

Negociación de normas y lobbies. Por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad.

Juli Ponce Solé
(2015), Thomson Reuters-Aranzadi,
Cizur Menor (Navarra), 244 pp.

Oscar Capdeferro Villagrasa
Universidad de Barcelona
ocapdeferro@ub.edu

Si bien, hasta la fecha, los contactos entre los cargos públicos investidos de potestad normativa y los representantes de determinados intereses privados se han venido llevando a cabo en relativo secreto, o cuanto menos discreción y opacidad, lo cierto es que es generalmente conocido que tales contactos han existido y existen, y de hecho así lo puso de relieve el informe de Transparencia Internacional sobre el lobby en España publicado en 2014. Por tanto, aceptando que varios reglamentos y anteproyectos de ley han sido objeto de negociaciones informales y opacas, y que en ellas solo los representantes de algunos intereses particulares han participado activamente, cabe preguntarse si esta desatención por los contactos informales no estará abriendo hasta cierto punto una potencial discriminación en la ponderación de intereses (para la conformación o identificación de los intereses generales) e incluso facilitando prácticas de corrupción como las denominadas “puertas giratorias”.

Esa es la constatación inicial de la que parte el estudio de Juli PONCE, autor de la monografía aquí reseñada, y que, en consecución de un buen gobierno regulatorio, aborda la posibilidad, y necesidad, de regular o formalizar la negociación de reglamentos y anteproyectos de ley con privados.

El estudio se inicia con un capítulo dedicado al papel del Derecho administrativo en relación a la informalidad y a la negociación de normas que tiene lugar en el poder ejecutivo, en el que el lector podrá encontrar una informada referencia a los cambios en el ámbito de la gestión pública en curso, que llevan a pensar el Derecho administrativo también como «un elemento capaz de orientar y guiar [el comportamiento público] en positivo hacia las mejores decisiones posibles en el servicio a los intereses generales» (p. 37), lo que justificaría la regulación de un mecanismo de negociación de normas que pudiera conllevar un mejor servicio al interés general y un buen gobierno regulatorio.

Tras ello, el autor acude al Derecho comparado para ilustrar la proliferación de experiencias dirigidas a la búsqueda del consenso con los potenciales afectados por una norma, y dedica un capítulo al análisis de la negociación reglamentaria en EEUU, país en que se cuenta con una norma sobre procedimiento reglamentario negociado desde 1990 (*Negotiated Rulemaking Act*). Con buen criterio, el análisis no solo se limita a describir los pormenores de la regulación del mecanismo de negociación de reglamentos estadounidense, sino que también presta atención a la aplicación práctica y efectividad del mismo, en busca de las ventajas, posibilidades y también límites de la negociación. La búsqueda es sin lugar a dudas provechosa ya que de la misma el autor extrae, entre otras conclusiones de valor, una de las ideas que más adelante complementarán los argumentos que justificarían la adopción de una medida equivalente en España: las normas negociadas presentan una litigiosidad baja y también probablemente una elevada calidad, pues, según indica el autor haciéndose eco de un estudio de LUBBERS, hasta el año 2008 pocos reglamentos negociados habrían sido impugnados y ninguno anulado.

Al estudio comparado sigue un análisis de la situación en España con relación a la posibilidad de la regulación de la negociación normativa. En primer lugar, el lector puede encontrar una vinculación entre la negociación de normas (y la participación ciudadana) y el movimiento de *better* o *smart regulation*, expresión de la preocupación por la calidad y legitimación de las normas. En particular, el autor señala que la negociación de las normas no solo permitiría una mejora de la calidad regulatoria y del buen gobierno y la buena administración, sino que además permitiría reducir la litigiosidad, incrementar la transparencia y mejorar la participación ciudadana. Sigue el autor argumentando que hay que entender como compatible la negociación de normas de la Administración con privados, que acuden en defensa de sus intereses particulares, y la persecución del interés general, pues cabría entender dicho interés justamente como el resultado de ponderar los distintos intereses en juego, públicos y privados, respecto de una regulación concreta. El haber ponderado adecuadamente los distintos intereses privados facilitaría la aceptación de la norma por parte de los ciudadanos afectados, y, de darse en un procedimiento abierto y transparente, evitaría en buena medida el surgimiento de espacios para las negociaciones opacas que serían, en última instancia, las que podrían dar lugar a supuestos no deseados de corrupción.

El lector también encontrará referencia a la legislación interna que regula el procedimiento de elaboración de normas por parte del poder ejecutivo, así como a la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Dicha ley ha supuesto en nuestro ordenamiento la primera positivización del control del lobbying en España, regulando un registro de grupos de interés e imponiendo obligaciones de proporcionar información sobre sus actividades, la observancia de un código de conducta y la posibilidad de ser sancionados, incluyendo la suspensión o cancelación en el registro, hecho que impediría el acceso del grupo a las instalaciones públicas. El análisis del Derecho interno demuestra que, a pesar de su conveniencia, no existe una regulación que con carácter general se encargue de formalizar, limitar y orientar la negociación de los reglamentos o anteproyectos de ley elaborados por los gobiernos y administraciones.

Tras el riguroso estudio del estado de la cuestión en el ordenamiento vigente y a la vista de los problemas que puede ocasionar el silencio del Derecho al respecto, Juli PONCE formula una sugerente propuesta para una futura regulación de la negociación de normas elaboradas por el poder ejecutivo, que podríamos identificar en una serie de puntos relevantes. 1) A semejanza de los convenios urbanísticos, que serían uno de los pocos casos de negociación de normas con

cierto grado de regulación jurídica, entiende el autor que los trámites negociadores deberían constituir una fase del procedimiento de elaboración de normas del ejecutivo de carácter preparatorio de la norma definitiva, de tal modo que el gobierno o el órgano administrativo competente pueda desvincularse de lo pactado si, reconsiderando el contenido, lo estima ilegal o inconveniente para el interés general, partiendo de la base de que la potestad normativa no es susceptible de transacción. 2) Lo pactado, en todo caso, debería ajustarse al principio de cobertura presupuestaria. 3) La decisión de someter o no el proyecto regulatorio a negociación debería ser una decisión discrecional del propio órgano competente para su elaboración, y del mismo modo, los grupos y ciudadanos que tuvieran noticia de la negociación, podrían asistir voluntariamente. 4) El trámite negociador no debería ser una mera formalidad más sino que debería regir en el mismo el principio de buena fe comercial, de tal modo que, si facultativamente se decidiera abrir dicha fase, la Administración deberá considerar todas las alternativas formuladas y esforzarse por llegar a un acuerdo con los representantes de los distintos intereses afectados, cuando ello sea posible. 5) Debería ser pública y fácilmente accesible la información sobre qué procedimientos de elaboración de normas van a ser objeto de negociación, así como los acuerdos alcanzados y demás actuaciones relevantes que deberían quedar plasmadas en la denominada *huella normativa*. 6) Una vez adoptada la decisión de proceder a la negociación, la Administración debería identificar los principales intereses potencialmente afectados y facilitar la participación y toma en consideración de todos ellos en base a los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad. 7) Este trámite negociador facultativo no debe excluir el posterior trámite de consulta pública, cuando así proceda. 8) Las negociaciones opacas e informales, llevadas a cabo al margen del procedimiento negociador que se instaure, deben ser ilegales, del mismo modo en que debería serlo la norma resultante. 9) La negociación debería ser facilitada por un mediador especialmente preparado para dicha tarea y que gozara de imparcialidad, a efectos de desarrollar su función con objetividad. 10) La regulación del desarrollo de la negociación debería permitir cierta flexibilidad, pero en todo caso debería incluir cláusulas relativas a los posibles conflictos de interés del mediador y promover el impulso de códigos éticos específicos. 11) En caso de mantenerse la informalidad negociadora, el expediente administrativo incluido en la Memoria de Evaluación de Impacto Normativo debería incluir un documento específico sobre los contactos entre el poder normativo y terceros realizados al margen de los trámites participativos formalizados; y dicho documento, la *huella normativa*, debería ser publicado. 12) La competencia para regular la negociación de normas del ejecutivo debería distribuirse entre la del Estado, para regular un hipotético procedimiento reglamentario común en España con los principios y reglas del procedimiento de negociación y el procedimiento específico para el gobierno estatal mediante la reforma de la Ley del Gobierno de 1997; y la competencia autonómica, para regular en sus respectivas leyes de gobierno y procedimiento administrativo las reglas de la negociación. 13) El poder judicial debería modificar ciertas líneas interpretativas que dificultan el control del procedimiento de elaboración de normas del poder ejecutivo, líneas que, de mantenerse, perjudicarían seriamente la eficacia de la regulación sobre negociación propuesta por el autor, como la negativa del Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de septiembre de 2003, a controlar los contactos realizados durante la elaboración de reglamentos. 14) El control judicial reglamentario debe incluir el control de la influencia indebida de los grupos de interés, también mediante los contactos no formalizados. 15) Si se adopta un proceso formal de negociación de normas, el control judicial debería alcanzar al acuerdo negociado sobre el que se basa la norma; específicamente, el autor propone la posibilidad de que sean impugnadas las actividades procedimentales de forma independiente, así como la generalización de una presunción de apariencia de mal derecho en caso de solicitud de medidas cautelares, siempre y cuando se aleguen graves vicios en la elaboración

del reglamento o proyecto de ley que no puedan desacreditarse mediante el análisis del expediente de elaboración de la norma.

La obra, cuyo contenido ha sido expuesto aquí brevemente, se nutre de un aparato bibliográfico extenso que incluye un significativo número de obras no solo nacionales sino también extranjeras, y que presta también atención a los pronunciamientos jurisprudenciales, de nuevo tanto nacionales como extranjeros, oportunamente traídos.

Al menos en mi opinión, la última monografía del administrativista Juli PONCE es singularmente recomendable y merece una atenta lectura. Que un jurista no se limite a detallar los problemas interpretativos de normas o las contradicciones y vaguedades de la jurisprudencia advertidas en el ámbito material objeto de estudio en su monografía sino que además se arriesgue a proponer imaginativas soluciones tanto interpretativas, *de lege lata*, como creativas, *de lege ferenda*, supone un esfuerzo suficientemente meritorio como para atraer la atención del jurista curioso. Si además la singladura investigadora del autor lo lleva por zonas doctrinal y normativamente desatendidas, fronterizas, y que suscitan preocupación social, como es el caso de la obra reseñada, la misma se vuelve, si se me permite la expresión, necesaria para el debate jurídico, pues centra la atención sobre una cuestión preocupante que acaso merezca mayor reflexión académica y mejor regulación normativa.

Sin lugar a dudas, el libro encuentra su publicación en un momento muy oportuno y propicio para la discusión tanto de la materia estudiada como de las soluciones regulatorias propuestas por el autor, pues no debe olvidarse que, en los pocos meses transcurridos desde la publicación del libro, han sido aprobadas varias normas e iniciativas que parecen querer empezar a incidir, con mayor o menor ambición, sobre la problemática trabajada por Juli PONCE. Por ejemplo, se ha aprobado la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuyos artículos 127 y ss. se incorporan reglas generales sobre la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos, que incluyen principios de buena regulación y exigen requisitos de publicidad. Asimismo se puede destacar la publicación del Decreto catalán 171/2015, de 28 de julio, sobre el Registro de grupos de interés de la Administración de la Generalitat y de su sector público; y, tampoco quisiéramos dejar de mencionar que, a principios de marzo de este mismo año 2016, la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia ha creado un registro de grupos de interés voluntario y público.