promote a critical analysis of the examples existing in Spain and the future possible developments.

Keywords: good government; right to good administration; transparency; open government; corruption; anticorruption agencies; local governments.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PORQUÉ DE LAS OFICINAS LOCALES ANTICORRUPCIÓN: 1. La lucha contra la corrupción. 2. El fomento del buen gobierno y la buena administración: 2.1. Declaraciones generales. 2.2. Relacionando el buen gobierno y la buena administración con la transparencia. 2.3. Vinculando la buena administración con la motivación. 3. Estableciendo el deber de diligencia debida o cuidado debido en la ponderación. 4. Uniendo la mejora de la calidad regulatoria y la buena administración.—III. LA FINALIDAD DE LA CREACIÓN DE UNA OFICINA LOCAL ANTICORRUPCIÓN.—IV. EL DISEÑO IDÓNEO DE UNA OFICINA LOCAL ANTICORRUPCIÓN.—V. LAS OFICINAS LOCALES ANTICORRUPCIÓN EN ESPAÑA: EL ÁMBITO LOCAL.—VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.—VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto un tema poco estudiado, tanto internacionalmente como, menos aún, en España, enfocándolo, además, desde la perspectiva local, todavía menos tratada: una reflexión sobre el papel de unidades en la organización administrativa local diseñadas específicamente para promover la transparencia y desarrollar la lucha contra la corrupción y el fraude¹.

Además de existir pocos estudios sobre el tema, hasta fechas muy recientes no hemos tenido ejemplos de oficinas anticorrupción en España y aún son más nuevas las (pocas) experiencias de unidades anticorrupción a nivel local. Este tipo de unidades, no forman parte, pues, de nuestra tradición administrativa, como tampoco han formado parte, desde una perspectiva más general, el impulso de la transparencia, el buen gobierno y

¹ Efectivamente, un estudio de los (escasos) estudios existentes sobre el tema, constata una ausencia de análisis desde la perspectiva local. Existe un análisis de las medidas adoptadas en la ciudad boliviana de La Paz en los años ochenta, realizado por KLITGAARD, MACLEAN-ABAROA, LINDSEY PARRIS, *A practical approach to dealing with municipal malfeasance*, UNDP/UNCHS/WORLD BANK, *Working Paper*, Marrackech, 1998, consultable en: http://sswm.info/sites/default/files/reference_attachments/KLITGAART%20et%20al%201996%20A%20Practical%20Approach%20to%20Dealing%20With%20Municipal%20Malfeasance.pdf.

la buena administración y la prevención de la mala administración y la corrupción, que solo han entrado de forma relevante en la agenda política y en el ámbito administrativo en fechas muy recientes, como es sabido.

Avanzando, pues, por un campo poco explorado, el presente trabajo va a dividir su estructura en tres partes.

En primer lugar, abordará *por qué* puede ser una buena idea generar unidades específicas en la Administración local para luchar contra la corrupción, lo que nos exigirá, siquiera brevemente, hacer una referencia al concepto de corrupción y a su opuesto, el objetivo que estas unidades deben perseguir siempre como norte: el buen gobierno y la buena administración, mediante la transparencia y la participación que garanticen lo que modernamente ha venido a llamarse un gobierno abierto².

En segundo lugar, este análisis se preguntará *para qué* puede plantearse un gobierno local en España la creación de una oficina o agencia anticorrupción, analizando las posibles razones que pueden estar detrás de dicha creación y exponiendo cuáles pueden ser legítimas y razonables y cuáles podrían condicionar negativamente, desde el principio, la unidad que se cree.

Finalmente, el trabajo se preguntará sobre *cómo* diseñar del mejor modo posible, esto es, del más eficiente, económico y eficaz (de conformidad con los principios constitucionales de buena administración contenidos en los arts. 31.2 y 103.1 CE) una unidad local anticorrupción para intentar garantizar, desde el principio, el éxito futuro en su misión.

En concreto, el estudio propondrá una lista de comprobación de 10 indicadores que un regulador debería tomar en consideración antes de tomar la decisión de crear una de estas unidades, como, por ejemplo, la posible Autoridad Independiente de Autoridad Pública, prevista en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada al Congreso de los Diputados en otoño de 2016 y que en el momento de escribir estas líneas ha iniciado su andadura parlamentaria. Asimismo, la lista de indicadores puede ser útil para los analistas que *a posteriori* quieran calificar la calidad de una agencia u oficina anticorrupción o de transparencia ya creada. A la luz de estas reflexiones, se terminará el estudio con un breve análisis de las recientes experiencias españolas en la materia, destacando los casos de Barcelona y Madrid.

II. EL PORQUÉ DE LAS OFICINAS LOCALES ANTICORRUPCIÓN

En primer lugar, la terminología empleada internacionalmente para adjetivar estas oficinas es variada, surgiendo conceptos como oficinas antifraude, de transparencia,

² Sobre el concepto del gobierno abierto, *vid.* por todos P. SIMÓN CASTELLANO, «El govern obert», en A. CERRILLO y J. PONCE (coords.), *Transparència, accés a la informació i bon govern a Catalunya*, pp. 219 y ss., y la abundante bibliografía allí manejada y citada.

anticorrupción, de buenas prácticas... En la práctica, pese a la diversidad de términos, todos hacen referencia a lo mismo: la reacción contra fenómenos de mala administración negligente o dolosa (esto es, corrupción) que florecen en ámbitos de opacidad, en persecución, pues, de un buen gobierno y una buena administración en un contexto de transparencia que permita el florecimiento de las buenas prácticas administrativas³.

En segundo lugar, el sustantivo empleado también varía, siendo frecuentes los de oficina o agencia. En todos los casos quiere hacerse mención de un tipo de unidad administrativa, cuya configuración puede ser muy diversa, yendo desde una administración independiente a una simple unidad con un grupo de empleados públicos encuadrados en la estructura burocrática de una administración encargados específicamente de estos temas. En términos generales, en el idioma inglés se acostumbra a referirse a estas unidades con la denominación de *ANTICORRUPTION AGENCIES* (en adelante, ACAs)⁴.

En tercer lugar, el concepto de oficinas o agencias contra la corrupción que se maneja internacionalmente en ocasiones es muy amplio, identificándose con cualquier control que incida sobre la corrupción. Sin embargo, a los efectos de este trabajo, esa definición tan amplia nos parece poco operativa. Preferimos por ello una acepción más estrecha, como la utilizada por el Banco Mundial en 1999, para el que sería una agencia anticorrupción aquel organismo que verifica y controla las declaraciones patrimoniales de los funcionarios, lleva adelante investigaciones de posibles casos de corrupción y persigue sanciones civiles administrativas y penales en los foros apropiados. Sin embargo, a su vez, se trata de una definición muy limitada, que de adoptarse dejaría fuera de la misma diversos tipos de oficina posible, que pueden no desarrollar una parte de las funciones descritas⁵.

Por ello, situándonos en una perspectiva intermedia, adoptaremos el concepto de agencia anticorrupción usado por MEHAGHER, para el que sería un órgano separado y permanente cuya función principal es proveer de liderazgo centralizado en áreas nucleares de la actividad anticorrupción⁶.

³ En la conocida expresión de Brandeis, magistrado del Tribunal Supremo nortamericano, «La publicidad es con razón elogiada como un remedio para las enfermedades sociales e industriales. La luz del sol se dice que es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el más eficiente policía», en D. BRANDEIS, *Other's People Mand How the Bankers Use It*, Frederick A. Stokes Company Publishers, New York, 1914, p. 92.

⁴ *OFFICE OF DEMOCRACY AND GOVERNANCE ANTICORRUPTION PROGRAM BRIEF*, 2016. En español *vid.* el *Informe sobre las agencias estatales de lucha contra la corrupción en el continente americano*, 2009.

⁵ WORLD BANK, «Fostering institutions to contain corruption», PREMnotes: Public Sector, núm. 24, junio 1999. Citado por P. MEAGHER (2004), «Anti-corruption Agencies - A Review of Experience», IRIS (Center for Institutional Reform and the Informal Sector at the University of Maryland). Paper núm. 04/02, marzo de 2004.

⁶ OFICINA ANTICORRUPCIÓN ARGENTINA, *Organismos de lucha contra la corrupción: Informe sobre agencias estatales de lucha contra la corrupción en el continente americano*, coordinado por D. HAFFORD y N. BARAGLI (coords.) y D. BOUER (rec.) —1.ª ed.— Buenos Aires: Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación: PNUD Argentina, Embajada Británica, 2009, consultable en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/oas_anticorruccion.pdf.

Al respecto, deben tenerse en cuenta diversos artículos de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003:

«Artículo 6: Órgano u órganos de prevención de la corrupción.

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como: a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el art. 5 de la presente Convención⁷ y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas; b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción.

2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.

3. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción».

Es preciso subrayar la referencia a la *prevención*, así como la interpretación sistemática con el art. 5, el cual se refiere a que las políticas contra la corrupción deben promover la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la *debida gestión de los asuntos públicos* (en la versión inglesa, *proper management of public affairs*, siendo *proper* una expresión equivalente a *good*, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, sobre el derecho a una buena administración)⁸ y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas. Lo que nos conduce a confirmar la idea que la mejor manera de luchar contra la corrupción es promover el buen gobierno abierto y la buena administración.

⁷ «Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción:

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.

3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.

4. Los Estados Parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción».

⁸ J. PONCE SOLÉ, «Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno», Documento presentado en el VII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP (Madrid, España) del 3 al 5 de octubre de 2016 y publicado en INAP, *La Administración al día*, 19 de enero de 2017, consultable en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>.

A su vez, el art. 36 de la misma convención señala que:

«Artículo 36: Autoridades especializadas.

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones».

Las experiencias internacionales de oficinas anticorrupción son muy variadas⁹. Como más antiguas destacan la Oficina de Investigaciones de Prácticas Corruptas de Singapur (CPIB), creado en años treinta del pasado siglo y la Comisión Independiente Contra la Corrupción de Hong Kong (ICAC), creada en 1973. Ha existido una proliferación internacional en las últimas décadas de este tipo de agencias, con resultados dispares, ante la insuficiencia de los métodos clásicos de control de la corrupción¹⁰.

Como manifestara en el año 2004 un documento del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo¹¹:

«No existe un modelo único para luchar contra la corrupción y aunque existen algunas “prácticas aceptables” que pueden dar ciertos lineamientos, no son aplicables automáticamente al contexto específico de cada país. La historia de los esfuerzos en la lucha contra la corrupción se encuentra colmada de programas que en sus comienzos tuvieron éxito, para verse luego amenazados por gobiernos subsiguientes o por crisis económicas y políticas. No hay arreglos rápidos o seguros».

Entre las funciones típicas de estas unidades (algunas de la cuales desarrollan no una sola sino que acumulan varias) destacan:

- Recepción y respuesta a denuncias: la importancia del denunciante o *whistle-blower* en la tarea de estas agencias es ampliamente reconocida a nivel internacional, por instituciones como Transparencia Internacional, la ONU, la OCDE o la Unión Europea¹².
- Recogida y procesamiento inteligente de datos, seguimiento e investigación.
- Sanción y emisión de órdenes administrativas.
- Investigación, análisis y asistencia técnica.

⁹ Un interesante análisis en USAID, *Anticorruption Agencies (ACAs)*, 2006, consultable en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadm208.pdf y en español en OFICINA ANTICORRUPCIÓN ARGENTINA, *Organismos de lucha contra la corrupción...*, *op. cit.*

¹⁰ S. ROSE-ACKERMAN y B. J. PALIFKA, *Corruption and Government*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 2016, pp. 391-395.

¹¹ PNUD. Nota Práctica: Anticorrupción. Febrero de 2004, citado por OFICINA ANTICORRUPCIÓN ARGENTINA, *Organismos de lucha contra la corrupción...*, *op. cit.*, p. 11.

¹² Sobre este tema, *vid.* por todos R. RAGUÉS I VALLÉS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, 2013.

— Guía para la política pública de ética e integridad, supervisión de *compliance* y escrutinio de declaraciones.

— Información al público y educación.

En términos generales, si bien algunas acumulan ambas tareas, se detecta una distinción en general entre funciones de *prevención* de la corrupción y de *represión* de la misma. Algunas tienen funciones de represión, como la Oficina Central de la Represión de la Corrupción, en Bélgica. Otras tienen funciones puramente preventivas, como el *Service Central de Prévention de la Corruption*, en Francia, ahora substituido por la Agencia Anticorrupción francesa desde finales de 2016¹³, o la *United States Office of Government Ethics*.

En todo caso, sea de forma preventiva y/o represiva, todas estas unidades tienen en común el objetivo de acabar con la corrupción y contribuir a la mejora de la gestión pública mediante la transparencia. Debe aclararse, sin embargo, que el tipo de agencias u oficinas de las que aquí nos ocupamos son distintas de aquellas nacidas con el preciso objetivo de garantizar la aplicación de la nueva generación de leyes de transparencia y buen gobierno iniciada con la estatal 19/2013. Así, aquí no nos vamos a referir al Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno estatal ni a sus homónimos autonómicos que han ido surgiendo en los últimos años.

Aunque no sea este el objeto específico de este trabajo, vamos a dedicar aquí un breve espacio a recordar algunas nociones básicas referidas a la lucha contra la corrupción y a la promoción del buen gobierno y la buena administración, tareas esenciales de las ACAs.

1. La lucha contra la corrupción

Si bien existe coincidencia en la relevancia de la corrupción pública, diversos autores coinciden en la relativamente escasa literatura jurídica administrativa española sobre la misma hasta fechas recientes, lo que sorprende, dada la evidente vinculación existente entre corrupción pública y actividad de Gobiernos y Administraciones¹⁴. La relevancia que para el Derecho público en general, no solo para el Derecho penal, debería tener el fenómeno de la corrupción, ha comenzado a ser puesta de relieve en la doctrina jurídica

¹³ Creada por la Ley del 9 de diciembre de 2016, la Agencia anticorrupción francesa ha sido diseñada para participar activamente en la prevención y la detección de la corrupción y su sanción y para ayudar al Ministerio Fiscal en su labor.

¹⁴ En este sentido, A. NIETO GARCÍA, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 261, señalando que «es sorprendente cómo en un país de corrupción desenfrenada la producción bibliográfica sea tan raquítica y la cuestión haya sido abandonada, salvo escasas excepciones, en manos de los periódicos»; o R. RIVERO ORTEGA, «Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano», *CLAD*, 2005, p. 1, subrayando como «no siempre el derecho administrativo ha atendido esta tarea —se refiere a la modernización administrativa—, que también le corresponde, siendo muy pocos, por ejemplo, en comparación con su importancia, los estudios en profundidad sobre la corrupción».

en los últimos años, y ha empezado a generar iniciativas normativas directamente dirigidas a su prevención, desde la óptica del aseguramiento del correcto funcionamiento del poder ejecutivo.

Frente a las frecuentes opiniones subjetivas e intuiciones desprovistas de base empírica (en un sentido o en otro: esto es, la corrupción como fenómeno aislado, episódico, que conlleva una injusta persecución generalizada de los servidores públicos, o bien la corrupción como un fenómeno sistémico), los estudios disponibles permiten ir avanzando objetivamente y con base empírica en la delimitación del tipo de corrupción presente en España, para su mejor comprensión, prevención y represión¹⁵. De acuerdo con cálculos de VILLORIA y JIMÉNEZ, por ejemplo resulta que «la tasa de criminalidad del funcionariado español en estos últimos seis años, según estos datos, sobre la base de un empleado público por condena, sería casi inexistente, un 0,014 por 100 de corruptos condenados, apenas uno entre 10.000 si consideráramos que todas las causas son imputables a empleados públicos, lo cual es imposible conociendo los datos sobre políticos imputados»¹⁶.

Resultados distintos se obtienen, sin embargo, cuando se trata de cuantificar la corrupción política. De acuerdo con los mencionados datos de la Fiscalía, se estaría hablando de unos 800 políticos imputados en el momento de escribir el estudio por delitos en el ejercicio de su cargo. De estos, acabarán acusados no más del 50-60 por 100, esto es, unos 500. Si se toma el número total de políticos electos y altos cargos, lo que «no es sencillo de establecer», y se dividen esos 500 acusados por el mismo (establecido en unos 70.000), la ratio de criminalidad de los políticos es del 0,7 por 100¹⁷.

Por ello, «en conclusión, los datos objetivos nos dicen que la corrupción pública es mayoritariamente corrupción política, pues las ratios de criminalidad, aunque sean aproximativas, son casi de 100 a 1 entre políticos y empleados públicos».

¹⁵ Así, por ejemplo, M. VILLORIA y F. JIMÉNEZ, «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», *Reis*, 138, abril-junio 2012, pp. 109 y ss., consultable en: <http://www.reis.cis.es/REIS/html/index.html>.

¹⁶ M. VILLORIA y F. JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 119.

¹⁷ Si nos concentramos en el nivel local, de los 110 municipios con más habitantes y/o capitales de provincia, en 39 de ellos ha habido casos investigados en los años 2004-2009, a los que se pueden añadir más de 150 municipios medianos y pequeños con casos también investigados. Todo ello hace que «probablemente estemos hablando de casi 200 municipios con alguna causa abierta de entre un número total de municipios con posibilidades de generar corrupción altamente rentable no superior a los 1.000 (750 mayores de 10.000 habitantes y otros costeros)», esto es, una quinta parte del total.

Todos estos datos llevan a los autores a concluir que:

«De los casos de corrupción importantes, en términos cuantitativos y cualitativos, analizados en los últimos seis años, lo que se observa es que la intervención funcional es muy minoritaria. Puede haber intervenido algún secretario municipal, arquitecto municipal o algún asesor jurídico, pero no suelen ser funcionarios de carrera.

[...] *Todo ello no obsta* para que la percepción de corrupción en la Administración sea mucho más elevada de lo que los datos objetivos reflejan. En enero de 2007, el 34,3 por 100 de los encuestados consideraba que bastantes o casi todos los funcionarios públicos estaban implicados en casos de corrupción en España (CIS 2671). *En una encuesta relativamente reciente, de diciembre de 2010, solo en Cataluña el 34 por 100 consideraba que los funcionarios eran "poco" o "nada" honestos*. La cursiva es nuestra.

El estudio acaba con una hipótesis tentativa, que según los autores debe ser considerada con cautela, que dibujaría un «círculo vicioso de desconfianza que se retroalimenta; un círculo por virtud del cual la lucha contra la corrupción genera noticias de detenciones de políticos que, a su vez, provocan la percepción de una mayor corrupción y, con ello, refuerzan variables clave de nuestra tradicional desafección institucional y desapego político, las cuales, a su vez, podrían favorecer el desarrollo de la corrupción».

De todo lo que exponen los autores, creen ellos que «se puede afirmar que las políticas de lucha contra la corrupción basadas en el Código Penal son insuficientes y que se necesitan políticas preventivas si se quiere dejar de alimentar el círculo vicioso antes expuesto»¹⁸.

Dado que, en nuestra opinión, el derecho surge de la realidad y a la realidad atiende, este punto de partida empírico, sin duda discutible y matizable, pero punto de partida científico, al fin y al cabo, nos ayudará en el desarrollo posterior de nuestra exposición, y por ello le hemos dedicado una cierta atención aquí.

La corrupción pública, en general, y la española, en lo que ahora interesa, y especialmente municipal, es un auténtico *cáncer* social, por su capacidad para debilitar y, en caso extremo, destruir el Estado social y democrático de Derecho, al afectar a la legitimidad del poder mismo, generando «desafección», y al atacar a su sostenibilidad económica (por los costes que implica), ambiental (por los impactos que puede tener; piénsese en la urbanística, por ejemplo) y social (al atacar la cohesión social, la confianza y el capital social, y la sostenibilidad del Estado del bienestar). Como indica KAUFMANN, un país que mejora la lucha contra la corrupción y la gobernabilidad de un nivel relativamente bajo a un nivel promedio, podría prácticamente triplicar los ingresos per cápita de su población a largo plazo, lo que supondría, por ejemplo, un ascenso en la clasificación «control de la Corrupción» en el Banco Mundial, mediante el que Lituania se situaría en el nivel de Portugal y Portugal en el de Finlandia¹⁹. Existe numerosa literatura al respecto²⁰.

¹⁸ M. VILLORIA y F. JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 130.

¹⁹ D. KAUFMANN, «Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción», *Finanzas & Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41 y ss.

²⁰ Por todos, los propios M. VILLORIA y F. JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 110-113, aluden a la misma; *vid.* también D. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 41.

V. LAPUENTE GINÉ, «Por qué la corrupción no se castiga», *Política Comparada*, núm. 2011/02, Laboratorio de Alternativas, p. 5, utiliza la siguiente tabla, obtenida del Informe de Democracia 2011 de la Fundación Alternativas, para visualizar los efectos de la corrupción, que nos parece bien gráfica:

Tabla 1. Indicadores de calidad de vida
Correlación con corrupción (o con ausencia de «buen gobierno»)

Crecimiento económico	-20 %
Nivel de renta <i>per cápita</i>	-87 %
Desigualdad económica	+46 %
Desempleo	+48 %

Esta corrupción medible y de terribles efectos sociales es un concepto elusivo, difícil de establecer, que ha generado multitud de definiciones desde distintos puntos de vista y diferentes enfoques²¹. A los limitados efectos de este trabajo jurídico, vamos a proceder a reconstruir una definición de corrupción pública (dejando de lado la corrupción legislativa y la judicial, de las que no nos ocuparemos aquí) desde la óptica del Derecho público, empleando categorías y comparaciones que emergen de este. Así, a nuestros efectos, definimos la corrupción *pública* en el poder ejecutivo como:

Una mala administración o un mal gobierno dolosos en el ejercicio de poderes públicos que no busca el interés general sino el beneficio de una persona física o jurídica

La explicación de esta definición es la siguiente:

— *Una mala administración o un mal gobierno dolosos en el ejercicio de poderes públicos:*

El dolo es un requisito exigido para la corrupción, aunque la mala administración negligente suponga su caldo de cultivo «del derroche y la mala gestión, desempeñando un papel parecido a la propina en la cuenta de un restaurante caro: en última instancia, la desviación de fondos públicos «no es más que la espuma del despilfarro»²². Desde una perspectiva formal, y limitando ahora este estudio al ámbito del poder ejecutivo, ese ejercicio de poder público puede ser realizado tanto por un empleado público que desarrolla funciones administrativa —en cuyo caso hablaremos de corrupción administrativa que viola el derecho a una buena administración— como por una persona que realice funciones vinculadas al gobierno —caso en el que hablaremos de corrupción política, que violará el deber de buen gobierno—.

— *La corrupción es una mala administración o un mal gobierno consistente en una ilegalidad dolosa:*

Efectivamente, la mera existencia de negligencia en el ejercicio del poder público impide la existencia de corrupción (aunque puede ser también una vulneración de los

Nivel de confianza social	-50 %
Estado de Bienestar (protección social)	-51 %
Esperanza de vida	-53 %
Percepción subjetiva salud	-37 %
Índice de Desarrollo Humano (ONU)	-70 %
Sostenibilidad medioambiental	-54 %
Satisfacción con la vida	-66 %
Percepción de felicidad	-45 %

²¹ Por todos, A. NIETO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 77 y ss., y E. E. COCCILO, «Las mutaciones del concepto de Corrupción», *Revista Llengua i Dret*, núm. 50, 2008, pp. 17 y ss.

²² J. PRADERA, *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, Galaxia Gutemberg, 2014, pp. 39 y 40.

principios y del derecho a un buen gobierno y a una buena administración, al violar la debida ponderación diligente de las normas, hechos e intereses envueltos en la toma de la decisión de que se trate)²³. Hablamos de corrupción solo cuando quien ejerce el poder público pretende, a sabiendas, hacerlo en el modo que estamos describiendo.

— *Que no busca el interés general:*

Ni el previsto en la norma atributiva del poder ni ningún otro (con lo que, a primera vista, tendría similitudes con la desviación de poder).

— *Sino el beneficio de una persona física o jurídica:*

• *Beneficio:* esta nota matiza la figura de la desviación de poder de la corrupción. La corrupción sería una desviación de poder «específica», puesto que siempre que hay corrupción hay desviación de poder, *pero no siempre que hay desviación de poder hay corrupción* (serían aquellos casos de búsqueda de finalidades no lucrativas al ejercer el poder: actuación por rencor o enemistad, por ejemplo).

• *Actual o futuro:* lo que permite incluir los supuestos denominados de *revolving doors* o *pantouflage*, esto es, desarrollar una mala administración corrupta o un mal gobierno corrupto para obtener al abandonar el sector público beneficios económicos vinculados a cargos y retribuciones provenientes del sector privado beneficiado.

• *Propio o ajeno:* como puede ser, por ejemplo, un comportamiento corrupto para lograr la financiación de partidos políticos²⁴.

Es posible luchar con (un cierto grado de) éxito contra la corrupción pública, y el Derecho, el público en particular y el administrativo en especial, puede y debe tener su papel en esta tarea.

Frente al «mito» de que los países no pueden hacer mucho para mejorar su administración y gobierno²⁵, los estudios existentes sobre la corrupción muestran que, aunque difícil, la lucha contra la corrupción es posible (y deseable, visto lo que nos jugamos en el envite), siempre que la estrategia que se siga no se base exclusivamente en la represión de la misma, sino en su prevención, la cual debe apuntar a alterar las bajas expectativas que los ciudadanos españoles tienen sobre el funcionamiento de sus instituciones²⁶.

¿Cómo producir tal alteración? Mediante la mejora del «funcionamiento de las instituciones políticas con la intención de maximizar dos grandes objetivos: su funcionamiento imparcial y [...] la lucha contra la desigualdad entre los ciudadanos mediante el

²³ Como es sabido, el derecho a una buena administración supone un mandato de ponderación administrativa cuidadosa y diligente (*due care*, o *due diligence*, en la terminología de la jurisprudencia europea), concretando así diversos deberes constitucionales españoles (racionalidad, eficiencia, economía, objetividad, coordinación) y enlazando con un mandato al que la doctrina española presta creciente atención y que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ya emplea con frecuencia. *Vid.* lo que se indica más adelante.

²⁴ Sobre el concepto de corrupción, *vid.* recientemente, O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, *El derecho administrativo y la prevención de la corrupción urbanística*, Marcial Pons, 2016.

²⁵ D. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 42.

²⁶ F. JIMÉNEZ, «¿Se puede prevenir la corrupción?», *Claves de Razón Práctica*, núm. 213, 2011, p. 13.

fomento de una verdadera igualdad de oportunidades». Esto es, frente a la parcialidad detectada por los ciudadanos y generada por la *partitocracia*, que daña al capital y la confianza social, *imparcialidad y objetividad*. Y frente a la desigualdad provocada por tal parcialidad, políticas públicas de *igualdad y meritocracia* (arts. 9.2, 23.2 y 103.3 CE), que generen solidaridad social y confianza²⁷.

Que no sea tarea fácil no quiere decir que no sea imprescindible y posible. Y el Derecho debe contribuir a tal posibilidad, mediante su aplicación y su reforma, cuando sea preciso. Especialmente por lo que se refiere a la prevención de la corrupción. Y es en este campo donde el Derecho administrativo presenta unas peculiaridades que lo hacen idóneo para promover la buena administración, el buen gobierno y la transparencia, como señala CERRILLO²⁸, como vacunas de la corrupción pública, mediante el diseño normativo de adecuadas estructuras organizativas, aspecto del que nos ocupamos hoy aquí, debidos procedimientos de toma de decisión y mecanismos de refuerzo de la transparencia administrativa²⁹. Buena administración y transparencia no son la misma cosa³⁰, pero tienen numerosas conexiones. La transparencia engloba una pluralidad de elementos³¹. El principio de transparencia aparece conectado al principio democrático (art. 1.1 CE)³². Pero, además, y esto nos interesa ahora especialmente, la transparencia actúa como un *presupuesto necesario* de la objetividad y la eficacia, apareciendo, pues, íntimamente conectada a estos principios constitucionales de buena administración.

La objetividad demanda la ponderación cuidadosa de todos los datos e intereses relevantes para la toma de la decisión, para que esta pueda ser la más adecuada posible al interés general, de conformidad con el deber de buena administración. Para que tal ponderación sea posible es necesario el conocimiento de los intereses envueltos, lo que

²⁷ F. JIMENEZ, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

²⁸ A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «Transparencia Administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local», en *Anuario del Gobierno Local*, 2011, pp. 277 y ss.

²⁹ J. PONCE SOLÉ, «El derecho a una buena administración: derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública», en J. TORNOS (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Iustel, 2012, pp. 225-266.

³⁰ Vid. L. RAMS, «El principio de transparencia y el derecho a una buena administración en los estatutos de autonomía reformados: su incidencia en las entidades locales», en L. MEDINA, L. COSCULLUELA y E. CARBONELL (dirs.), *Reforma estatutaria y régimen local*, 2011, pp. 411 y ss., en contra, sin embargo.

³¹ Así, *vid.*, por ejemplo, J. M. AUBY, «Hacia la transparencia administrativa en Francia», *RAP*, núm. 95, pp. 315 y ss.; C. DEBBASCH, *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1990, pp. 11 y ss., y F. MODERNE, «Las relaciones entre la Administración y los administrados», en VVAA, *Modernización administrativa (Actas del Seminario sobre Modernización Administrativa organizado por el Instituto Vasco de Administración Pública, en Vitoria-Gasteiz, los días 10 y 11 de noviembre de 1988)*, IVAP, Oñati, 1989, pp. 54 y ss.

³² La conexión entre transparencia y democracia no obsta, que esa transparencia deba ser puesta en relación con otros valores jurídicos, lo que puede conducir a su limitación en determinados supuestos, por supuesto de forma justificada y motivada. En relación con el acceso a archivos y registros, *vid.* los arts. 105.b) CE y 37.4 LRJPAC. Sobre la necesidad de secreto en determinados ámbitos de la actividad administrativa, *vid.* las consideraciones efectuadas por el propio F. SAINZ MORENO, «Secreto e información en el Derecho Público», en S. MARTÍN-RETORTILLO (dir.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2863 y ss.

se obtiene, entre otros medios, mediante la participación ciudadana³³. Esta no es posible si con carácter previo no ha existido una información suficiente que haya permitido a los particulares formar sus intereses en relación a un supuesto determinado. Por tanto, información, participación y procedimiento de toma de decisiones aparecen íntimamente conectados, al ser la transparencia un presupuesto necesario de la objetividad, y esta un requisito imprescindible para el correcto desarrollo de la función administrativa, conforme a la exigencia constitucional de buena administración.

Asimismo, la transparencia es un elemento preciso para lograr la aceptación y en consecuencia la eficacia, otro principio constitucional de buena administración. La adecuada información a los ciudadanos, su participación³⁴, la toma en consideración de sus aportaciones y la exteriorización de las razones que conducen a elegir una alternativa en vez de otra, esto es la motivación, contribuyen a que la decisión sea transparente, resultado de la buena administración y aceptada³⁵.

³³ Como ha sostenido la STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6.º, la participación en el procedimiento administrativo «garantiza tanto la corrección del procedimiento cuanto los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos», siendo su finalidad «instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y oportunidad de la medida que se vaya a adoptar, así como establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos de los potencialmente afectados».

³⁴ En este sentido, la participación ciudadana durante el procedimiento y la toma en consideración de sus alegaciones, mediante su respuesta, no solo posibilitan la transparencia y la objetividad, sino también la eficacia, al coadyuvar a la aceptación de la solución elegida. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 102/1995, de 26 de junio, FJ 13, ha acertado a poner de relieve estas conexiones entre participación y eficacia. Dicho Tribunal conecta el procedimiento con el principio de participación contenido en el art. 105 de la Constitución, pues «la audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individual a través de la información pública o corporativamente, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente, está prevista por el texto constitucional [art. 105.a) y c) CE], que defiende su configuración a la Ley». Este principio de participación constitucional es, de acuerdo con la mencionada STC: «Un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos, así como una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (arts. 1, 31.2 y 103 CE)».

En el mismo sentido, la STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 6.º, afirma que la necesidad de un plan de ordenación de los recursos naturales para la calificación de un espacio natural (art. 15.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo) persigue no solo armonizar diversos intereses generales («conservación del espacio con un ordenado aprovechamiento del mismo»), sino también asegurar que el procedimiento de elaboración del plan cumple la finalidad «prevista en el art. 6, permitir la audiencia de los interesados, la información pública y la consulta de los intereses sociales afectados, trámites que deben formar parte del procedimiento de elaboración del plan».

La participación procedimental y su toma en consideración, garantizada mediante el deber de respuesta razonada a las alegaciones presentadas, ayudan a lograr una buena administración transparente —mediante el desarrollo de la función administrativa de forma objetiva y eficaz—, y, en consecuencia, una decisión final cuyas probabilidades de acierto y de aceptación por los ciudadanos aumentan exponencialmente.

³⁵ No se trata, con ello (debe precisarse), de que todos o una mayoría de los ciudadanos estén de acuerdo con la resolución adoptada. El servicio a los intereses generales corresponde a la Administración; esa es su responsabilidad, y, por tanto, debe cumplirla, a pesar de que una parte de ciudadanos rechacen la decisión, aunque esa porción sea considerable. La aceptación a la que aquí nos referimos debe entenderse en el sentido de que el proceso de toma de decisión debe posibilitar que aun los contrarios a la solución elegida hayan tenido ocasión de mostrar su rechazo, y de que la explicitación de las razones que justifican la decisión debe permitir que, aunque esta no se comparta, pueda ser aceptada como una de las alternativas posibles. *Vid. J. PONCE*

Los diseños organizativos y procedimentales que promuevan la transparencia y la buena administración, en definitiva, son mecanismos preventivos de la actuación pública negligente o dolosa que da lugar a la falta de servicio del interés general y, en el segundo caso, a la corrupción. De acuerdo con diversos análisis, la mala administración y las malas decisiones administrativas pueden ser el resultado de errores del juicio humano y en la elección de las autoridades públicas. La principal premisa de la teoría de la psicología cognitiva es el entendimiento de que el cerebro humano es un procesador de información limitado, incapaz de procesar exitosamente todos los estímulos que le llegan. Los buenos procesos de toma de decisión de las autoridades públicas requieren un aprendizaje de la gestión de los escasos recursos cognitivos existentes. Este aprendizaje es dificultado por dos principales estrategias que las personas (incluyendo a los empleados públicos) usan para maximizar sus habilidades cognitivas: los atajos mentales (heurísticos) y los principios organizativos (esquemas)³⁶.

Aunque estos mecanismos permiten a las personas procesar un increíble número de complejos estímulos de forma eficiente, y sirven bien la mayor parte del tiempo, pueden conducirles también a sistemáticos errores de juicio, a los que los psicólogos denominan «ilusiones cognitivas»³⁷. A pesar de que inyectar pericia técnica en los procesos de toma de decisiones puede ayudar a evitar este tipo de ilusiones cognitivas, incluso los expertos pueden caer también en errores de juicio³⁸.

Cuando las decisiones son elaboradas en un marco institucional, el diseño organizativo y procedimental puede contrarrestar las limitaciones cognitivas expuestas. Un control serio del expediente y de las razones justificativas ofrecidas para la decisión, fuerza a la autoridad administrativa a articular los factores que considera relevantes para la misma, la envuelve en algún tipo de evaluación perceptible de alternativos cursos de acción, y le obliga a responder a las alegaciones aportadas por el público. En definitiva, la psicología aplicada al derecho avala, pues, el valor de la transparencia, la participación y el diseño y control del procedimiento, y la motivación en la garantía de la buena administración y en la evitación de la mala administración, incluyendo la corrupción³⁹.

SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 433 y ss.

³⁶ R. A. BARON y D. BYRNE, *Psicología cognitiva*, 10.ª ed., Pearson Prentice, mayo de 2004, pp. 81 y ss.

³⁷ Me gustaría ofrecer un par de ejemplos nada más. Como consecuencia de la confianza en la heurística de la disponibilidad, la gente frecuentemente sobreestima la frecuencia de los desastres producidos por accidentes de aviación, tendiendo a mostrar una atención intensificada a las noticias mediáticas. Los esquemas también pueden provocar errores. Así, debido a los llamados «efectos marco», la gente tiene tendencia a tratar las ganancias potenciales de modo diferente a las pérdidas potenciales (y las autoridades públicas pueden preferir unas u otras opciones bajo, por ejemplo, emergencias sanitarias, debido a tales efectos).

³⁸ Los expertos tienden a ser excesivamente confiados sobre sus decisiones y a concentrarse miopemente en los asuntos que entran en su área de especialización, fallando, por tanto, en el reconocimiento de que las decisiones podrían beneficiarse del acceso a otros cuerpos de conocimiento o modos de pensar.

³⁹ J. J. RACHLINSKI y C. R. FARINA, «Cognitive Psychology and Optimal Government Design», *Cornell Law Review*, 87, pp. 549-615, 2002, consultable en: <http://library2.lawschool.cornell.edu/facbib/faculty.asp?facid=1>.

La promoción de la buena administración y la transparencia mediante el derecho administrativo conducirá a una menor corrupción⁴⁰. Si de acuerdo con KLITGAARD, en su conocida fórmula, la corrupción está ligada a la existencia de monopolio en el ejercicio del poder, de discrecionalidad en el mismo, y a la falta de rendición de cuentas y control⁴¹, entonces para lograr una menor corrupción deberemos modificar la fórmula, reduciendo la discrecionalidad allí donde sea posible (pero aceptando su papel positivo y necesario como factor de buena gestión pública donde sea precisa), incrementando los refuerzos al derecho a una buena administración e inyectando tanta transparencia y participación como sea posible.

Es decir, gráficamente lo expuesto puede sintetizarse de este modo:

+ BUENA ADMINISTRACIÓN y + TRANSPARENCIA = – CORRUPCIÓN.

Pues si

C (corrupción) = M (monopolio) + D (discrecionalidad) – A (accountability),

entonces:

$Menor C = D$ (reduciéndola donde sea posible, pero aceptando su papel)
 + B (buena administración: incluyendo adecuados diseños organizativos)
 + GA (Gobierno Abierto, constituido de [T (transparencia) + P (participación)])

2. El fomento del buen gobierno y la buena administración

En las páginas precedentes hemos hablado repetidamente de buen gobierno y de buena administración y hemos sostenido como el diseño jurídico adecuado de las organizaciones administrativas, incluyendo ACAs, puede contribuir a que sean realidad. Conviene ahora, dedicar unas líneas a precisar de qué hablamos cuando hablamos de buen gobierno y buena administración.

En las últimas décadas los conceptos de buena gobernanza, buen gobierno y buena administración han pasado ya a integrar el vocabulario habitual en los estudios relativos al poder público. Mientras que la idea de (buena) gobernanza ha sido impulsada desde hace tiempo por ámbitos académicos cercanos a la ciencia política y aceptada en la *jerga* de la Unión Europea ampliamente, e incluida en el conocido Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea de 2001, los conceptos de buen gobierno y buena administración solo han ido ganando peso en los últimos años.

Mientras el buen gobierno permanece todavía en el ámbito de las reflexiones teóricas que están intentando perfilarlo, es sobre todo el segundo, la idea buena administración, el que ha cobrado impulso decidido por su reconocimiento legal y, como vamos a

⁴⁰ KAUFMANN, 2005, *op. cit.*

⁴¹ R. KLITGAARD, *Controlling Corruption*, Berkeley, University of California Press, 1988.

comprobar aquí, su amplio uso judicial como parámetro de control del ejercicio de las funciones administrativas.

De hecho, en un principio fue la jurisprudencia de la Unión Europea, de países de nuestro entorno y de España la que extrajo el principio de buena administración de los ordenamientos respectivos. A partir de esa tarea jurisprudencial, fueron luego los textos normativos⁴² lo que recogieron el concepto, cristalizándolo como el derecho a una buena administración, nuevo derecho que ha sido denominado de «tercera generación» (Consejo de Europa, 2007; Unión Europea, 2016).

A partir de esa consagración normativa tanto el nivel europeo como en el nacional, los tribunales, de nuevo, al aplicar ahora ya las normas que consagran dicho derecho, están realizando una labor de precisión del derecho, delimitando, poco a poco, su alcance y utilidad en la limitación y guía de la actuación administrativa, en la que está destacando, como veremos, por su aportación relativa a las obligaciones jurídicas de debido cuidado o debida diligencia, que obligan al decisor público a considerar, a tomar en cuenta, a ponderar los hechos, intereses y el Derecho relevantes implicados en el caso concreto y a descartar entre las circunstancias a tomar en consideración las que sean irrelevantes.

En este sentido, se puede aludir aquí a una reciente investigación jurídica publicada⁴³, centrada en el análisis de las sentencias europeas, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), y española, del Tribunal Supremo (en adelante, TS) y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (en adelante, TSJ de las CCAA), hasta julio de 2016, con análisis en el caso español de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁴, con estudio de *un total de 84 sentencias de ámbito europeo y español*.

⁴² En España, como es sabido, los Estatutos de Autonomía de la última generación (entre otros, el catalán de 2006, art. 30) y diversa legislación autonómica (así, por ejemplo, entre otros, en Cataluña Ley 26/2010, art. 22 o Ley 19/2014, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno).

⁴³ J. PONCE SOLÉ, «Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno», Documento presentado en el VII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP (Madrid, España) del 3 al 5 de octubre de 2016 y publicado en INAP, *La Administración al día*, 19 de enero de 2017, consultable en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>.

⁴⁴ En el ámbito penal, si bien el mencionado estudio no ha realizado una búsqueda exhaustiva, es posible hallar sentencias del TS señalando como en los delitos vinculados con la corrupción y tipificados en el Código Penal español (destacadamente, aunque no únicamente, los de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos) protegen el bien jurídico de (STS, Sala de lo Penal, de 5 de noviembre de 1998, delito de prevaricación): «El recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurados en los arts. 103 y 106, Constitución española que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa».

Pueden hallarse, incluso, alusiones al derecho a una buena administración, como en la STS, Sala de lo penal, de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación 13/2008, que señala lo siguiente:

«El deber de motivación es sustancial en todo Estado de Derecho, y se impone por nuestra legislación administrativa y constitucional, y en el ámbito de la Unión Europea por el art. 41 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (RCL 2008, 1437) , por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, Carta de Derechos, que concede el derecho a todos los ciudadanos a una buena administración, que incluye, entre otros derechos, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. Es una constante,

En España la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia han empleado el derecho a una buena administración como elemento de control del correcto ejercicio de la discrecionalidad administrativa en repetidas ocasiones y en diferentes sectores, desde hace años, pese a que este derecho, sea aún relativamente poco conocido entre nosotros.

Dejando ahora de lado la jurisprudencia europea y por lo que se refiere al *Tribunal Supremo (TS)*, las primeras sentencias recayeron en el ámbito de la contratación, sector donde nuestra legislación tradicionalmente hacía, y hace, alusión a los principios de buena administración como inspiradores de la actividad contractual pública. Es el caso, por ejemplo, de las SSTS de 13 de febrero de 2001 (aunque aquí se desestima el recurso) o de 11 de junio de 2001 (donde no solo se anula la adjudicación, con alusión a los principios de buena administración, sino que incluso se condena a la Administración a adjudicar el contrato a una concreta empresa).

A partir de aquí, numerosas sentencias del TS, seguidas por varios Tribunales de Justicia autonómicos que están también utilizando la buena administración como técnica de control de la discrecionalidad administrativa, con cita expresa de la Carta de Derechos Fundamentales y de la propia jurisprudencia del TS, han matizado el significado de las obligaciones administrativas de buena administración.

2.1. *Declaraciones generales*

En la STS de 8 de abril de 2008 (rec. núm. 3746/2005) se rechaza la invalidez de una decisión municipal pues se señala que:

«no apreciamos que la actuación del beneficiario público municipal comprometa la consecución de los objetivos de regeneración urbana del Barrio de La Isleta de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, que justificaron el otorgamiento de la subvención con aportación de fondos comunitarios, al haberse acreditado que la construcción del edificio destinado a equipamiento público cumplió los fines de interés público de acoger servicios sociales, que no resultaron entorpecidos u obstaculizados sustancialmente por la decisión municipal controvertida, al tratarse de servicios complementarios, que se integran en el concepto de “gobernanza urbana”».

Este uso del concepto de gobernanza, en su vertiente urbana, se complementa con el correcto ejercicio del poder público en este caso, pues se respeta el importante principio de eficiencia, integrante típico de la buena administración:

constatada con frecuencia desafortunadamente, que las autoridades administrativas en asuntos de elevadas solicitudes, utilizan modelos estandarizados, ausentes de cualquier motivación, tanto fáctica como jurídica, al caso sometido a su consideración, resolviendo, pues sin expresar el razonamiento que es debido. Ello puede dar lugar al delito de prevaricación administrativa cuando a la injusticia intrínseca de la resolución, se une la arbitrariedad de la misma, resultante de tan inmotivado proceder. Para ello es necesario naturalmente que la resolución contenga una decisión no tolerable bajo interpretación de punto alguno, o bien que tal injusticia sea, como tantas veces se ha dicho, grosera, esperpéntica o insólita».

«En este sentido, cabe recordar que, según dijimos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007 (RC 11286/2004), “constituye uno de los principios informadores del Derecho subvencional, junto al reconocimiento de los principios nucleares de publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación, el principio de eficiencia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración concedente de la subvención, que se corresponde con la requerida eficacia en la asignación y utilización de los recursos públicos, que otorga a la Administración las facultades que se revelen necesarias, adoptadas con base en el principio de proporcionalidad, para asegurar el cumplimiento por el beneficiario de los requisitos y condiciones que justifican su otorgamiento”».

En la Sentencia de 17 de marzo de 2009, recurso de casación 4672/2008 se señala, en negativo que la buena administración no permite que los ciudadanos puedan disponer de potestades administrativas como, por ejemplo, la de planificación:

«Siguiendo los criterios jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala de 3 de julio de 2007⁴⁵, cabe consignar que el derecho a una buena administración, que se consagra en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, no garantiza el derecho de los ciudadanos a disponer de las facultades de planificación y ejecución viarias que corresponden a las Administraciones Públicas, al tratarse de potestades de carácter público, indisponibles por los particulares, que deben ejercitarse a través de la utilización de los procedimientos legalmente establecidos».

En la STS de 15 de febrero de 2013 (rec. núm. 222/2011), se rechaza el argumento de ilegalidad de la demanda, pues:

«Tampoco apreciamos que el Consejo de Ministros haya vulnerado los principios informadores de la gobernanza, inscritos en el deber de buena administración, pues no estimamos que se haya acreditado en este proceso contencioso-administrativo que los procedimientos de otorgamiento de los permisos de investigación “Alta Mar 1”, “Alta Mar 2”, “Albufera”, “Benifayó”, y “Gandía” no hayan sido transparentes, en cuanto que la crítica que se formula por el Ayuntamiento de Valencia se centra en la falta de consenso social sobre la oportunidad e idoneidad de realizar prospecciones petrolíferas en las costas valencianas, lo que concierne a la “legitimidad pública” de la decisión gubernamental, que excede, en los términos planteados, del control de legalidad que corresponde a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo».

En la STS de 30 de marzo de 2016 (recurso de casación núm.: 4059/2014) se alude a «los principios de eficiencia y buena administración que deben presidir el actuar de la Administración en general».

⁴⁵ En esta sentencia, recurso de casación 11377/2004, se señala a su vez que:

«El derecho de protección jurídica en las relaciones con las Administraciones Públicas, que se refleja en el derecho a una buena administración, que impone que el asunto sea tratado imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, que se consagra en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, no garantiza el derecho de los ciudadanos u Entes públicos a seleccionar arbitrariamente el procedimiento administrativo que consideren adecuado para satisfacer la salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos, al tratarse de una facultad que se atribuye a la Administración Pública competente para incoar el procedimiento legalmente establecido».

2.2. *Relacionando el buen gobierno y la buena administración con la transparencia*

Las conexiones entre la transparencia y el buen gobierno y la buena administración aparecen como evidentes, siendo la primera un factor clave de los segundos, como pone de relieve el art. 15 del TFUE:

«1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura».

En ese sentido, la STS de 30 de abril de 2012 (rec. núm. 1869/2011), que, aceptando los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, respaldada por el TS que rechaza el recurso de casación, se señala como el derecho a una buena administración, «derecho de última generación», es integrado por el acceso de los ciudadanos a archivos y registros, vinculado a principios de transparencia. En la STS de 27 de marzo de 2013 (rec. núm. 224/2011), se señala como los «principios informadores de la gobernanza» se encuentran «inscritos en el deber de buena administración», no vulnerado en este caso, dado que los procedimientos administrativos relativos al caso (de otorgamiento de permisos de investigación de hidrocarburos situados en el mediterráneo ante las costas valencianas) han sido transparentes y participados por la ciudadanía.

2.3. *Vinculando la buena administración con la motivación*

En la STS de 3 de mayo de 2007 (RJ 2007/8351) se anula un contrato de compraventa de varias parcelas realizada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en conexión con el Plan Parcial de las Teresitas, puesto que la ausencia de una ponderación adecuada del precio a pagar por la Administración, supone una vulneración de los «principios de buena administración».

No ha sido, sin embargo, la contratación el único ámbito donde el Tribunal Supremo ha hecho uso de la buena administración como parámetro de control vinculado con la motivación. En el ámbito medioambiental, la STS de 29 de noviembre de 2006 (RJ 2007/8317) utiliza el parámetro de la buena administración para el control de la motivación administrativa (con cita expresa de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) de un acto administrativo de un gobierno autonómico de resolución de discrepancia entre diferentes órganos en relación la Declaración de Impacto Ambiental efectuada y la conveniencia de ejecutar un proyecto relativo a un proyecto de extracción de granito.

El TS tiende a ligar el derecho a una buena administración con la obligación administrativa de motivar, apoyándose en la Carta. Un ejemplo prototípico, la cita del cual excusa la de otras muchas sentencias, es el de la STS de 22 de febrero de 2005 (Ar. 2601) o la STS de 15 de octubre de 2010 (JUR 2010/366859).

En el ámbito del dominio público, varias SSTS utilizan a la buena administración como elemento de control administrativo. Así, la STS de 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9526) utiliza la buena administración, de nuevo en relación con la motivación, para controlar un deslinde de bienes del dominio público marítimo terrestre. El mismo tipo de decisión y la misma aproximación puede encontrarse en la STS de 23 de enero de 2007 (RJ 2007/3310), con cita, igualmente, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por su parte, la STS de 19 de junio de 2007 (RJ 2007/4872) conoce de la impugnación de la denegación de una prórroga de una concesión demanial, utilizando idénticos razonamientos y citas que en las dos anteriores.

Otro ámbito donde el Tribunal Supremo ha desplegado el derecho a una buena administración como técnica de control del ejercicio de potestades administrativas ha sido el urbanístico. En el ámbito de la ordenación urbanística, la STS de 2 de junio de 2004 (RJ 2004/6726) confirma la anulación efectuada por el tribunal de instancia en relación con una determinada anchura de viales prevista en unas Normas Urbanísticas, utilizando de nuevo el derecho a una buena administración como técnica de control, en conexión con la obligación de motivar, citando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La STS de 30 de noviembre de 2004 (RJ 2005/1326) usa idéntica técnica de control (aunque en este caso, sin concluir la ilegalidad administrativa) en relación con un Plan Especial de Ordenación de Volúmenes y Usos de una finca, aludiendo, de nuevo a la Carta. Sí anula, en cambio, la decisión urbanística adoptada la STS de 25 de julio de 2006 (RJ 2006/5236), en concreto una calificación urbanística, al no encontrar «explicación alguna» que justifique la misma. La STS de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6665), utiliza a la buena administración como elemento para negar la posibilidad de no ejecutar una demolición de un edificio. En la STS de 4 de noviembre de 2009 (rec. núm. 3922/2005), se casa la sentencia de instancia que había anulado un acuerdo autonómico de aprobación definitiva del planeamiento municipal que suspendía la calificación urbanística otorgada a una finca, con el argumento que la decisión municipal, al carecer de motivación, vulneraba el art. 41 de la Carta europea de derechos fundamentales y la Comunidad Autónoma podía proceder al control de legalidad de este aspecto.

En la de 2 de octubre de 2014 (RJ 2014/5063, rec. núm. 2229/2012), rechaza la casación solicitada de una sentencia del TSJ de Extremadura referida a un convenio urbanístico donde había habido desistimiento público y en la que se mencionaban los «principios de buena administración» como guías de la actividad consensual. En la STS de 12 de marzo de 2014 (rec. núm. 2583/2012) se anula la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas de Gran Canaria en cuanto a la clasificación del suelo del ámbito del Canódromo como suelo urbano no consolidado por carencia de motivación suficiente, si bien aquí no hay cita expresa de la buena administración. En la muy interesante STS de 4 de diciembre de 2014 (rec. núm. 1527/2012), en la que sí se cita el derecho a una buena administración y se co-

necta no ya con la mera existencia de motivación sino con lo que se denomina la «calidad de la motivación», que exige que esta exista y que las razones aportadas no sean «meramente formales o huecas, más bien sustentadas en el ámbito de la semántica que en el de la realidad de los intereses generales de los habitantes de un municipio». La STS deniega la casación de la sentencia de instancia que había anulado por esta razón dos decisiones urbanísticas referidas a la clasificación de suelo y al destino de un solar de propiedad privada a museo.

Otras sentencias del Tribunal Supremo se han ocupado, en otros ámbitos, del control mediante la buena administración de decisiones administrativas referidas a la actividad administrativa de fomento (STS de 29 de marzo de 2004/1849, en referencia a una subvención, con cita de la Carta y análisis de la motivación, STS de 30 de enero de 2012, RJ 2012 3228, sobre una subvención, con cita de la carta).

También en relación con la potestad de autorización (STS de 23 de marzo de 2005, RJ 2005/5677), denegación de la revocación de una licencia de armas, en la misma línea; STS de 27 de noviembre de 2011, RJ 2011/6881, relativa a motivación de una autorización con cita de la Carta.

Igualmente, decisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre exclusión de negociación en bolsa (STS de 23 de mayo de 2005, RJ 2005/4382, en idéntico sentido, con muy interesantes consideraciones sobre el papel del procedimiento y la motivación cuando actúa una Administración independiente), Decreto de traspasos (STS de 13 de diciembre de 2005, RJ 2006/173) o fijación de servicios mínimos en el ámbito de la seguridad privada ante una huelga general (STS de 27 de septiembre de 2006 JUR/247664, que utiliza el parámetro de control de la buena administración, en relación con la motivación de la decisión, anulándola por defectos en esta).

En la Sentencia de 11 de mayo de 2015 se relaciona la buena administración con el combate de la arbitrariedad. El mismo deber se vuelve a confirmar en la Sentencia de 19 de octubre de 2015 (rec. núm. 168/2014), en referencia a un acto desfavorable en el ámbito tributario.

3. Estableciendo el deber de diligencia debida o cuidado debido en la ponderación

Varias importantes SSTs referidas a licencias para establecimientos comerciales en las Islas Canarias, anulan y condenan a conceder la licencia, mencionando el derecho a una buena administración. Así, la de 5 de octubre de 2012, rec. núm. 4430/2010, que señala que el problema es que la Administración «debió valorar los informes emitidos por la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos y por el Ayuntamiento, que constan en las actuaciones, favorables a la concesión de la licencia», cosa que no hizo y en cambio solicitó y valoró un informe encargado a una empresa privada que era negativo. En la misma línea, SSTs de 13 de marzo de 2013 (rec. núm. 4654/10,

en idéntico sentido), de 14 de mayo de 2013 (rec. núm. 1516/2010, también en el mismo sentido).

También encontramos control de ausencia de debida diligencia o debido cuidado en relación al control del acuerdo de Consejo de Ministros sobre distribución de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (STS de 29 de octubre de 2010, RJ 2011/1067, anulándolo por falta de respuesta a alegaciones de los demandantes durante el procedimiento administrativo). También, respecto a la concesión de frecuencias de radio por la Generalitat de Cataluña, anuladas por el TSJ de Cataluña y confirmadas por el TS mencionando el derecho a una buena administración como parámetro de control (STS de 18 de noviembre de 2013, Recurso núm. 3267/2010).

En materia de parques eólicos, las SSTS de 10 de julio y de 29 de septiembre de 2014 (rec. núms. 3288/11 y 4045/11, respectivamente), confirman en casación la anulación del TSJ del País Vasco de decisiones referidas a la selección del proyecto idóneo para instalar dos parques eólicos, mencionando el derecho a una buena administración

Finalmente, en la Sentencia de 5 de octubre de 2015 se señala que si bien el derecho a una buena administración no obliga a la celebración de una terminación convencional del procedimiento de las previstas en el art. 88 de la LRJPAC y sectorialmente (como en el caso del art. 52 de la Ley de defensa de la competencia), si conlleva que:

En ese sentido, cabría sostener que el denominado *derecho al trámite* (por ejemplo STS de 4 de marzo de 2009, rec. de casación 10786/2004) se entiende mejor si lo conectáramos con el deber de debida diligencia en la ponderación derivado del derecho a una buena administración, el cual, obviamente, no implica la obligación de tramitar el procedimiento, pero sí de considerar con diligencia las razones para hacerlo o no y la motivación de la decisión que se adopte.

4. Uniendo la mejora de la calidad regulatoria y la buena administración

En cuanto a reglamentos, destaca la Sentencia de 15 de julio de 2010, rec. núm. 25/2008, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso y la STS de 5 de diciembre de 2016, rec. núm. 378/2013, ponente Suay Rincón, que señala que las obligaciones de debido cuidado o debida diligencia asociadas al derecho a una buena administración exigen un determinado comportamiento administrativo en el procedimiento de adopción de decisiones normativas. Dos sentencias del Tribunal Supremo de finales de 2016 parecen confirmar esta tendencia de control serio de la buena administración reguladora. Se trata de las SSTS de 12 de diciembre de 2016, rec. núm. 902/2014, y de 13 de diciembre de 2016, rec. núm. 873/2014, en las que se anulan diversos preceptos del Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sis-

tema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista.

De toda la jurisprudencia aludida, creemos que pueden extraerse algunas conclusiones.

a) La primera es, como se ha comprobado, la abundancia de decisiones judiciales europeas y españolas aludiendo y aplicando el derecho a una buena administración, con cita frecuente de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Las numerosas resoluciones judiciales recaen en muy diversos sectores de actuación administrativa, en relación a actos, contratos, convenios y reglamentos.

Esa alusión judicial no es meramente retórica, puesto que con frecuencia conlleva la declaración de ilegalidad de la actuación administrativa por vulneración de las obligaciones jurídicas vinculadas a la buena administración, sin que se reconozcan situaciones jurídicas subjetivas derivadas del propio derecho (que se niegan expresamente por ejemplo en la STSJ del País Vasco de 30 de julio de 2009).

Ello significa que aunque, como es sabido, la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea hace que el derecho a una buena administración solo sea aplicable a las autoridades de los Estados miembros cuando implementan el Derecho de la Unión Europea (art. 51 de la Carta)⁴⁶, la jurisprudencia del TS español, complementando el ordenamiento jurídico nacional (art. 1 del Código Civil) *ha generado mediante su jurisprudencia una obligación de respeto del derecho a una buena administración incluso cuando solo está en juego Derecho puramente español*, si bien de momento, como es sabido, el ordenamiento estatal no ha recogido explícitamente aún este Derecho, a diferencia de algunos de los ordenamientos autonómicos, como ya señalamos.

En este sentido, son destacables las SSTs de 23 de julio y 20 de noviembre de 2015 (ponente don José Suay Rincón), que se refieren al:

«derecho a la buena administración reconocido por la normativa europea (art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: con proyección general, no obstante lo establecido también por el art. 51 de dicha Carta, porque resulta difícil establecer y explicar un distinto nivel de enjuiciamiento, según se aplique o no el Derecho de la Unión Europea por los operadores en el ámbito interno)»

Frecuentemente, los tribunales vinculan el derecho con la ausencia de (suficiente y adecuada) motivación, aunque también se controla el expediente administrativo y la congruencia de este con aquella o la ausencia de respuesta administrativa a alegaciones de los ciudadanos. Esto es, las obligaciones derivadas por la jurisprudencia del derecho a una buena administración no se detienen en la ausencia de motivación o de audiencia

⁴⁶ En relación con este artículo, *vid.* la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, Case C-617/10 («*the fundamental rights guaranteed in the legal order of the European Union are applicable in all situations governed by European Union law, but not outside such situations. In this respect the Court has already observed that it has no power to examine the compatibility with the Charter of national legislation lying outside the scope of European Union law*»).

(lo que ya vendría cubierto por otros derechos de los ciudadanos reconocidos desde hace tiempo) sino que, dando un paso más, exigen un deber de debida diligencia o debido cuidado en la toma de la decisión, que exige la ponderación, la consideración de todos los intereses y hechos relevantes implicados y no tomar en cuenta los irrelevantes.

Y tal obligación se extiende a todo tipo de decisiones administrativas, incluyendo, como ya vimos, a los reglamentos, en cuya elaboración, por imposición de la normativa vigente y como consecuencia de este derecho a una buena administración deben ponderarse *ex ante*, necesariamente, todos los posibles impactos económicos, sociales y ambientales, toma en consideración que deberá quedar reflejada en la Memoria de Impacto Normativo y cuya ausencia en la misma debe conducir a la conclusión de la inexistencia de su ponderación y, por tanto, de la vulneración del derecho a una buena administración⁴⁷. En ese sentido, el principio de buena regulación de proporcionalidad, impuesto por el art. 129.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, señala que:

⁴⁷ Téngase en cuenta sobre la anulación de reglamentos por defectuosa ponderación de los impactos en el procedimiento de su elaboración (vulnerando el derecho a una buena administración), las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: Sentencias de 2 de junio de 1997 (RJ 1997, 4921); de 10 de julio de 1999 (RJ 1999, 5771); de 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 65) o de 23 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3683) y STS de 18 de junio de 2012 (rec. de casación núm. 6513/2009).

Sobre la necesidad de ponderar diligentemente los impactos económicos, sociales y ambientales en el procedimiento de elaboración de reglamentos:

— Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, Exposición de Motivos: «En este sentido, ya en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”, la Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales».

Art. 2.2: «La memoria del análisis de impacto normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental y al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad».

Guía metodológica estatal: consultable en: http://seap.minhap.gob.es/dms/es/web/areas/modernizacion-procedimientos/impacto_normativo/guia-metodologica-ain-1264084813.pdf, sobre este art. 2.2, p. 34:

«En definitiva, se trata de reflejar la incidencia que una propuesta normativa tendrá en los diferentes ámbitos de la realidad.

Existe por tanto total libertad por parte del centro proponente para incluir en este apartado cualquier otro impacto que considere relevante para el proyecto normativo, siempre y cuando justifique adecuadamente su inclusión.

Es importante tener claro que no existen ámbitos vetados o que no puedan ser tenidos en cuenta, sino que el proponente debe referir cuantos aspectos sean necesarios.

Un análisis de impacto normativo lo más completo posible no hará sino reforzar la propuesta.

En el caso de que no existieran otros impactos, este extremo se plasmará de manera clara en la Memoria, en el apartado de “Otros impactos”.

Sobre el papel de la jurisprudencia, crucial, en la garantía de que la buena administración regulatoria y los derechos de los ciudadanos no queden en papel mojado, I. REVUELTA PÉREZ, «Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria», *RAJ*, 193, 2014.

«3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, *tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos*, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios».

Formulado en positivo, y como derivación ahora del derecho a una buena administración, existe, pues, la obligación jurídica del autor de un reglamento de ponderar, de tomar en consideración, las posibles medidas regulatorias de menor restricción para los derechos, incluidos, claro, los derechos sociales (educación, sanidad, etc.) y al medio ambiente, ponderación que, para poder afirmar que existe, deberá quedar reflejada en la memoria de evaluación de impacto normativo. Su ausencia deberá implicar la ilegalidad de la decisión regulatoria.

En definitiva, el derecho a una buena administración exige la toma en consideración de hechos, intereses y el Derecho relevantes en la toma de las decisiones, especialmente importante cuando existe discrecionalidad, puede cobrar aún más relevancia a la luz de la moderna legislación estatal y autonómica de transparencia y buen gobierno. Es decir, esta jurisprudencia puede reforzarse ahora mediante los pronunciamientos que puedan ir surgiendo en el futuro al aplicar las leyes de transparencia y buen gobierno.

Porque *una de las ausencias que se detectan en la jurisprudencia española es la no construcción de un derecho o unos principios equivalentes en el ámbito del gobierno*.

La idea de *buen gobierno* se refiere al modo como una parte del poder ejecutivo, el gobierno, desarrolla sus funciones, mientras la *buena administración* hace referencia al modo como el poder ejecutivo desarrolla sus tareas administrativas, siendo los conceptos de mala administración (negligente) y corrupción (mala administración dolosa) sus opuestos. En este sentido, pues, el buen gobierno y la buena administración son nociones distintas de la buena gobernanza, más restringidas y concretas, pues no incluyen a actores privados y se distinguen por la específica función a la que se refieren, aunque en ocasiones, sobre todo buena gobernanza y buen gobierno, se utilicen de forma indistinta, dependiendo del contexto y del idioma.

En la Constitución española existen tanto principios de buen gobierno como principios de buena administración (PONCE, 2001). Respecto a los primeros cabe tener en cuenta el principio de interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3 CE, que exige racionalidad y justificación en las decisiones, el principio de no discriminación, art. 14 CE, y de persecución de la igualdad material, art. 9.2 CE, el principio de proporcionalidad y, por tanto, de actuación no desproporcionada (derivado por la jurisprudencia del art. 1 CE, incluyendo los conocidos subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) o el principio de asignación equitativa, eficiencia y economía en la programación de gasto público (art. 31.2 CE). Por otro lado, diversas leyes de buen gobierno, comenzando por la estatal 19/2013 y siguiendo por las autonómicas, y otras regulaciones (por ejemplo, Ley estatal 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y equivalentes autonómicas) establecen ahora concretos deberes jurídicos de buen gobierno.

Así, la vulneración de los principios del art. 26 de la Ley estatal 19/2013 (y equivalentes de otras leyes autonómicas) puede conducir en el futuro a la declaración de la ilegalidad de la conducta de altos cargos y cargos electos (y a la comisión de una infracción de las tipificadas legalmente). En concreto, en el art. 26 de la Ley estatal 19/2013 hay un *deber de diligencia debida* en la toma de las decisiones de gobierno [art. 26.2.a).5.º: «Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos»], equivalente a las obligaciones de buena administración ya vistas, que si no se cumple dará lugar a una ilegalidad y a comisión de una infracción tipificada como sanción muy grave en los arts. 29.1.a) (incumplimiento del principio constitucional implícito de buena administración y no arbitrariedad), art. 29.1.f) (si hay notorio incumplimiento de sus obligaciones de buen gobierno), cometiendo la infracción prevista en el art. 29.3.b), sancionable conforme al art. 30.

III. LA FINALIDAD DE LA CREACIÓN DE UNA OFICINA LOCAL ANTICORRUPCIÓN

A la vista de todo lo anterior, pues, la creación de una ACA solo tiene sentido como instrumento de lucha contra la corrupción, mediante la promoción del buen gobierno y la garantía del derecho a una buena administración de los ciudadanos, mediante su participación y la transparencia del actuar público.

Dependiendo del momento y del contexto, las anteriores razones de fondo expuestas para crear una oficina anticorrupción pueden venir oscurecidas por otras motivaciones, como la reacción a una presión (de los medios de comunicación, de la oposición o a una crisis puntual. Igualmente, una oficina de estas características se puede llegar a entender como un instrumento de *castigo* en manos de un partido político. Estas razones, que pueden llegar a explicar las causas últimas de una concreta creación, pueden ser comprensibles en el contexto político-administrativo coyuntural, pero se apartan de la necesaria voluntad política y administrativa de prevenir y perseguir la corrupción y pueden afectar negativamente, ya desde su nacimiento, a la unidad creada. En ese sentido, sería preciso explicitar las correctas razones de la creación y huir de soluciones puntuales, forzadas por circunstancias concurrentes pero alejadas de un convencimiento auténtico sobre la finalidad de estas oficinas.

En definitiva, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración. Entre ellas, cabe recordar, por ejemplo⁴⁸:

a) Definición del derecho a una buena administración y de su estándar de debida diligencia y extensión a privados que ejercen funciones públicas.

⁴⁸ J. PONCE SOLÉ, «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», REDA, núm. 175, 2016.

- b) Evaluación de la calidad normativa y establecimiento de una «huella normativa».
- c) Selección y estatuto jurídico de empleados públicos de libre designación, eventuales, directivos y funcionarios locales habilitados estatales.
- d) La regulación de los *lobbies*: registros y códigos de conducta.
- e) Las Cartas de Servicio, los estándares de buena administración, la inactividad y la responsabilidad patrimonial.
- f) La evaluación de las políticas públicas y su institucionalización.
- g) El reforzamiento de los controles de la Administración.
- h) Mejoras en organismos constitucionales y estatutarios de control
- i) Mejoras en relación a las funciones y a la protección de la labor de los controladores en el ámbito local
- j) Mejora del control de los actos trámite y de las medidas cautelares en el control judicial de la administración
- k) La responsabilidad patrimonial por mal gobierno y mala administración
- l) Acción pública en materia de mal gobierno y mala administración
- m) Regulación de la figura del *Whistleblowing*, alertador o denunciante

IV. EL DISEÑO IDÓNEO DE UNA OFICINA LOCAL ANTICORRUPCIÓN

Dada la relevancia que la corrupción ha adquirido en el nivel local, de acuerdo con los estudios antes mencionados, parece razonable la oportunidad del establecimiento de una agencia u oficina de transparencia, buen gobierno y/o anticorrupción municipal sobre todo en municipios de un cierto tamaño.

En ese sentido, es preciso reflexionar sobre si existen competencias municipales para establecer una agencia anticorrupción; sobre cuáles pueden ser los factores para el éxito (o el fracaso, por irrelevancia) de una agencia anticorrupción municipal; y sobre cómo debiera llevarse a cabo la regulación municipal de la agencia de corrupción municipal, insistiendo en la imprescindible necesidad de una evaluación *ex ante* de impacto normativo que garantice una buena regulación, así como de una evaluación *ex post* del desempeño de la oficina, que permita comprobar su funcionamiento en la práctica, de acuerdo ahora con las previsiones de la Ley 39/2015, aplicable también a los municipios.

— En relación con la capacidad municipal de creación de este tipo de unidades, hay que tener en cuenta la capacidad de autoorganización del ámbito local, de acuerdo, como es sabido a distinta normativa. Así, la Carta Europea de Autonomía Local de 1985 señala que:

«Artículo 6.º Adecuación de las estructuras y de los medios administrativos a los cometidos de las Entidades locales:

1. Sin perjuicio de las disposiciones más generales creadas por la Ley, las Entidades locales deben poder definir por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pretenden dotarse, con objeto de adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz».

Junto a esta previsión, es preciso tener en cuenta el art. 140 CE, referido a la autonomía municipal, y el art. 149.1.18 CE, en cuanto a la competencia estatal sobre bases del régimen jurídico de las AAPP. Asimismo, deben tenerse en cuenta los diversos Estatutos de Autonomía, en el marco del régimen denominado «bifronte», como es sabido (STC 214/1989, de 21 de diciembre), como, por ejemplo, el de Madrid, cuyo art. 27.1, señala que le corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de la materia régimen local. A su vez, como es sabido, el art. 4.1 de la LBRL reconoce la potestad de autoorganización y el art. 20.2 señala que los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios, de conformidad con lo previsto en este artículo y en las leyes de las Comunidades Autónomas a las que se refiere el número anterior. En el caso de algunas ciudades, su regulación específica. En definitiva, como la STS 8/2/1999, por todas, señala:

«Es claro, que la potestad de autoorganización [art. 4.1.a) LBRL], ha de ejercitarse en el marco de los límites establecidos en la legislación estatal y en las legislaciones de desarrollo de las Comunidades Autónomas que no pueden, no obstante, invadir ni desconocer la potestad de autoorganización que la Constitución garantiza a la instancia municipal. Consecuentemente, el art. 20 LBRL establece en su apartado 1 los órganos municipales de carácter necesario, reconociendo el párrafo c) de este mismo apartado la potestad de autoorganización complementaria que corresponde a los propios municipios. Potestad esta, singularizada respecto de la potestad reglamentaria local, que comprende el establecimiento y regulación de la organización y de las relaciones en el ámbito interno, funcionalmente requeridas para el desenvolvimiento de la actividad cuya gestión autónoma se encomienda al Ente local, dentro del marco que diseñan los principios de competencia, reserva de ley, legalidad y jerarquía normativa que articulan el carácter plural y complejo de nuestro ordenamiento.

En este sentido, el legislador estatal establece un modelo organizativo común y uniforme para las entidades municipales, a partir del cual, y con pleno respeto al mismo, las propias Entidades locales pueden dotarse de una organización complementaria en virtud de los correspondientes Reglamentos Orgánicos [SSTS de 9 de febrero de 1993 (RJ 1993/548) y 11 de mayo de 1998 (RJ 1998/4313), entre otras]⁴⁹.

⁴⁹ El art. 5, apartados 2, 3 y 4 de la ley estatal 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público señalan que:

«Artículo 5. Órganos administrativos.

1. Tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.

2. Corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.

3. La creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.

b) Delimitación de sus funciones y competencias.

c) Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

Asimismo, desde la perspectiva procedimental, el art. 149.1.18 reconoce, como es sabido la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común, quedando la competencia autonómica para el desarrollo en manos de los Estatutos de Autonomía y la competencia municipal de desarrollo del marco estatal (y autonómico si existe) reconocida por la legislación vigente. Así, los arts. 69.2 LBRL y 146 ROF señalan que el procedimiento administrativo de las entidades locales se rige: «Por los Reglamentos sobre procedimiento administrativo que aprueben las entidades locales, en atención a la organización peculiar que hayan adoptado».

Por supuesto, como es sabido, no cabe confundir lo no formalizado con lo inexistente: el instructor de los procedimientos, en lo no formalizado o no desarrollado localmente, deberá seguir el marco común de la legislación estatal (y al formalizar los procedimientos un municipio, en su caso, también, claro).

El FJ 6.º de la STC 166/2014 ha señalado que:

«Asumido entonces que conforme con nuestra doctrina la competencia normativa para regular el procedimiento administrativo específico necesario para intervenir en cada sector concreto de la actividad administrativa ha de corresponder, lógicamente, al ente competente para esa intervención (por todas, STC 227/1988, antes citada), de ello se sigue sin dificultad que ese ente territorial ha de tener autonomía para poder ponderar, entre otras circunstancias, la dificultad o complejidad de la materia, los informes o trámites necesarios o convenientes para ordenar adecuadamente la intervención de su Administración en ese concreto ámbito, o la capacidad de su propia organización administrativa para asumir ese trabajo».

Pero más allá de los aspectos formales señalados, la creación de una unidad de estas características debe ir acompañada de una serie de factores para el éxito (o el fracaso, por irrelevancia) de una agencia anticorrupción municipal. Entre ellos podemos citar los siguientes, extraídos de la escasa literatura existente y combinados de tal manera que ofrecen un práctico decálogo de indicadores para evaluar *ex ante* o *ex post* a las ACAs⁵⁰:

1. La ACA debe estar conectada a un marco con una estrategia más amplia de prevención y lucha contra la corrupción, que incluya acciones dirigidas a:

- 1.1. Diagnosticar.
- 1.2. Concentrarse en un tipo de corrupción donde un progreso visible sea hecho pronto, sin gran coste.
- 1.3. Simplificar.
- 1.4. Promover la transparencia.

4. No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos. A este objeto, la creación de un nuevo órgano solo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población».

⁵⁰ F. CARDONA, *Anti-corruption policies and agencies*, CENTER FOR INTEGRITY IN THE DEFENCE SECTOR, 2015, consultable en: <http://cids.no/wp-content/uploads/pdf/7250-DSS-Anti-corruption-GGG-3-skjerm.pdf>.

1.5. Lo que podría traducirse del inglés como «freír peces gordos», esto es, concentrar esfuerzos en asuntos de volumen que den la sensación de efectividad.

1.6. Dejar claro el liderazgo de la alcaldía.

2. Diseño normativo cuidadoso de la ACA, con evaluación de impacto normativo, incluyendo análisis de costo-beneficio o similar (*vid.* más adelante) y necesaria especialización de esta.

3. Albergar expectativas realistas sobre las posibilidades de la ACA.

4. Conseguir en la medida de lo posible un apoyo político amplio, transpartidista.

5. Evaluar el desempeño real de la ACA *a posteriori*.

6. Establecer la coordinación y cooperación de la ACA con otros controles, en lo que a veces se ha denominado la «jungla de los controles», pero de forma más positiva podemos denominar el sistema de integridad local, autonómico y estatal. Así, la ACA tendrá que convivir por ejemplo con:

— Inspección de servicios.

— Intervención.

— Recursos administrativos: incluyendo el especial en materia de contratación ante órganos específicos independientes.

— Cámara de cuentas.

— Defensor del pueblo.

— Consejo de Transparencia y buen gobierno.

— Fiscalía anticorrupción.

— Jurisdicción penal y contenciosa.

7. Reforzamiento de la *independencia* de presiones políticas de la ACA y exigencia de rendición de cuentas (lo que conecta con la ya mencionada evaluación *ex post* de su desempeño). La independencia, por supuesto, *tiene grados* y deberá ser mayor cuanto mayor poder concreto tenga la agencia (como, por ejemplo, el ejercicio de la potestad sancionadora)⁵¹. Incluiría aspectos como:

⁵¹ Así, *vid.* S. ERIKSEEN y S. CARDONA, *Criteria for good governance in the defence sector. International Standards and Principles*, The Centre for Integrity in the Defence Sector (CIDS), 2015, <http://cids.no/wp-content/uploads/pdf/7215-Criteria-for-Good-Governance-in-the-Defence-Sector-k6.pdf>. La literatura administrativista en España sobre Administraciones independientes es abundante. Puede consultarse recientemente J. SOLANES MULLOR, *Administraciones independientes y Estado regulador: El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, Madrid, 2016.

En el ámbito de la Administración del Estado, *vid.* ahora el artículo de la Ley 40/2015, el cual señala lo siguiente:

«Título II. Organización y funcionamiento del sector público institucional

Capítulo IV

Las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal

Artículo 109. Definición.

1. Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley.

- 7.1. Disponer de autonomía en la toma de decisiones, sin recibir instrucciones.
- 7.2. Autonomía de gestión (personal, financiación suficiente y predecible, infraestructura técnica...).
- 7.3. Autonomía organizativa.
 - 7.3.1. ¿Está la ACA integrada o separada de la estructura departamental burocrática? Si separada, goza de mayor autonomía.
 - 7.3.2. ¿Tiene personalidad jurídica la ACA? Si la tiene, gozará de una mayor autonomía legal.
 - 7.3.3. ¿La modificación de su regulación está en manos del poder ejecutivo/alcaldé o en manos del poder legislativo/pleno? En el segundo caso, de nuevo, la autonomía será mayor.
 - 7.3.4. Modo de elección de los órganos de dirección:
 - habrá mayor autonomía:
 - a) En la medida que sea preciso un alto consenso político, con mayorías calificadas.
 - b) Si el director/comisión de dirección son nombrados de por vida o por a largo periodo de tiempo, no por solo un par o tres de años.
 - c) Si el mandato no coincide con el ciclo electoral.
 - d) Si el mandato no es renovable.
 - e) Si hay criterios explícitos de competencia profesional para el nombramiento del director/comisión de dirección.
 - f) Si hay un estricto criterio de incompatibilidades en la dirección.
 - g) Si el director/comisión de dirección solo pueden ser cesados por causas ajenas a la confianza política, evitando el cese arbitrario.
 - 7.3.5. Autonomía financiera: referida al grado en que la ACA depende o no de la financiación pública ajena o de sus propios recursos.
8. El diseño de las funciones debe ser lo más claro posible.
9. La ACA debería contar con personal suficiente y preparado.

2. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.

3. Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación "autoridad administrativa independiente" o su abreviatura "A.A.I."

Artículo 110. Régimen jurídico.

1. Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común.

2. Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril».

10. Los presupuestos de la ACA deberían ser los adecuados para el desempeño de las tareas requeridas.

La creación de la ACA *debe ser el resultado de un ejercicio ponderado*, esto es conforme a las obligaciones de buena administración, de la potestad normativa, antes vistas, que permita una medición *ex ante* de los posibles impactos, de todo tipo, que generaría la oficina. Asimismo, esa evaluación previa en su diseño normativo ha de permitir tener en cuenta los 10 puntos básicos antes expuestos. Lo ideal sería la generación por el regulador de una *checklist*⁵² que comprobará, antes de aprobar la regulación de la ACA, los aspectos mencionados, que funcionan como solventes indicadores de las probabilidades de éxito real de la ACA en la prevención y lucha contra la corrupción.

Esta perspectiva nos conduce al movimiento de la *Better o Smart Regulation*, tan poco desarrollado aún en el nivel local español, en relación con la creación de la agencia u oficina. No siendo posible ahora detenernos en este punto, solo queremos destacar que la Ley 39/2015 ha establecido, como es sabido, unos principios de buena regulación (art. 129⁵³), exige la evaluación *ex post* de la normativa vigente (art. 130)⁵⁴ y demanda que anualmente se planifique la nueva regulación local a dictar (art. 132)⁵⁵. Todo ello

⁵² Al respecto, *vid.* S. ERIKSEEN y S. CARDONA, *Criteria for good...*, *op. cit.*, pp. 18 y ss., con un conjunto de hasta 31 preguntas para comprobar el tipo de ACA a establecer.

⁵³ «Artículo 129. Principios de buena regulación.

1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

2. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución».

⁵⁴ «Artículo 130. Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación.

1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.

El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.

2. Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica».

⁵⁵ «Artículo 130. Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación.

1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.

El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.

2. Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica».

unido a las exigencias de realización de una *evaluación de impacto normativo* que se plasme en la correspondiente memoria, nos lleva a afirmar la necesidad de que la creación y el diseño de las ACA en el ámbito local se lleve a cabo tomando en consideración los costes y beneficios (en sentido amplio, no solo económico) de tal posible decisión, por un lado, y de que se lleva a cabo una evaluación *ex post* de su funcionamiento, que podría incorporar una de las cláusulas denominadas *sunset*, poco conocidas en España, pero empleadas en otros países como EEUU o Alemania y por la UE⁵⁶, una vez creada, generando indicadores como, por ejemplo, el porcentaje de casos investigados y que han dado lugar a una reacción administrativo o judicial, los específicos cambios institucionales en respuesta a recomendaciones, encuestas a la opinión pública sobre la agencia o el número de asesoramientos prestados a unidades administrativas⁵⁷.

V. LAS OFICINAS ANTICORRUPCIÓN EN ESPAÑA: EL ÁMBITO LOCAL

En términos generales, la institucionalización de la prevención y lucha contra la corrupción en el ámbito del sector público ha sido escasa en España hasta fechas recientes, al basarse tradicionalmente la estrategia anticorrupción en la persecución penal de los casos detectados.

En el ámbito autonómico debe hacerse mención de la pionera y consolidada: Oficina Antifraude de Cataluña (en adelante, OAC)⁵⁸, creada por Ley 14/2008, de 5 de noviembre, la cual es el ejemplo más consolidado de ACA para la lucha y prevención de la corrupción en España, por lo que nos vamos a detener brevemente en su evolución⁵⁹. Se trata de una entidad con personalidad jurídica propia, adscrita al Parlamento de Cataluña y con independencia en su actuación, que se concreta en que (arts. 8 y 9):

- No recibe instrucciones de ninguna autoridad.
- Su director es escogido por el *Parlament*, a propuesta del Gobierno, con *hearing* ante la comisión de asuntos institucionales, con mayoría de 3/5 en primera votación o absoluta en segunda. Tiene un mandato de nueve años, no renovables.

⁵⁶ Una *sunset clause* es un precepto incluido en una norma que somete a esta a una eficacia limitada en el tiempo y a una posible prórroga de la misma siempre que se demuestre por quien esté interesado en ello que tal continuación es necesaria, a la vista de la evaluación que se realice de su eficacia hasta el momento. Puede consultarse: S. RANCHORDÁS, «Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation», *Jurimetrics*, vol. 55, núm. 2, 2015, <https://www.heartland.org/sites/default/files/ssrn-id2544291.pdf>.

⁵⁷ Sobre todos estos aspectos, puede consultarse J. PONCE SOLÉ y A. CERRILLO (coords), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017 (en prensa).

⁵⁸ <https://www.antifrau.cat/es/>.

⁵⁹ Como es sabido, esta Oficina pasó por difíciles momentos en 2016, año en que fue noticia por cuestiones vinculadas a actuaciones de su entonces director. Con nuevo director desde verano de ese mismo año [un juez, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC) de 2010 a 2015, que después ejerció de Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJC hasta asumir la dirección de la OAC], la institución ha recuperado la estabilidad y sigue desarrollando sus importantes tareas.

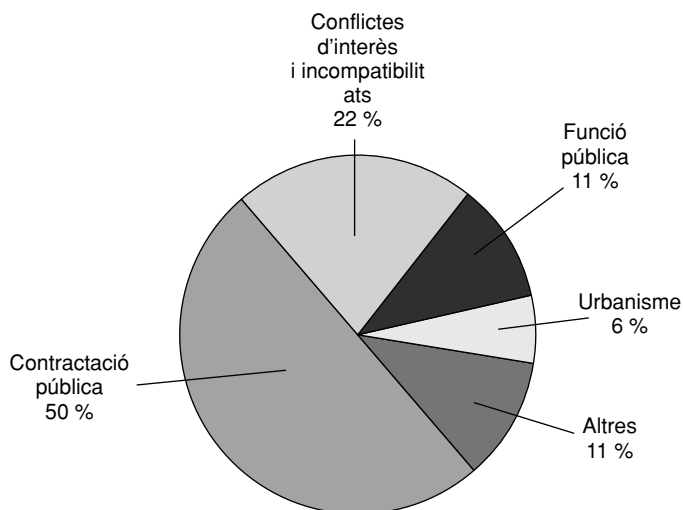
Sus tareas se centran en investigar y prevenir el fraude y la corrupción y en asesorar y emitir recomendaciones⁶⁰. Su ámbito de actuación abarca a todo el sector público catalán, si bien en caso de ámbitos donde ya está actuando la policía judicial, el ministerio fiscal o una autoridad judicial, la OAC no puede actuar.

Según datos ofrecidos por la propia OAC en 2017⁶¹:

DILIGÈNCIES D'INVESTIGACIÓ 2016 COMPARADES AMB ANYS ANTERIORS

<i>Diligències practicades</i>	2013	2014	2015	2016
Requeriments informatius i documentals	174	203	170	206
Entrevistes personals	15	13	21	24
Visites d'inspecció	3	5	2	0

Respecto a las materias objeto de investigación en las actuaciones cerradas en 2016, destacan la de contratación pública, seguida por conflictos de interés e incompatibilidad, función pública y urbanismo:



⁶⁰ La OAC carece de potestad sancionadora. Sobre el particular, *vid.* O. CAPDEFERRO, «Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: límites y propuestas para la prevención de la corrupción. En particular, el caso de la oficina antifraude de Cataluña», *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 53, 2016, pp. 13-30, consultable en: <http://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/view/316152/406267>.

⁶¹ Sesión de Clausura del Master PREVENCIÓN, CONTROL Y REACCIÓN ANTE LA CORRUPCIÓN. PUBLIC COMPLIANCE, BUEN GOBIERNO Y BUENA ADMINISTRACIÓN (2016-2018) de la Universidad de Barcelona el día 24 de marzo de 2017 por parte del director adjunto de la OAC. *Vid.* http://www.ub.edu/web/ub/es/estudis/oferta_formativa/masters_propis/fitxa/P/201511881/.

SITUACIÓ DE LES ACTUACIONS D'INVESTIGACIÓ I COL-LABORACIONS DURANT EL 2016

<i>Sector públic</i>	<i>En curs al tancament 2015</i>	<i>Iniciades 2016</i>	<i>Interrupcions 2016</i>	<i>Reclassificacions 2016</i>	<i>Closes 2016</i>	<i>En curs al tancament 2016</i>
Generalitat	24	4	—	—	7	21
Entitats Locals	101	73	13	—	36	125
Universitats	2	1	—	—	—	3
Total actuacions	127	78	13	—	43	149
Col·laboracions	1	—	—	—	1	—
Total	128	+78	-13	0	-44	149

Resultados de las actuaciones cerradas no archivadas:

<i>Resultat</i>	<i>2013</i>	<i>2014</i>	<i>2015</i>	<i>2016</i>	
Informes raonats	30	18	37	16	
Recomanacions	5	6	7	1	
Comunicacions a	Autoritat competent	15	9	16	14
	Ministeri Fiscal	12	9	11	3
Total	62	42	71	34	

En materia de prevención, las actividades de la OAC son diversas, en ámbitos de formación, asesoramiento, recomendaciones normativas y consultas no vinculantes.

<i>Tipus de formació</i>	<i>Núm. participants</i>	<i>Total hores lectives</i>	<i>Núm. sessions</i>	<i>Valoració</i>
Formació estàndard sobre integritat i gestió de riscos	681	149	41	8,58
Formació en àrees específiques de risc	96	17,5	4	9,16
Total general	777	166,5	45	8,63

También en el ámbito autonómico, destacan la reciente creación en 2016 de la oficina balear, por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears (BOCAIB, de 15 de diciembre de 2016) y de la valenciana, por Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de

la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (*DOGC*, de 30 de noviembre de 2016)⁶².

Ambas oficinas tienen finalidades generales similares a la OAC en el ámbito de la prevención o investigación. Tienen también un sistema de propuestas y recomendaciones parecido. La Agencia Valenciana tiene capacidad sancionadora, un ámbito más amplio y un sistema de *whistleblowers* más detallado.

Dada la recientísima creación de ambas en el momento de escribir estas líneas, no se dispone aún de datos sobre su actuación y evolución.

Asimismo, otras CCAA se han planteado la creación de oficinas similares, aunque políticamente el proyecto no ha cuajado, como en el caso de Andalucía, cuyo parlamento rechazó en otoño de 2016 el inicio de la tramitación de una proposición de ley en tal sentido.

Además, debe tenerse en cuenta que si bien el ámbito estatal no cuenta hasta el momento con una ACA, a diferencia de otros Estados, el Título II de la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, que ha tenido entrada en otoño de 2016 en el Congreso de los diputados y que se encuentra en tramitación en el momento de escribir estas líneas⁶³, tiene por objeto la creación de una *Autoridad Independiente de la Integridad Pública*, a la que se le encomendaría el control y la supervisión del cumplimiento por las autoridades y el personal del sector público estatal de sus obligaciones en materia de conflictos de intereses, régimen de incompatibilidades y buen gobierno, sustituyendo a la Oficina de Conflictos de Intereses en sus funciones de gestión del régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado, de llevanza y gestión de los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos, y de aplicación del régimen sancionador previsto en el Título IV de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado, así como la aplicación del régimen sancionador en materia de buen gobierno previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Pero siendo el ámbito local el que concentra aquí nuestra atención, deben destacarse la creación de la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona, de la Oficina para la transparencia y las buenas prácticas del Ayuntamiento de Barcelona y de la oficina de Madrid, aunque otros municipios han debatido también la creación de estructuras organizativas en ese ámbito, sin que de momento haya llegado a cuajar su creación (caso, por ejemplo, de Badajoz, cuyo pleno de octubre de 2016 rechazó una

⁶² Sobre la necesidad y diseño de esta última, puede consultarse, «¿Cuidado con la Agencia Antifraude», artículo de A. BELTRAN, aparecido en *eldiario.es*, el 23 de junio de 2016: http://www.eldiario.es/cv/Cuidado-agencia-antifraude_0_529847152.html.

⁶³ [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wci/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=\(122%2F000022*.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wci/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=(122%2F000022*.NDOC.)).

moción apoyada por tres grupos de la oposición al respecto). Siendo en todos los casos ACAs de muy reciente creación, y careciéndose todavía de una evaluación *ex post* de su actuación extendida en el tiempo, vamos a hacer una breve descripción de las mismas, con referencia y remisión a su normativa de creación.

Como se va a comprobar a continuación, la aplicación de la lista de comprobación propuesta en el apartado IV, con sus diez aspectos (y subaspectos en varios de ellos) a considerar por el regulador, puede ser de gran utilidad para determinar ahora la calidad del diseño decidido en cada caso, incluyendo el aspecto crucial de su grado de independencia frente a presiones políticas. Nosotros no vamos a efectuar en este momento un análisis mediante este instrumento, limitándonos ahora a exponer los trazos básicos de cada una de las ACAs, dejando al lector o lectora que saque sus propias conclusiones.

Por lo que se refiere a la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona, ciertamente singular en el panorama comparado, se creó en el nuevo mandato de gobierno del Área Metropolitana de Barcelona (2015-2019). Sus funciones le fueron asignadas por Decreto de Presidencia con fecha 14 de diciembre de 2015, publicado en el *BOPB* de 8 de enero de 2016, siendo, tanto en el área Metropolitana de Barcelona como respecto de sus entidades vinculadas, las de⁶⁴:

«1. Promover y colaborar de forma especializada en el cumplimiento de las normas sobre transparencia, derecho de acceso y buen gobierno. 2. Coordinar todas las acciones e iniciativas a la transparencia, derecho de acceso y buen gobierno tanto a nivel interno como acciones externas. 3. Promover la investigación y la formación permanente en transparencia, derecho de acceso y buen gobierno como modelo metropolitano de gobernanza. Garantizar la especialización permanente en el tratamiento de la información en el Portal de Transparencia y elaborar los materiales con criterios de lenguaje accesible, fácil comprensión, máxima información bajo el principio de rendición de cuentas. 4. Gestionar el Portal de transparencia en coordinación con los servicios informáticos de la web corporativa. 5. Proponer y colaborar en la elaboración de protocolos e informes para el desarrollo de la ley y especialmente para garantizar el derecho de acceso a la información. 6. Velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley de transparencia en cuanto a los grupos de interés. 7. Promover la creación del Consejo Asesor de transparencia metropolitana. 8. Promover la aprobación del código de conducta de altos cargos del área Metropolitana de Barcelona. 9. Promover el establecimiento de indicadores de transparencia y buen gobierno en los procesos de evaluación».

La Agencia de Transparencia está formada por un equipo permanente, integrado por la Dirección y un cuerpo técnico, y además, se ha solicitado a los responsables de todos los ámbitos la designación de una persona referente, denominada Enlace de transparencia, para formar una red interna de colaboradores que actualmente está integrada por 25 personas y se prevé que llegue hasta 52. Por otro lado, la Agencia cuenta con un Consejo Asesor, integrado por seis personas, nombradas por Decreto de Presidencia de 14 de diciembre de 2015, como elemento consultivo de apoyo.

⁶⁴ <http://transparencia.amb.cat/es/web/l-agencia/coneixer-l-agencia>.

En cuanto a la denominada en algunos medios de comunicación *Oficina* del Ayuntamiento de Barcelona para la Transparencia y las Buenas Prácticas⁶⁵, estamos en realidad ante una unidad que es una Dirección encuadrada en una Gerencia, la de Recursos, que a su vez depende de la Gerencia Municipal, la cual está bajo la dirección de la Alcaldía⁶⁶. De acuerdo con la información proporcionada por su página web, la dirección está vacante, correspondiéndole:

«Garantizar una gestión de la administración municipal y sus entidades vinculadas y participadas bajo el principio de transparencia, códigos de buen gobierno y cumplimiento de la legalidad. Analizar e investigar internamente posibles casos que vulneren el buen gobierno, la transparencia, el uso eficiente de recursos públicos y el cumplimiento de los principios legales y éticos de la administración pública. Prevenir situaciones de riesgo asegurando la formación necesaria para los empleados públicos. Supervisar la transparencia, el buen uso y la correcta aplicación a sus finalidades de las ayudas y subvenciones que otorga el Ayuntamiento de Barcelona a terceros, tanto si son entidades públicas como entidades privadas. Coordinar y colaborar por el cumplimiento de sus funciones con los servicios del Ayuntamiento, así como otros órganos con funciones similares, en el ámbito de la lucha contra la corrupción. Promover la concienciación social y sensibilización ciudadana en materia de ética en la gestión pública; manteniendo una relación de cooperación estable con las entidades sociales vinculadas a este ámbito directamente y a través de los órganos de participación. Proponer a la Gerencia del Sector la adopción de acuerdos en las materias propias de sus competencias. Representar a la Gerencia del Sector, por delegación de esta, en las materias propias de sus competencias».

Mediante las Normas reguladoras del buzón ético y de buen gobierno (*BOPB*, de 16 de enero de 2017), se ha otorgado la gestión de dicho buzón a Dirección de Servicios de Análisis, adscrita a la Dirección por la Transparencia y las Buenas Prácticas de la Gerencia de Recursos (art. 25.1)⁶⁷, la cual «actúa con independencia funcional sin que pueda estar sometida a ordenes jerárquicas que condicionen la actuación, especialmente por lo que se refiere al mantenimiento de la confidencialidad de los datos personales de que se trate. El desarrollo de esta actuación no es causa que justifique el cese, siempre que cumpla las previsiones de esta disposición general y no vulnere de cualquier modo la normativa de aplicación» (art. 25.2), teniendo las personas que trabajan en ella, que han de ser funcionarias de carrera, un deber de secreto, aun cuando cesen en sus funciones, cuya violación supone infracción disciplinaria. Además, por Decreto de la Alcaldía de 17 de marzo de 2016 (*Gaseta Municipal de Barcelona*, núm. 10, de 30 de marzo de

⁶⁵ Así, «Barcelona crea una Oficina para la Transparencia», Europa Press, 26 de noviembre de 2016, consultable en: <http://www.europapress.es/catalunya/noticia-barcelona-crea-oficina-transparencia-20151126112855.html>.

⁶⁶ <http://w10.bcn.cat/APPS/rhuwiwWeb/listWorkPlace.do?orgId=8014180&act=list>.

⁶⁷ Este buzón es definido (art. 2) como «un canal de comunicación electrónica que facilita la participación ciudadana ya que permite que cualquier persona y cualquier servidor público de la corporación comunique conductas llevadas a cabo por la Administración municipal que resulten contrarias al Derecho, a los principios o reglas éticas y de buen gobierno y administración que determina el marco normativo vigente, con el fin de que la gestión municipal se desarrolle con un respeto total a los valores de calidad democrática, y de buena administración en un contexto de mejora continua en la calidad de los Servicios públicos».

2016) se creó el Consejo Asesor para la Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, presidido por la tercera tenencia de alcaldía de Derechos de ciudadanía, Participación y Transparencia, ostentando la vicepresidencia la Gerencia de Recursos y existiendo hasta siete miembros designados entre personas físicas o jurídicas, el director del archivo municipal y dos personas designadas entre miembros de la, vuelve aquí la denominación de oficina, Oficina de Transparencia y Buenas Prácticas.

Finalmente, la más reciente de todas estas ACAs locales es la de Madrid creada por Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal Contra el Fraude y la Corrupción aprobado por el Pleno el 23 de diciembre de 2016 (*BOCM* núm. 11, de 13 de enero de 2017). Con anterioridad, el mismo Pleno había aprobado la Ordenanza de Transparencia de la ciudad de Madrid, el 27 de julio del mismo año.

Centrándonos en la Oficina, el Reglamento mencionado contiene un interesante preámbulo, en el que suscitan reflexiones sobre muchas de las cuestiones aquí planteadas con anterioridad. El art. 1 define a la Oficina como «un órgano complementario creado al amparo de la autonomía municipal y de la potestad de autoorganización reconocidas al Ayuntamiento de Madrid en los arts. 2 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, y 4.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local», siendo «un órgano independiente respecto del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, quedando adscrita orgánicamente al Pleno municipal». Sus funciones están recogidas en el art. 4, sintetizándose como «de inspección, comprobación y prevención⁶⁸ de las actuaciones desarrolladas por autoridades, directivos o empleados municipales que pudieran ser constitutivas de fraude o corrupción», considerándose a los efectos de esta norma «fraude o corrupción cualquier actuación que implique una mala administración intencionada en el ejercicio de poderes públicos, en beneficio particular de personas físicas o jurídicas y en perjuicio de los intereses generales». Su ámbito de actuación abarca a todo el sector público municipal (art. 5.1), señalándose que:

«el Ayuntamiento de Madrid promoverá la ampliación del ámbito de actuación de la Oficina, mediante la adhesión voluntaria a lo dispuesto en el presente Reglamento Orgánico de:

- a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación del Ayuntamiento o de alguna de las entidades mencionadas en el apartado 1 sea inferior al 50 por 100.
- b) Las fundaciones de iniciativa pública en las que la participación del Ayuntamiento o de alguna de las entidades mencionadas en el apartado 1 no sea mayoritaria.
- c) Los restantes consorcios en los que participe el Ayuntamiento de Madrid».

El art. 6 aborda la cuestión de la situación de la Oficina en la «jungla de controles» de la que hablábamos, señalando que, en particular, la Oficina no desarrollará sus fun-

⁶⁸ Que incluyen, entre otras, las de realización de estudios, elaboración de códigos éticos y de buenas prácticas, diseño de programas de prevención y control del fraude y de formación del personal del ayuntamiento (art. 25).

ciones respecto de aquellos hechos de los que pudiera derivarse única y exclusivamente responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de la Administración municipal, que serán remitidos a los servicios municipales competentes en materia disciplinaria, no pudiendo desempeñar funciones que correspondan a la autoridad judicial al Ministerio Fiscal o a la policía judicial, ni podrá inspeccionar los mismos hechos que sean objeto de averiguación o instrucción por aquellos mientras haya causa judicial abierta. Si la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal inician un procedimiento para determinar la naturaleza penal de unos hechos que a su vez están siendo inspeccionados por la Oficina, esta deberá suspender sus actuaciones, trasladar toda la información a la autoridad competente y prestarle su colaboración.

La oficina consta de una Dirección y de un Consejo Asesor (art. 7). El nombramiento de la persona titular de la Dirección habrá de realizarse motivadamente y de acuerdo con criterios de competencia profesional, entre personas de reconocida trayectoria democrática y prestigio o experiencia en la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, que se encuentren en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos. El candidato o candidata no podrá estar investigado, encausado o disponer de antecedentes penales por delitos dolosos. En caso de desarrollar alguno de los cargos, profesiones o actividades públicas incompatibles previstas en el art. 11, deberá cesar en los mismos al día siguiente de su nombramiento. El nombramiento deberá ser aprobado por el Pleno municipal mediante el voto favorable de las tres quintas partes de sus miembros, a propuesta de la Junta de Gobierno y previa comparecencia del candidato o candidata ante la Comisión del Pleno competente en materia de transparencia, para ser evaluado en relación a las condiciones requeridas para el cargo, o por mayoría absoluta en segunda votación. El mandato no puede exceder de cinco años, con posible prórroga única por el mismo plazo. La persona titular solo puede ser cesada por el Pleno, en caso de concurrir alguna de las causas tasadas del art. 7.5. Los miembros del Consejo Asesor serán también nombradas y cesadas, también por causas tasadas, por el pleno, por 3/5 partes por cinco años, de entre los candidatos surgidos de una convocatoria pública.

La oficina dispondrá de su propia sección en el presupuesto municipal y elaborará sus programas (art. 17). Las denuncias ante la Oficina de conductas irregulares serán anónimas o identificadas con un código o un número, salvo deseo expreso del denunciante, y la identidad no será revelada a terceras personas (arts. 24 y 26).

VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Del conjunto de ideas expuestas, podemos aquí extraer las siguientes de forma resumida:

La posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración.

La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y solo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la Ley 39/2015.

Realizada la evaluación *ex ante* y superada esta, el diseño concreto de la oficina debe reunir algunos requisitos que garanticen la eficacia de su tarea y a los que aquí hemos hecho referencia. El aislamiento de posibles presiones políticas deviene crítico para la legitimidad y subsistencia futura de las ACAs creadas. Como hemos podido apreciar, los modelos existentes pueden ser muy distintos respecto a este aspecto.

Finalmente, debería procederse a una evaluación *ex post* periódica de estas oficinas una vez creadas y en funcionamiento, pudiéndose plantear el interés de introducir cláusulas *sunshine* que lleven a su eliminación, en caso de no superar dichas evaluaciones.

Durante años, hubo un consenso generalizado en que el establecimiento de ACAs era una de las más importantes iniciativas para contrarrestar la corrupción. Sin embargo, las lecciones aprendidas de la experiencia han mostrado como su efectividad varía mucho de país en país. Lo aprendido a día de hoy muestra como ACAs eficaces tienden a estar bien financiadas, con una dirección de fuerte liderazgo con integridad visible y comprometida y situadas en un entorno de actores públicos y privados quienes trabajan juntos para llevar a cabo las intervenciones anticorrupción. Por el contrario, débiles ACAs son el producto de una voluntad política débil, manifestada en recursos limitados y en la capacidad de su plantilla⁶⁹.

En el caso español, esas experiencias nos deberían permitir no descubrir mediterráneos y aprender de ellas, siempre que la conozcamos y que urgencias políticas pasajeras no lo impidan, procediendo a crear ACAs meramente cosméticas o condenadas al fracaso por su deficiente diseño institucional. Este trabajo ha propuesto una lista de comprobación con diez indicadores (subdivididos en otros más precisos aún) que podría ayudar a un regulador a tomar la mejor decisión posible y contribuir, además, a un análisis crítico posterior de los ejemplos ya surgidos y que vayan surgiendo en España.

VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA

BARCELONA LLOP, J.: «El patrimonio cultural material en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, septiembre-diciembre 2015, pp. 129 y ss.

BRANDEIS, D.: *Other's People Money. How the Bankers Use It*, Frederick A. Stokes Company Publishers, Nueva York, 1914.

⁶⁹ UNDP, *Practitioner's Guide. Capacity Assessment of Anti-Corruption Agencies*, 2011, y S. ERIKSEN y F. CARDONA, *Criteria for...*, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

- CAPDEFERRO, O.: «Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: límites y propuestas para la prevención de la corrupción. En particular, el caso de la oficina antifraude de Cataluña», *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 53, 2016, pp. 13-30, consultable en: <http://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/view/316152/406267>.
- CARDONA, F.: *Anti-corruption policies and agencies*, CENTER FOR INTEGRITY IN THE DEFENCE SECTOR, 2015, consultable en: <http://cids.nolwp-content/uploads/pdf/7250-DSS-Anti-corruption-GGG-3-skjerm.pdf>.
- CONSEJO DE EUROPA: *European Conference In pursuit of Good Administration, Conclusions*, 2007, disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/Conclusions%20Conf.%20Varsovie%20Nov.pdf>.
- ERIKSEEN, S., y CARDONA, S.: *Criteria for good governance in the defence sector. International Standards and Principles*, The Centre for Integrity in the Defence Sector (CIDS), 2015, <http://cids.nolwp-content/uploads/pdf/7215-Criteria-for-Good-Governance-in-the-Defence-Sector-k6.pdf>.
- KLITGAARD, R.; MACLEAN-ABAROA, R., y LINDSEY PARRIS, H.: *A practical approach to dealing with municipal malfeasance*, UNDP/UNCHS/WORLD BANK, Working Paper, Marrakech, 1998, consultable en: http://sswm.info/sites/default/files/reference_attachments/KLITGAART%20et%20al%201996%20A%20Practical%20Approach%20to%20Dealing%20With%20Municipal%20Malfeasance.pdf.
- MEAGHER, P.: «Anti-corruption Agencies - A Review of Experience», IRIS (Center for Institutional Reform and the Informal Sector at the University of Maryland). Paper núm. 04/02, marzo de 2004.
- OFICINA ANTICORRUPCIÓN ARGENTINA: *Organismos de lucha contra la corrupción: Informe sobre agencias estatales de lucha contra la corrupción en el continente americano*, HAFFORD, D., y BARAGLI, N. (coords.), y BOUER, D. (rec.) —1.ª ed.— Buenos Aires: Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación: PNUD Argentina, Embajada Británica, 2009, consultable en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/oas_anticorruption.pdf.
- PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *REDA*, núm. 175, 2016.
- «La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)», Fundación democracia y gobierno local-IDP, 2013, disponible en: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1432/03_PONCE_p93_140_Anuario_2012.pdf?sequence=1 (la mayor parte de la jurisprudencia contenida en los epígrafes II.1 y II.2 ha sido extraída de este trabajo, y allí puede encontrarse la cita completa, que aquí se omite).
- *Negociación de Normas y Lobbies*, Thompson Reuters Aranzadi, 2015, <http://www.tienda.aranzadi.es/productos/ebooks/negociacion-de-normas-y-lobbies-duo/7810/4294967101>.
- «Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno», Documento presentado en el VII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP (Madrid, España) del 3 al 5 de octubre de 2016 y publicado en INAP, *La Administración al día*, 19 de enero de 2017, consultable en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>.
- PONCE SOLÉ, J., y CERRILLO, A. (coords.): *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017 (en prensa).

- PRADERA, J.: *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, Galaxia Gutenberg, 2014, pp. 39 y 40.
- QUIÑONES, M.: «La buena administración y la moralidad administrativa», *Magistra*, año 6, núm. 1, 2012, pp. 65-84, consultable en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4746944>.
- RAGUÉS I VALLÉS, R.: *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, 2013.
- RANCHORDÁS, S.: «Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation», *Jurimetrics*, vol. 55, núm. 2, 2015, <https://www.heartland.org/sites/default/files/ssrn-id2544291.pdf>.
- REVUELTA PÉREZ, I.: «Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 193, 2014, consultable en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1318&IDA=36900>.
- ROSE-ACKERMAN, S., y PALIFKA, B. J.: *Corruption and Government*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 2016, pp. 391-395.
- SIMÓN CASTELLANO, P.: «El govern obert», en CERRILLO, A., y PONCE, J. (coords.), *Transparència, accés a la informació i bon govern a Catalunya*, UOC-EAPC, 2015, pp. 219 y ss.
- SOLANES MULLOR, J.: *Administraciones independientes y Estado regulador: El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, Madrid, 2016.
- SPASIANO, M. R.: «El principio de buen funcionamiento: desde el metajurídico a la lógica del resultado en sentido jurídico», *Anales Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales*, año 9, núm. 42, 2012, pp. 21 y ss., consultable en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/26991>.
- UNDP, *Practitioner's Guide. Capacity Assessment of Anti-Corruption Agencies*, 2011.
- UNIÓN EUROPEA, 2016, web: https://e-justice.europa.eu/content_fundamental_rights-176-es.do.
- USAID, *Anticorruption Agencies (ACAs)*, 2006, consultable en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadm208.pdf.
- VILLORIA, M., e ÍZQUIERDO, A., *Ética pública y buen gobierno*, INAP, 2015.
- WORLD BANK, «Fostering institutions to contain corruption», PREMnotes: Publica Sector, núm. 24, junio 1999.