

JULI PONCE SOLÉ

NEGOCIACIÓN DE NORMAS Y *LOBBIES*

POR UNA MEJOR REGULACIÓN
QUE FAVOREZCA LA TRANSPARENCIA,
EVITE LA CORRUPCIÓN Y REDUZCA
LA LITIGIOSIDAD

THOMSON REUTERS
ARANZADI

1ª edición, 2015



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Juli Ponce Solé]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9098-488-8

Depósito Legal: NA 1100/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

*Per a Clàudia, Júlia i Amaya, amb estimació.
En record de Mel*

«Los trámites de la discusión en los proyectos de ley y materias graves van señalados para que en ningún caso, ni bajo ningún pretexto, puedan ser las leyes y decretos de las Cortes obra de la sorpresa, del calor y agitación de las pasiones, del espíritu de facción o parcialidad».

Agustín DE ARGÜELLES, Discurso Preliminar al Proyecto de Constitución Política de la Monarquía Española presentado a las Cortes Generales y Extraordinarias por su comisión de constitución, 1811.

«Nos han cambiado nuestro Estado».

Maurice HARIOU, *Note sous Tribunal des conflits, 9 décembre 1899,*

«En los consejos de gobierno, tenemos que tener cuidado con la adquisición de una influencia ilegítima, deseada o no, por parte del complejo militar-industrial. Existe el riesgo de un desastroso desarrollo de un poder usurpado y [ese riesgo] se mantendrá. No debemos permitir nunca que el peso de esta conjunción ponga en peligro nuestras libertades o los procesos democráticos».

Dwight EISENHOWER, presidente de los Estados Unidos

«La igualdad de participación es una de las igualdades positivas más importantes de la vida moderna».

M. SHAPIRO, «Equality and diversity», *European Review of Public Law*, vol. 11, núm. 2, 1999, p. 400.

«Para permitir la participación, detalladas regulaciones procedimentales son necesarias; por lo tanto, la regulación administrativa crecientemente consiste en la regulación de procedimientos (la libertad crece en los intersticios del procedimiento)».

S. CASSESE, «New Paths for administrative law: A manifesto», *International Journal of Constitutional Law* (2012), 10 (3), p. 4.

Agradecimientos

Un trabajo de estas características requiere el agradecimiento a muchas y muy variadas personas que, de un modo u otro, lo han hecho posible. Dado que hacerlo exhaustivamente me es imposible, me gustaría, al menos, destacar el nombre de algunas personas que han hecho más fácil e interesante la investigación.

En el ámbito académico, me gustaría agradecer a Eva Andrés AUCEJO, profesora de Derecho financiero y Tributario, su sugerencia para que preparara un primer estudio sobre la posibilidad de negociar reglamentos tributarios, germen de la presente investigación. Asimismo, el colega y amigo Agustí CERRILLO hizo el esfuerzo de leer un primer borrador de este libro y de sugerirme diversas ideas y lecturas, lo que también le agradezco. También me gustaría dar las gracias a Laura CHAQUÉS, colega profesora de Ciencia Política, por diversos comentarios e indicaciones y por haber podido aprender de sus aportaciones sobre los *lobbies*.

Asimismo, quiero agradecer a algunos de mis estudiantes de primer año de Derecho administrativo su interés y sus preguntas y observaciones, siempre sorprendentes e interesantes, cuya inocencia y sencillez, sin embargo, obligan al profesor a replantearse de raíz temas que daba por supuestos, lo que es intelectualmente muy provechoso.

En fin, en la fase final del estudio, a principios de 2015, me beneficié de una amable invitación para dar clases en la Facultad de Derecho de la *Georgia State University* de Atlanta. La posibilidad de interactuar con estudiantes norteamericanos y de charlar con colegas del otro lado del Atlántico, así como las facilidades materiales que la Universidad puso a mi disposición, me permitieron acabar de conocer el sistema estadounidense y reunir los últimos materiales sobre el mismo. Por ello, estoy muy agradecido al decano Steven KAMINSHINE, al profesor Julian JURGENSMEYER, a la profesora Ewa GMURZYNSKA (magnífica cocinera, además), a Karen JHONSTON y a los colegas Timothy KUHNER, Ryan ROWBERRY y John MARSHALL por su invitación, hospitalidad y ayuda.

Finalmente, gracias a Amaya, a Clàudia y a Júlia por su paciencia y comprensión. Ya os dije que estaba trabajando... aquí tenéis el resultado. Lo hice lo mejor que pude.

Índice General

| | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| ABREVIATURAS | 21 |
| | |
| I | |
| LA EVOLUCIÓN EN LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO NORMATIVO. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTE ESTUDIO | 25 |
| | |
| II | |
| ACTIVIDAD INFORMAL Y NEGOCIACIÓN DE NORMAS EN EL ÁMBITO DEL PODER EJECUTIVO | 35 |
| II.1. Un Derecho en constante cambio | 35 |
| II.2. Colaboración normativa, informalidad y Derecho | 38 |
| | |
| III | |
| PANORAMA INTERNACIONAL: EN ESPECIAL, EL CASO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA | 43 |
| III.1. El ejercicio de la potestad reglamentaria y los paradigmas tradicionales en Europa y España | 43 |
| III.2. El caso de los Estados Unidos de América | 48 |
| <i>III.2.1. El procedimiento de elaboración de reglamentos y la participación ciudadana</i> | <i>48</i> |
| <i>III.2.2. «Hard look» y «ossification»</i> | <i>49</i> |
| <i>III.2.3. «Negotiated rulemaking», «regulatory negotiation» o Reg-Neg</i> | <i>53</i> |
| a. Los antecedentes | 53 |

| | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| b. La ley de 1990 | 54 |
| c. La voluntad de la agencia de usar el procedimiento reglamentario negociado | 55 |
| d. Aviso público de procedimiento reglamentario ne- gociado | 55 |
| e. El comité reglamentario negociador | 56 |
| f. Servicios auxiliares | 57 |
| g. Control judicial | 58 |
| h. Balance, luces, sombras y expectativas | 58 |
| | |
| IV | |
| LA SITUACIÓN EN ESPAÑA. POSIBILIDADES EXISTENTES | 61 |
| IV.1. La situación en España | 61 |
| <i>IV.1.1. Elaboración de proyectos de ley y de reglamentos: diferencias y rasgos comunes</i> | <i>62</i> |
| <i>IV.1.2. Ejercicio de dirección política por el gobierno e iniciativa legis- lativa y reglamentaria</i> | <i>63</i> |
| a. La elaboración de los anteproyectos de ley y los pro- yectos de ley | 63 |
| b. Elaboración de reglamentos y ordenanzas locales .. | 64 |
| IV.2. La participación ciudadana y la negociación normativa en el marco del movimiento internacional de «better» o «smart regu- lation» y su impacto en España | 69 |
| <i>IV.2.1. El buen gobierno, la buena administración y las normas jurí- dicas</i> | <i>70</i> |
| <i>IV.2.2. La «better» o «smart regulation»</i> | <i>76</i> |
| a. La evaluación de la calidad normativa | 79 |
| b. La mejora de la calidad normativa | 81 |
| c. Técnicas de evaluación de la calidad normativa exis- tentes | 82 |
| <i>IV.2.3. En especial, las consultas al público</i> | <i>86</i> |

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| a. Negociación, mediación y reducción de litigiosidad | 87 |
| b. Negociación, transparencia, participación, prevención de la corrupción, gobierno abierto | 90 |
| c. Negociación y «lobbies»: un primer paso en la ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia acceso a la información y buen gobierno | 98 |
| IV.3. Calidad normativa, consultas al público y negociación normativa hoy en día en España | 104 |
| <i>IV.3.1. Consultas al público y posible negociación en los anteproyectos de ley</i> | <i>109</i> |
| <i>IV.3.2. Consultas al público y posible negociación en relación a la elaboración de reglamentos</i> | <i>112</i> |
| V | |
| POSIBLES PROPUESTAS A FAVOR DE UNA MAYOR TRANSPARENCIA Y FORMALIZACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES | 121 |
| V.1. Posibilidades y límites de la negociación de normas elaboradas por el poder ejecutivo | 121 |
| <i>V.1.1. Ejemplos existentes en nuestro Derecho: terminación convencional de procedimientos administrativos de elaboración de actos, convenios urbanísticos y negociación colectiva</i> | <i>121</i> |
| <i>V.1.2. Posibilidad y límites de la negociación de normas elaboradas por el poder ejecutivo en España</i> | <i>124</i> |
| a. Límites y principios de la negociación | 124 |
| b. Participación, mediación, negociación | 133 |
| c. La regulación de la «huella normativa» | 133 |
| d. Un ejemplo sectorial relevante: las posibilidades de negociación en el ámbito tributario | 137 |
| V.2. Hacia una regulación de la negociación en el procedimiento de elaboración de proyectos de ley y de reglamentos | 141 |
| <i>V.2.1. La regulación del procedimiento de elaboración de proyectos de ley y las posibilidades de negociación. El reparto competencial sobre la materia: la Ley del Gobierno estatal y la legislación autonómica</i> | <i>144</i> |

| | |
|--|-----|
| V.2.2. <i>Regulación actual del procedimiento de elaboración de reglamentos, lastres para la participación ciudadana y regulación de la negociación. Hacia una futura regulación de la negociación reglamentaria en el ámbito autonómico</i> | 146 |
|--|-----|

VI

| | |
|--|-----|
| LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GUARDIANES DE LA TRANSPARENCIA Y EL BUEN GOBIERNO REGULATORIO | 149 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| VI.1. Anteproyectos de ley | 152 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| VI.1.1. <i>Un primer agujero negro en el Estado de Derecho en el ámbito de la jurisdicción contenciosa</i> | 152 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| VI.1.2. <i>Un segundo agujero negro y la creación de un «bucle» (anti) jurídico: la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre la intrascendencia de los vicios en la elaboración de proyectos de leyes</i> | 157 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| VI.1.3. <i>El mito del legislador soberano</i> | 159 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| VI.1.4. <i>La reforma constitucional francesa de 2008 y los proyectos de ley</i> | 164 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| VI.1.5. <i>El creciente control por parte de los tribunales constitucionales en Europa de la falta de evaluación suficiente de las leyes</i> | 166 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| VI.1.6. <i>La necesidad de urgente rectificación de la jurisprudencia contenciosa y del Tribunal Constitucional español</i> | 171 |
|---|-----|

| | |
|------------------------------------|-----|
| VI.2. Los reglamentos | 172 |
|------------------------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| VI.2.1. <i>La evolución en el control judicial de la buena administración y el ejercicio de la potestad reglamentaria: hacia un control menos laxo</i> | 172 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| VI.2.2. <i>Negociaciones e intensidad del control judicial. El caso norteamericano. La carga de la prueba en caso de mal gobierno y mala administración normativa</i> | 187 |
|---|-----|

| | <u><i>Página</i></u> |
|---------------------------|----------------------|
| VII | |
| CONCLUSIONES | 197 |
| VIII | |
| BIBLIOGRAFÍA | 207 |