

RICARDO GARCÍA MACHO
(Ed.)

ORDENACIÓN Y TRANSPARENCIA ECONÓMICA EN EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Pedro ABERASTURY
Javier BARNES VÁZQUEZ
José Luis BLASCO DÍAZ
José David CABEDO SEMPER
Ricardo GARCÍA MACHO

Agustín GARCÍA URETA
Elisenda MALARET GARCÍA
Artemi RALLO LOMBARTE
Andrés RECALDE CASTELLS
Consuelo SANZ SALLA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	7
CAPÍTULO PRIMERO. ORDENACIÓN ECONÓMICA TRANSPARENTE EN EL DERECHO PÚBLICO NACIONAL Y EUROPEO , por Ricardo GARCÍA MACHO	11
I. EL CAMBIO DE PARADIGMA.....	11
II. ORDENACIÓN ECONÓMICA, GLOBALIZACIÓN Y DEMOCRACIA.	14
1. Breve referencia a los cambios producidos en la economía mundial...	14
2. Democracia y economía.....	15
III. ORDENACIÓN DE LA ECONOMÍA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	19
1. El libre mercado	21
2. Intervención del Estado en la esfera económica	24
IV. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO EUROPEO ...	26
1. Primacía en los Tratados de la economía de mercado y la libre competencia frente a la ordenación económica	28
2. Medio ambiente y acceso a la información económica	31
V. RECAPITULACIÓN	33
CAPÍTULO SEGUNDO. TRANSPARENCIA Y SISTEMA ECONÓMICO EN UNA SITUACIÓN DE CRISIS , por J. David CABEDO SEMPER	35
I. INTRODUCCIÓN	35
II. EL SISTEMA ECONÓMICO Y LA TEORÍA DE AGENCIA	36
1. El gobierno como agente.....	36
2. Transparencia y riesgo moral.....	39
III. TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN ASIMÉTRICA	41
IV. TRANSPARENCIA Y TEORÍA DE SEÑALES	45
1. La teoría de señales	45
2. Señales y transparencia en el sistema económico.....	48

	Pág.
V. CONCLUSIONES	51
VI. BIBLIOGRAFÍA	52
CAPÍTULO TERCERO. TRANSPARENCIA Y AUTONOMÍA DEL MERCADO: PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA REGULACIÓN FINANCIERA ANTES DE LA CRISIS , por Andrés RECALDE	55
I. INTRODUCCIÓN	56
II. LA FUNCIÓN DE LA TRANSPARENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL SENTIDO Y FIN DE LA ORDENACIÓN DE LA ECONOMÍA, DE LOS MERCADOS FINANCIEROS Y DE LAS GRANDES EMPRESAS	57
1. El objetivo general de la ordenación jurídica en una economía de mercado	57
2. Los principios de la ordenación de los mercados financieros y de crédito	59
3. Las razones de la regulación de los mercados de valores; en particular, el papel de la transparencia	62
4. Los procedimientos para fomentar una decisión informada y formada de los inversores en el marco del asesoramiento financiero	65
5. Nuevos paradigmas en la regulación contable y de las grandes empresas	68
III. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LOS CRITERIOS QUE INSPIRARON LA POLÍTICA JURÍDICA EN LOS MERCADOS FINANCIEROS Y DE VALORES, Y EN LA REGULACIÓN DE LAS GRANDES EMPRESAS	74
CAPÍTULO CUARTO. LA TRANSPARENCIA: CUANDO LOS SUJETOS PRIVADOS DESARROLLAN ACTIVIDADES REGULATORIAS , por Javier BARNES	77
I. MARCO PREVIO E INTRODUCTORIO: NUEVAS FUNCIONES DE LOS SUJETOS PRIVADOS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS...	78
1. La colaboración y la corresponsabilidad Estado-sociedad, Administración-ciudadano	78
II. EL CONTEXTO EN EL QUE SE SITUÁN LAS ACTIVIDADES REGULATORIAS DE LOS SUJETOS PRIVADOS: LAS TRANSFORMACIONES (CIENTÍFICAS) DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	80
1. Transformaciones contemporáneas del Derecho administrativo.....	80
A) La quiebra de las premisas tradicionales del Derecho administrativo	80
B) La apertura de las fronteras tradicionales	80
C) Desplazamientos y pluralidad de centros de gravedad	83
D) Conclusión parcial. Posición que se mantiene.....	84
2. Nuevos pilares o ejes. Cuando los sujetos privados realizan actividades regulatorias.....	85
A) Poder, servicio público y actividad regulatoria, tres objetos de interés del nuevo Derecho administrativo.....	85

	Pág.
B) La adaptación del Derecho administrativo a esos nuevos ámbitos materiales	90
C) Algunas consecuencias	92
D) Conclusión parcial	97
III. CUANDO LOS SUJETOS PRIVADOS REALIZAN ACTIVIDADES REGULATORIAS	98
1. Introducción conceptual, a modo de glosario	98
2. El ciclo circular de las políticas públicas. Normación y aplicación, dos fases inescindibles y en continuo movimiento	99
3. El significado jurídico de la transferencia de funciones regulatorias a la sociedad.....	100
A) ¿Retirada del Estado u otra estrategia de regulación?	100
B) La tradicional visión reductora del papel del sujeto privado en la economía	102
C) La división de poderes: ¿un modelo explicativo acerca de cómo se regula la vida económica?	103
D) La teoría económica: ¿mercado vs. intervención estatal?	105
4. El destinatario de la regulación, como criterio explicativo	106
5. Fuentes legitimantes de la regulación privada	108
6. Ejemplos específicos. Problemas y enfoques.....	109
A) ICANN: la gobernanza técnica de Internet (nombres de dominio).....	109
B) Agencias de calificación crediticia	110
C) <i>Advertising Standards Authority</i>	110
7. Recapitulación. La redefinición de la regulación de la economía.....	110
IV. LAS RAZONES DEL TRASVASE, INOCULACIÓN Y ADAPTACIÓN DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LOS SUJETOS PRIVADOS CUANDO REALIZAN ACTIVIDADES REGULATORIAS	112
1. Algunos ejemplos introductorios	112
2. ¿Cuál es el papel del Derecho administrativo ante las actividades regulatorias cuando se someten al Derecho privado?	113
3. Algunos instrumentos para hacer realidad esos valores y criterios: procedimiento y organización como instrumentos condicionantes	114
4. Las razones de la expansión de los valores y criterios del Derecho administrativo son variadas	114
5. Un argumento fundamental: la coherencia de los agentes públicos y privados que trabajan en conjunto o en red, y la eficacia en los resultados	115
6. Una reflexión final.....	116
V. LA TRANSPOSICIÓN DE LA TRANSPARENCIA EN LAS ACTIVIDADES REGULATORIAS PRIVADAS	116
1. Recapitulación: ¿Derecho administrativo subjetivo o Derecho administrativo funcional?.....	116
2. Conclusiones	117
3. Procedimiento y organización.....	118
A) Introducción.....	118

	Pág.
B) Organización privada.....	119
C) Procedimiento privado.....	121
4. La función del legislador.....	122
A) El Parlamento ha de manipular el código genético de los sujetos privados para que hagan suyos los valores que se estimen necesarios.....	122
B) De un Parlamento que dicta normas estipulando conductas a un Parlamento que dirige y supervisa el proceso regulatorio. Cuando regulación y normación no son conceptos coincidentes, ni magnitudes coextensas.....	123
C) La reserva de ley y la delegación legislativa.....	124
D) Legitimidad democrática. La teoría de la cadena (ADSL) y la teoría del Wifi.....	124
CAPÍTULO QUINTO. REGULACIÓN ECONÓMICA, AUTORIDADES INDEPENDIENTES Y TRANSPARENCIA, por Elisenda MALARET.....	125
I. INTRODUCCIÓN.....	126
II. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA EMERGENCIA DE UNA NUEVA FUNCIÓN DEL ESTADO EN EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DE SUS COMETIDOS.....	129
III. LA IRRUPCIÓN DE NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN SUSTRÁIDAS DE LA DIRECCIÓN GUBERNAMENTAL: LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES DE REGULACIÓN, LA <i>PLURALIZACIÓN</i> (O DIVERSIFICACIÓN) DE LAS CONDICIONES DE EXPRESIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS GENERAL.....	133
IV. LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES REGULADORAS (AIR): MÁS ALLÁ DE LA REGLAMENTACIÓN, UNA TIPOLOGÍA DE FUNCIONES Y POTESTADES NECESARIAS PARA APLICAR LA LEY EN UN ENTORNO COMPLEJO.....	138
V. LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO ESTRUCTURAL: SU FORTALECIMIENTO PROGRESIVO.....	143
1. En el origen de las AIR, la transparencia como forma de regulación: la regulación a la plena luz del sol o « <i>sunshine regulation</i> ».....	143
2. Publicidad y transparencia en el Derecho positivo español de las AIR: la LES, un tímido avance que la LCNMC no ha potenciado suficientemente.....	145
A) Publicidad y transparencia en el nombramiento y composición del órgano decisorio de las Autoridades independientes de regulación: una exigencia material que debe ir más allá del mero cumplimiento formal de determinados trámites.....	147
B) La extensión de la publicidad a la actividad formalizada del órgano colegiado.....	157
C) La exteriorización de la opinión disidente, un paso más en la publicidad del procedimiento y la decisión. Especial consideración del carácter reservado de las deliberaciones de los órganos decisorios y la necesidad de reconsiderar el alcance temporal y material del principio de secreto.....	163

	Pág.
D) Más allá de la publicidad de la actividad formal, la necesaria transparencia de la programación de la actividad, de las intervenciones de carácter no resolutorio y de la actividad informal	170
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN	176
CAPÍTULO SEXTO. POLÍTICA, ECONOMÍA Y DERECHOS: LA INDEPENDENCIA DE LOS REGULADORES (¿QUO VADIS?), por Artemi RALLO LOMBARTE	179
I. LA REFORMA DEL ART. 135 CE: UN ALDABONAZO EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE <i>LO ECONÓMICO</i> . MUTACIONES EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	180
II. EL CONTROL DE LA ECONOMÍA DE MERCADO. LA SEPARACIÓN ENTRE POLÍTICA Y ECONOMÍA: LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES COMO PARADIGMA DE GESTIÓN DE LO ECONÓMICO	183
III. LA HISTORIA DE ÉXITO DEL MODELO DE ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: GENERALIZACIÓN E INCREMENTO DE LA INDEPENDENCIA DE LOS REGULADORES	187
1. La ampliación de sectores (economía, servicios públicos y derechos) gestionados por administraciones independientes	187
A) La Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN)	187
B) La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y los asimilados Tribunales y Servicios autonómicos.....	188
C) La Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP).....	190
D) La Comisión Nacional del Juego (CNJ)	191
E) La Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA).	191
F) El nonato Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) y los Consejos Autonómicos de lo Audiovisual	192
G) Las Agencias Autonómicas de Protección de Datos.....	195
2. El perfeccionamiento de la independencia de los reguladores.....	196
A) La preceptiva comparecencia parlamentaria previa al nombramiento gubernamental de los reguladores: Ley 5/2006, de 10 de abril, reguladora de los Conflictos de Intereses	196
B) Un marco normativo común para los organismos reguladores económicos: la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible	198
IV. REVERSIÓN Y CRISIS DE LOS REGULADORES Y LA QUIEBRA DEL PARADIGMA DE LA INDEPENDENCIA	201
1. Jaque a la inamovilidad del órgano directivo: del cese discrecional a la renuncia anticipada (ACPD y Banco de España).....	201
2. La reforma de los reguladores económicos anunciada por el Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2012: la nueva <i>Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia</i> y sus implicaciones fundamentales	204
3. El asalto al consejo de administración de RTVE: RD-ley 15/2012	208
4. ¿La transparencia administrativa sin autoridad garante independiente?: crónica de la confusión.....	210

	Pág.
CAPÍTULO SÉPTIMO. EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA AMBIENTAL EUROPEA, TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN SOBRE ASPECTOS ECONÓMICOS, por Agustín GARCÍA URETA.....	213
I. INTRODUCCIÓN	214
II. APUNTES SOBRE LA COMPETENCIA DE EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA AMBIENTAL.....	214
III. FINANCIACIÓN DE LA POLÍTICA AMBIENTAL COMUNITARIA...	216
1. Presupuesto de la Unión Europea: transparencia y control.....	216
2. Financiación de la política ambiental europea.....	222
A) Cuestiones generales.....	222
B) Instrumento financiero para el medio ambiente (LIFE+)	224
C) El caso de los fondos estructurales	226
D) Transparencia y Banco Europeo de Inversiones	228
IV. MEDIOS ESPECÍFICOS DE GARANTÍA DE LA TRANSPARENCIA.	231
1. Normas generales de acceso y divulgación de información	231
A) Estados miembros	231
B) UE	232
V. OTROS ASPECTOS LIGADOS A LA TRANSPARENCIA EN LA EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA AMBIENTAL DE LA UNIÓN EUROPEA.....	233
1. Aspectos generales.....	233
A) Control y publicidad del concreto cumplimiento de las sentencias del TJUE que declaren la infracción del Derecho de la UE.	233
B) Transparencia e insuficiencia de datos en los informes oficiales.	235
2. Aspectos específicos	236
A) Ayudas de Estado y medio ambiente	236
B) Control previo de la Comisión de compensaciones por la ejecución de proyectos que afectan a la red Natura 2000 en los Estados miembros.....	238
C) El caso del mercado de derechos de emisión de gases con efecto invernadero	239
VI. COMENTARIOS CONCLUSIVOS	241
CAPÍTULO OCTAVO. TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA Y CUENTAS PÚBLICAS, por José Luis BLASCO DÍAZ	243
I. INTRODUCCIÓN	243
II. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y CUENTAS PÚBLICAS.....	245
1. La transparencia y el uso y destino de los recursos económicos	245
A) Ciudadanía y conocimiento de los asuntos públicos	245
B) La rendición de cuentas	248
2. El principio democrático y la buena administración.....	251
A) La exigencia de una gestión transparente de los asuntos públicos en un Estado democrático	251

	Pág.
B) La transparencia como aspecto integrante y posibilitadora de una buena gestión económica y administrativa	253
C) La fiscalización transparente de la Administración	255
III. LAS VÍAS PARA LA TRANSPARENCIA DE LAS CUENTAS PÚBLICAS	257
1. El principio general de transparencia y la publicidad	257
2. El control de las cuentas públicas y la transparencia	262
IV. BIBLIOGRAFÍA	264
 CAPÍTULO NOVENO. LOS DEBERES ÉTICOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA TRANSPARENCIA —CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ARGENTINA—, por Pedro ABERASTURY	 267
I. LOS DEBERES ÉTICOS DE LA ADMINISTRACIÓN	267
II. LA MORAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO ...	270
III. LA MORAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO ...	273
IV. LA REGULACIÓN DE LA ÉTICA PÚBLICA	275
V. LA TRANSPARENCIA	277
1. Transparencia y democracia	277
2. Distintas formas de publicidad	278
3. Concepto de transparencia	280
4. La contracara de la transparencia	283
VI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y TRANSPARENCIA	285
VII. CONCLUSIONES	288
 CAPÍTULO DÉCIMO. LA REGULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA FINANCIERA EN LOS EEUU COMO RESPUESTA A LAS CRISIS ECONÓMICAS DE 1929 Y 2007, por Consuelo SANZ SALLA	 291
I. INTRODUCCIÓN	292
II. LA TRANSPARENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO NORTEAMERICANO ANTES Y DESPUÉS DE LA CRISIS ECONÓMICA DE 1929	293
1. La regulación de los mercados de valores	293
A) Los mercados de valores antes de la Gran Depresión de 1929 ...	293
B) La <i>Securities Act</i> de 1933	295
C) La <i>Securities and Exchange Act</i> de 1934	297
D) La <i>Commodity Exchange Act</i> de 1936	299
2. La regulación de los derivados extra-bursátiles antes de la crisis financiera	301
III. LA FALTA DE TRANSPARENCIA Y LA CRISIS FINANCIERA DE 2007	302
1. <i>The Financial Crisis Inquiry Commission</i>	302
A) Conclusiones generales	303
B) Conclusiones específicas	304

	<u>Pág.</u>
IV. <i>THE WALL STREET REFORM AND CONSUMER PROTECTION ACT.</i>	312
1. Introducción	312
2. La nueva regulación de los Derivados Extra-Bursátiles en <i>The Wall Street Reform and Consumer Protection Act</i>	313
V. NOTA FINAL	317

La presente publicación ha contado con la ayuda DER2011-15518-E del Ministerio de Economía y Competitividad correspondiente al subprograma de Acciones Complementarias a Proyectos de Investigación Fundamental no Orientada, dentro del Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental, en el marco del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Ricardo García Macho (ed.)

© Los autores

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-15948-78-0

Depósito legal: M. 17.539-2014

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2014

PRESENTACIÓN

A partir de la crisis económica de los años 2007-2008 las relaciones económicas a nivel mundial y regional exigen un replanteamiento en profundidad para evitar los errores del pasado. La falta de ordenación y regulación de los poderes públicos sobre la economía ha tenido el efecto de su autonomía, falta de control y actuación opaca, con consecuencias muy graves sobre los ciudadanos, agudizadas en la última década (pobreza, paro, desigualdades crecientes, etc.). Asimismo, esa autonomía de la economía respecto al poder político ha tenido unas consecuencias negativas para el sistema democrático, que ha sido colonizado, por lo que el quid de la cuestión no es aliviar los mercados, sino la democracia que se encuentra atascada (E.-U. Petersmann y A. Fisahn).

No se discute que el libre mercado y la libre competencia son principios necesarios en el buen funcionamiento de la economía, pero sí se cuestiona por determinados grupos de presión y poderes políticos que la economía deba ordenarse desde principios democráticos y al servicio de los intereses generales. El déficit de ponderación entre libre mercado y ordenación de la economía desde principios democráticos se encuentra en el origen de la última crisis económica, que ha puesto de manifiesto el fracaso de la autorregulación financiera y bursátil como consecuencia de diversas circunstancias. Entre ellas, podrían destacarse en primer lugar, el alejamiento entre economía y democracia, cuando el pilotaje de la economía corresponde al poder político sometido a principios democráticos (mayor control del Parlamento), e incluye también la participación en las decisiones con transcendencia económica no sólo de los grandes grupos de presión económicos, sino también de otros grupos que también representen a la sociedad civil, por ejemplo los consumidores. En segundo lugar, la desregulación ha conducido a que las autoridades independientes no han ejercido de manera adecuada (opacidad, falta de independencia, etc.) su tarea de ordenación y control de los diversos sectores de la economía (G. Farjat). Por último, el déficit de una ponderación idónea, por falta de voluntad política, entre la estabilidad presupuestaria y la intervención de los poderes públicos en la economía tomando medidas de tipo prestacional, está atrasando la salida de la crisis, al fallar el instrumento de aumento del gasto público (P. Krugman), lo cual en el caso español se manifiesta de manera evidente en la atonía económica, especialmente en la microeconomía. Sin embargo, en el caso español existen herramientas

constitucionales para tomar medidas de reactivación de la economía, pero no hay determinación política, y en el caso de la Unión esas herramientas en los Tratados son limitadas, pero podrían ser suficientes si hubiese voluntad política de desarrollo de esa vía.

Por otra parte, este déficit de ponderación impide la implementación de la eficiencia como principio de utilización racional de los recursos económicos (E. Schmidt-Assmann). Incluso un axioma económico como la existencia y protección del libre mercado exigen la libre competencia, pero ésta necesita para su implementación de una ordenación económica transparente de los poderes públicos, actúen éstos de una forma directa o bien a través de autoridades administrativas independientes. Además la protección del libre mercado y una competencia real exigen la intervención del poder público al servicio de los intereses generales, dado que en caso contrario la competencia se reduce drásticamente, o desaparece en perjuicio de ciudadanos y consumidores, como lo muestra en España el «libre» mercado de las gasolinas (L. Garicano).

La presente obra colectiva se origina en un seminario celebrado con profesores españoles de Derecho público y privado, de economía y algunos latinoamericanos (Argentina y Brasil) en la Universidad Jaume I de Castellón, y en el que se debatió sobre ordenación económica, transparencia económica y financiera y reguladores económicos independientes. Con este libro se pretende ofrecer un trabajo coherente al lector, teniendo en cuenta las dificultades provenientes de los diversos campos del conocimiento de los profesores participantes.

La obra consta de diez capítulos, ocupándose los cuatro primeros de cuestiones generales sobre el tema, los dos siguientes se refieren a la transparencia en el procedimiento de actuación de las autoridades independientes económicas, otros dos abordan cuestiones específicas sobre el tema, y finalmente dos de Derecho comparado, el primero estudia la ética y transparencia en el Derecho público argentino y el último la transparencia financiera en el Derecho norteamericano. El primer capítulo sobre cuestiones generales analiza la tarea de ordenación y control de los poderes públicos sobre la economía desde principios democráticos, y su ponderación con el libre mercado en el marco de la Constitución económica española y de la Unión. El segundo capítulo, analizado desde una perspectiva económica, se ocupa de la necesidad de la transparencia informativa para un buen funcionamiento del sistema económico, teniendo en cuenta que se crean asimetrías informativas entre el Gobierno y las personas y organizaciones que actúan en un sistema económico: los «*stakeholders*», lo que conlleva una asignación no eficiente de recursos. El tercer capítulo, desde la perspectiva del Derecho privado, aborda los efectos de la desregulación de las relaciones económicas y los permanentes intentos de que los mercados actúen sin cortapisas jurídicas, o sea sin control o que sea mínimo de los poderes públicos, por lo que se muestra escéptico sobre los intentos en los últimos tiempos de una supervisión estricta y rigurosa de los mercados financieros. El cuarto y último capítulo examina la aplicación del principio de transparencia a los sujetos o actores privados que llevan a cabo actividades regulatorias de carácter público, reflexionando sobre los límites entre el Derecho público y privado, e incluso del propio Derecho administrativo.

Los dos capítulos siguientes se ocupan de las autoridades independientes, abordando el primero (quinto en la obra) el estudio de los reguladores indepen-

dientes económicos desde la perspectiva del principio de transparencia en un mundo de globalización económica, lo cual les plantea nuevos retos en lo que se refiere a la organización y procedimiento de toma de decisiones, lo que analiza ampliamente. El segundo capítulo examina no sólo los reguladores independientes económicos, sino también de otros tipos, cuestionando la independencia respecto al poder político de algunos de ellos, como la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o bien el Consejo de Administración de RTVE. El siguiente capítulo se detiene en el estudio de la ejecución de la política ambiental de la Unión Europea desde la perspectiva de la transparencia económica, poniendo de relieve las dificultades de control del grado de transparencia que debe alcanzarse en la ejecución de normas ambientales, destacando el caso de la red Natura 2000 y el mercado de derechos de emisión de gases con efecto invernadero. Otro capítulo se refiere a la transparencia en las cuentas públicas, lo cual incluye no sólo la información al ciudadano y grupos de presión, sino que esa información, frecuentemente opaca tal como se suministra, les permita analizarla y usarla con capacidad para decidir. Asimismo, estudia la rendición de cuentas (*accountability*), principio ampliamente desarrollado en el Derecho anglosajón y apenas en el Derecho español.

Los dos últimos capítulos se ocupan del Derecho comparado, analizando el primero el principio de transparencia vinculado a la ética en el Derecho público argentino. Enmarca la transparencia en el contexto de los principios de Estado de Derecho y democracia, poniendo de relieve algunos de los fallos producidos en el Derecho argentino. Finalmente se estudia la transparencia financiera en el Derecho americano a la luz de las crisis económicas de 1929 y 2007, analizando las causas de la dos crisis y los remedios tomados para solucionarlas y evitar que se produzcan en el futuro. El diagnóstico es que la falta de transparencia es causa importante de la última crisis, especialmente en el mercado extra-bursátil de los derivados financieros, por lo que se promulga la ley Dodd-Frank para llevar a cabo su control.

Mi agradecimiento a la Editorial Marcial Pons por la prontitud en la publicación de esta obra.

Castellón, abril de 2014

Ricardo GARCÍA MACHO

CAPÍTULO PRIMERO

ORDENACIÓN ECONÓMICA TRANSPARENTE EN EL DERECHO PÚBLICO NACIONAL Y EUROPEO *

Ricardo GARCÍA MACHO**

ABSTRACT: *The economic crisis of 2007/08 has shown the worst side of financial capitalism in which regional and global levels act with a significant degree of autonomy and opacity, dictating the rules of the game in the global economy resulting in many negative consequences for citizens. This situation cannot be endured any longer and the political power should set the ground rules for economic management which can be derived from democratic and transparent fundamentals. Within the Spanish Constitution there are articles which include legal rules which allow a deliberation between two parts. One part is free markets and free competition and the other part is the planning and intervention in the economy of public authorities. In the European Union this is most difficult because the four liberties that have an effect on the internal market have priority over the economic planning and intervention of European institutions.*

SUMARIO: I. EL CAMBIO DE PARADIGMA.—II. ORDENACIÓN ECONÓMICA, GLOBALIZACIÓN Y DEMOCRACIA: 1. Breve referencia a los cambios producidos en la economía mundial. 2. Democracia y economía.—III. ORDENACIÓN DE LA ECONOMÍA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 1. El libre mercado. 2. Intervención del Estado en la esfera económica.—IV. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO EUROPEO: 1. Primacía en los Tratados de la economía de mercado y la libre competencia frente a la ordenación económica. 2. Medio ambiente y acceso a la información económica.—V. RECAPITULACIÓN.

I. EL CAMBIO DE PARADIGMA

En la última década se han producido una serie de acontecimientos de tipo económico¹ con consecuencias políticas y sociales tan devastadoras² que se

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-18854 «Derecho administrativo, transparencia e intervención económica: hacia un nuevo modelo de Administración Pública», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Jaume I (Castellón).

¹ La crisis económica del 2007-2008 es la última producida, pero existen otras anteriores como, por ejemplo, el *crash* de las bolsas de 1987, o bien la crisis inmobiliaria japonesa de 1990-1991, que ha llevado a Japón a una recesión de la que todavía no ha salido, y otras posteriores, que sacuden lo que se

(Véase nota 2 en página siguiente)

ha puesto de manifiesto la necesidad de una mayor publicidad en todo lo que se refiere al orden político y económico, y ésta parece ser la tendencia actual, no sin grandes dificultades. En efecto, los casos *Enron*, *Lehman Brothers*, *Andersen LLP* o *Bankia*, entre otros, han activado las alarmas y han acentuado la exigencia de una ordenación económica más transparente, un mayor control de la economía por parte de los poderes públicos, y urgir que los poderes económicos respondan en caso de actuación ilegal, o incluso irresponsable, ante los Tribunales.

Por otra parte, estos hechos ponen de relieve la necesidad de un proceso de control de la economía, de reforzar el sistema democrático ante los desafíos de una economía cada día con mayores dificultades para reaccionar ante situaciones adversas en beneficio de una mayoría de los ciudadanos, para lo cual el Estado y/o los poderes públicos europeos e incluso internacionales deben disponer de una capacidad para dirigir y reparar. Esto además debe llevarse a cabo en un contexto de globalización económica, que, como se ha visto en la crisis financiera, tiene efectos muy negativos sobre una parte sustancial de la población³, por lo que para que funcione un efectivo control de la economía deben producirse cambios en la gobernanza con un nuevo régimen regulador, que debe afectar de manera especial a los sectores rescatados⁴, y una mayor transparencia en el funcionamiento de la economía a nivel mundial, sobre todo de instituciones públicas como el FMI, BM y la OMC, si bien también de las instituciones privadas⁵.

La configuración de la economía y su ordenación debe ser objeto de estudio en la esfera nacional a la luz de lo que regula la Constitución española y normas de desarrollo. Sin embargo, es la normativa europea establecida en los Tratados fundacionales la que cada vez más determina los objetivos económicos, y fija el marco dentro del que deben actuar los Estados nacionales y el mundo empresarial⁶. Es éste el punto de partida, y desde ese marco de referencia deberá configurarse la autonomía de la que disponen los Estados nacionales para de-

ha llamado la economía real hasta límites difíciles de soportar para el sistema económico, pero especialmente para el ciudadano; *vid.* A. FISAHN, *Die Demokratie entfesseln, nicht die Märkte*, PapyRossa Verlag, Köln, 2010, pp. 10 y ss.; *vid.* también sobre el tema las sugerentes observaciones de E. MALARET, «Le malaise de la globalisation, la crise économique et les déséquilibres dans la structure des pouvoirs de décision», en *ERPL/REDP*, vol. 25, núm. 1, spring/printemps 2013, pp. 214 y ss.

² Quienes han sufrido estos derrumbes económicos más directamente son los ciudadanos en todo el mundo occidental, y en España de manera muy acentuada por la crisis no sólo financiera, sino también del sector de la construcción.

³ Esencialmente sobre los ciudadanos con peor situación económica en los países occidentales, y también sobre los Estados más débiles, económicamente endeudados y sin capacidad para reaccionar ante la situación planteada; *vid.* J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas (Ein Essay)*, 4.ª ed., Surhkamp, Berlin, 2012, pp. 99 y ss.

⁴ Sobre éstos el control y vigilancia de los órganos estatales debe ejercerse de manera intensa, incluyendo un alto grado de transparencia en su actividad, pues han sido rescatados con fondos públicos.

⁵ Con una amplia perspectiva sobre estos temas, *vid.* J. E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002, pp. 281 y ss., y P. KRUGMAN, *El retorno de la economía de la depresión y la crisis actual*, 5.ª ed., Crítica, Barcelona, 2009, pp. 198 y ss.

⁶ El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012 (no ha sido firmado por Gran Bretaña y la República Checa), ratificado por Ley Orgánica de 26 de julio de 2012, introduce la estabilidad presupuestaria, coordinación y responsabilidad de los Estados firmantes, lo cual implica la realización de una política económica común en aspectos sustanciales.

terminar su política económica. Esta autonomía, en el caso de los Estados del sur de Europa fuertemente endeudados como España, o bien rescatados por la Unión Europea como Grecia o Portugal, se ha reducido de manera sustancial, y son los Estados que gozan de una situación económica saneada, especialmente Alemania, los que determinan la política económica dentro de la Unión Europea. Esto engendra una situación de división entre los países endeudados y los acreedores, que afecta no sólo al funcionamiento económico, sino también político, y crea una situación de desconfianza, que amenaza el buen funcionamiento de la Unión Europea⁷.

Debe asimismo ponerse de relieve que ha existido una tendencia en la economía hasta la crisis financiera de los años 2007-2008 que tendía hacia la liberalización, y consiguiente privatización de ámbitos de la organización estatal, situándolos bajo criterios empresariales en los que solamente regían los principios de la oferta y la demanda, actuando, además, con opacidad, sin apenas controles de los poderes públicos⁸. Esta tendencia, sin embargo, se ha quebrado a causa de esa crisis, que obliga a un replanteamiento sustancial de la situación⁹, con un mayor control por los poderes públicos de la economía, lo que incluye una actuación transparente del Estado y una actividad de intervención y regulación, dentro de la esfera del Estado de Derecho y social. Ello supone, por ejemplo, que la actividad empresarial no puede realizarse solamente desde el punto de vista de su utilización privada¹⁰, sino que existen derechos que imponen límites determinados (Derecho al medio ambiente), o bien principios (democracia, Estado social), y que su actividad empresarial se encuentra vinculada a las obligaciones del Estado, y está sometida a una responsabilidad jurídico-pública y a los intereses generales¹¹.

⁷ Sobre la división económica cada vez mayor entre países acreedores y deudores dentro de la Unión Europea y los efectos negativos que la política económica de Alemania está teniendo sobre los países del sur, basada únicamente en recortes económicos, *vid.* U. BECK, *Das Deutsche Europa*, Suhrkamp, Berlin, 2012, pp. 43 y ss.; *vid.* también sobre los problemas políticos y económicos que se plantean con la necesidad de la creación de un gobierno económico europeo F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, *Bancarrota del Estado y Europa como contexto*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 131 y ss.

⁸ Esta tendencia, sin extraer ninguna consecuencia de la crisis financiera ni de sus causas, se sigue manteniendo en España en un campo tan sensible como la sanidad, que sigue su proceso creciente de privatización, lo cual, como se está demostrando, deteriora la calidad de los servicios que se prestan; *vid.* las reflexiones sobre la cuestión desde una perspectiva del Derecho español y canadiense de A. BOTO, *Le droit, vecteur de la gouvernance en santé? Défis théoriques et enjeux pratiques de l'accès aux soins de la santé*, libro colectivo dirigido por L. LALONDE, Les Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 2012, pp. 237 y ss.

⁹ Lo cual no se está haciendo, sino contrariamente se lleva a cabo una política de recortes, de lo que es ejemplo paradigmático España, lo que impide el crecimiento y una mejora de la capacidad de crear empleo; *vid.* P. KRUGMAN, *¡Acabad ya con esta crisis!*, *op. cit.* (cita 5), pp. 103 y ss. y 245 y ss.

¹⁰ En el Congreso de los Profesores alemanes de Derecho Público del año 1976 se trató el tema de «Empresarios y empresas en el ordenamiento jurídico-constitucional de la economía», llegándose a la conclusión por los ponentes (P. SALADIN y H.-J. PAPIER) que los empresarios gozan del derecho de propiedad y su utilización privada, pero eso debe ponderarse con un status semi-público y obligaciones constitucionales que debe estrictamente respetar, y su sometimiento a los intereses generales, en *VVDStRL*, núm. 35, 1977, pp. 8 y ss.

¹¹ Que la actividad económica privada se encuentra sometida a la ordenación de los poderes públicos lo afirma categóricamente S. MARTÍN-RETORTILLO. Otra cuestión será la modulación de esa intervención, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988, pp. 176 y ss.

II. ORDENACIÓN ECONÓMICA, GLOBALIZACIÓN Y DEMOCRACIA

1. Breve referencia a los cambios producidos en la economía mundial

En el ámbito de la economía y financiero se ha producido un proceso de globalización imparable¹² que comienza con el hundimiento de los mercados financieros en 1929, con consecuencias sociales y políticas muy negativas en Estados Unidos y Europa, lo que condujo a que los Estados industrializados pensasen en cómo asegurar la estabilidad en el sistema monetario y financiero internacional. Todo ello concluyó con el Acuerdo de Bretton Woods de 22 de julio de 1944, firmado por 44 Estados, bajo la dirección de los Estados Unidos¹³. Con este Acuerdo se consiguió un marco de funcionamiento económico a nivel mundial razonablemente eficaz, con el que se consiguió un sistema monetario estable y un aumento del comercio mundial, convirtiéndose el dólar en la moneda-patrón vinculada al oro, creándose en este contexto diversos organismos financieros internacionales, entre otros el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).

Este tipo de cambio sólido pierde pie y desaparece a partir de 1973¹⁴, formándose en su lugar un tipo de cambio libre, que favorece los ataques especulativos en los mercados internacionales de grandes organismos de servicios financieros o de inversión, especializados en ese tipo de negocios¹⁵. También a partir de los años ochenta del siglo pasado el FMI y el BM facilitan créditos a los países en vía de desarrollo y a los emergentes a cambio de que éstos abran sus mercados a las grandes empresas multinacionales y mantengan una estricta disciplina presupuestaria, que tiene como consecuencia recortes importantes en educación, sanidad y prestaciones sociales. Otras organizaciones internacionales como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947) o la Organización Mundial del Comercio (OMC) asimismo han tenido como objetivo la liberalización y desregulación del comercio en la esfera internacional, y la creación de un espacio de libre cambio que favorece a los países más industrializados. En este marco se produce la crisis financiera de los años 2007-2008, en la que, como ha diagnosticado P. Krugman, se ha percibido un gran descontrol de la economía a nivel mundial, sin armas eficaces para luchar contra esa situación y reordenar aquélla, entrándose en una depresión de la que no se acaba de salir¹⁶.

¹² Sobre la globalización económica y financiera y sus efectos sobre el Derecho y el Derecho administrativo en particular *vid.* O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson&Civitas, Madrid, 2004, pp. 25 y ss., y J. L. MEILÁN GIL, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Global Law Press, Sevilla, 2011, pp. 69 y ss.

¹³ Del tema se ha ocupado A. FISAHN, *Die Demokratie entfesseln, nicht die Märkte*, *op. cit.* (cita 1), pp. 51 y ss.

¹⁴ *Vid.* en profundidad sobre el tema J. HUFFSCHMID, *Politische Ökonomie der Finanzmärkte*, VSA, Hamburg, 2002, pp. 115 y ss.

¹⁵ Sobre las dificultades de un control eficaz de los mercados financieros se han ocupado, entre otros, J.-B. AUBY, *La globalización, el Derecho y el Estado*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, pp. 70 y ss., y A. RECALDE CASTELLS, *Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros*, AFDUAM 14, 2010, pp. 122 y ss.

¹⁶ *Vid.* en profundidad el citado autor sobre un diagnóstico de la crisis y de las razones por las que no somos capaces de salir de ella: *¡Acabad ya con esta crisis!*, *op. cit.* (cita 5), *in toto*.