

**ANDRÉS BETANCOR**

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Pompeu Fabra

# **MEJORAR LA REGULACIÓN**

## **Una guía de razones y de medios**

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO

**Marcial Pons**

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	15
<b>PRÓLOGO</b> .....	19
<b>ABREVIATURAS</b> .....	25
<b>INTRODUCCIÓN: REGULACIÓN Y COMPETITIVIDAD</b> .....	27
<b>CAPÍTULO I. REGULACIÓN: LA REPETIDA PRESENTACIÓN DE LA ETERNA INDEFINICIÓN</b> .....	43
1. PUNTO DE PARTIDA: ESTADO Y SOCIEDAD.....	44
2. REGULACIÓN: LOS DISTINTOS SIGNIFICADOS. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN SOSTENIDO EN ESTE LIBRO: LA REGULACIÓN COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS Y LIBERTADES .....	46
3. EL INTERÉS GENERAL Y LA RACIONALIZACIÓN DE LA REGULACIÓN. ¿PUEDE SER NEUTRAL LA REGULACIÓN?	58
4. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES DE LA RACIONALIZACIÓN DE LA REGULACIÓN.....	68
A) Principio de subsidiariedad o de obligación de justificar racionalmente la opción de la regulación frente a la de la no-regulación.....	69
B) Principio de proporcionalidad o de la idoneidad, mínima restricción y máximos beneficios del contenido restrictivo de la regulación.....	76
C) Principio de exteriorización de la regulación: la claridad de la regulación. La técnica legislativa y la seguridad jurídica .....	82
D) La directiva de servicios como ejemplo de la aplicación de los principios regulatorios expuestos .....	85

	Pág.
5. CONCLUSIÓN: LA REGULACIÓN NECESARIA COMO <i>DESIDERÁTUM</i> Y LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN COMO INSTRUMENTO A SU SERVICIO.....	92
<b>CAPÍTULO II. LA <i>BETTER REGULATION POLICY</i>: INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>95</b>
 <b>PRIMERA PARTE</b> <b>LA EXPERIENCIA COMPARADA</b>  	
<b>CAPÍTULO III. LA <i>BETTER REGULATION POLICY</i> EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA .....</b>	<b>107</b>
1. LA <i>EXECUTIVE ORDER</i> 12866: OBJETIVOS, PRINCIPIOS Y CONTROLES .....	112
2. LA REGULACIÓN DEL ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO: LA CIRCULAR A-4 DE LA OMB.....	119
<b>CAPÍTULO IV. LA <i>BETTER REGULATION POLICY</i> EN EL REINO UNIDO .....</b>	<b>125</b>
1. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA <i>BETTER REGULATION POLICY</i> .....	126
2. EL MARCO JURÍDICO-POSITIVO DE LA <i>BETTER REGULATION POLICY</i> : LA <i>LEGISLATIVE AND REGULATORY REFORM ACT</i> DE 2006.....	139
3. LOS RETOS DE LA BRP: SIMPLIFICACIÓN, EVALUACIÓN E INSPECCIÓN .....	142
A) La simplificación de la regulación .....	142
B) <i>Impact assessment</i> .....	145
C) La mejora del control .....	148
<b>CAPÍTULO V. LA <i>BETTER REGULATION POLICY</i> EN LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>153</b>
1. MEJORA DE LA REGULACIÓN: LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO REGULATORIO .....	166
2. SIMPLIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN EXISTENTE.....	170

**SEGUNDA PARTE**  
**REQUISITOS PARA EL ÉXITO DE LA POLÍTICA**  
**DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN EN EL MARCO**  
**JURÍDICO-INSTITUCIONAL ESPAÑOL A LA VISTA**  
**DE LA EXPERIENCIA COMPARADA**

<b>CAPÍTULO VI. LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN EN ESPAÑA: PROCLAMACIÓN DE OBJETIVOS AMBIENTALES SIN BASE SUFICIENTE. LA OPORTUNIDAD DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS .....</b>	183
<b>CAPÍTULO VII. LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN DENTRO DE LAS COORDENADAS FUNCIONALES Y TERRITORIALES DEL ESTADO ESPAÑOL .....</b>	197
1. LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN FUNCIONAL Y TERRITORIAL DEL ESTADO. LA PQR Y LAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDIENTES .....	197
2. LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN A LEYES Y REGLAMENTOS .....	202
3. LOS COSTES DE LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN: LA RESTRICCIÓN A LA <i>MAJOR REGULATION</i> . LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA METODOLOGÍA DEL ANÁLISIS REGULATORIO.....	204
4. EL MARCO LEGAL DE LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN: LA EXIGENCIA DE UNA LEY. LAS DIFICULTADES DE SU CARÁCTER BÁSICO.....	206
5. LA DIMENSIÓN TERRITORIAL DE LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN: MECANISMOS DE COORDINACIÓN BLANDOS PARA REDUCIR LA CARGA ADMINISTRATIVA.....	211
<b>CAPÍTULO VIII. LA ORGANIZACIÓN ESPECIALIZADA DE DISEÑO, IMPLEMENTACIÓN Y CONTROL DE LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN .....</b>	215
<b>CAPÍTULO IX. LOS OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN .....</b>	227
<b>CAPÍTULO X. TÉCNICAS CLARAS Y EFICACES PARA SIMPLIFICAR Y EVALUAR LA REGULACIÓN .....</b>	237
1. ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO Y EL DEBATE QUE SUSCITA .	239
2. SIMPLIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN EXISTENTE. EL ANÁLISIS DE LA CARGA ADMINISTRATIVA MEDIANTE EL <i>STANDARD COST MODEL</i> .....	252

	<u>Pág.</u>
A) La carga administrativa: diferencias respecto de los costes sustantivos de cumplimiento de la regulación .....	254
B) El cálculo de la carga administrativa.....	263
3. LA <i>REGULATORY IMPACT ASSESSMENT</i> DE LA NUEVA REGULACIÓN.....	267
A) El punto de partida. La experiencia de la evaluación de planes: similitudes y diferencias .....	268
B) El desarrollo de la evaluación de la regulación. La experiencia comparada .....	273
C) El desarrollo de la evaluación: análisis de sus etapas más relevantes y de los documentos en que se recogen. Propuesta teórica de posible procedimiento de evaluación .....	280
D) Las dificultades y problemas reales de la evaluación del impacto regulatorio.....	292
<b>CAPÍTULO XI. LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA: EL CONTROL JUDICIAL DE LA REGULACIÓN NECESARIA. EL SILENCIO POSITIVO.....</b>	<b>297</b>
1. LOS TRIBUNALES GARANTES DE LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN.....	298
2. LOS TRIBUNALES INCENTIVADORES DE LA POLÍTICA DE CALIDAD DE LA REGULACIÓN A TRAVÉS DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA POTENCIACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO.....	303
A) La política de calidad de la regulación y el control de la discrecionalidad.....	304
B) La política de calidad de la regulación y el silencio positivo ...	313

### **TERCERA PARTE**

#### **CONSECUENCIAS: CAMBIOS ESTRUCTURALES Y FUNCIONALES**

<b>CAPÍTULO XII. EL CAMBIO CULTURAL, EL CAMBIO INSTITUCIONAL: LA NUEVA CULTURA DE LA REGULACIÓN EN EL MARCO DE LA GOBERNANZA .....</b>	<b>331</b>
<b>EPÍLOGO. LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN EN EL NUEVO CONTEXTO POLÍTICO Y ECONÓMICO: CRISIS FINANCIERA Y NEOESTATISMO.....</b>	<b>339</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>365</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA .....</b>	<b>371</b>

## PRESENTACIÓN

Los estudiantes de Ciencias Económicas de los años sesenta tenían que hacer frente a un dilema que, en aquellos momentos, no se planteaba en términos científicos: ¿Cuáles son las relaciones entre Economía y Derecho? Los profesores de Economía, en general, no consideraban que el Derecho contribuyera a ordenar el funcionamiento de nuestras sociedades y los profesores de Derecho eran ajenos —pues los ignoraban— a los planteamientos de la Ciencia Económica. Pero el programa incluía Economía y Derecho, lo que planteaba más de una duda. El intervencionismo dominante coronado por el keynesianismo epidérmico y doctrinario —cuando no por el marxismo vulgar, representado por Marta HARNECKER— contribuía, aparentemente, a disfrazar parte del problema pero abandonaba cualquier consideración sobre el fondo del mismo.

Por un lado, los manuales de microeconomía desarrollaban los principios generales del funcionamiento de una economía y se referían al libre mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos. Las eventuales intervenciones sobre las conductas de los agentes económicos eran consideradas exabruptos excepcionales. El Derecho administrativo, por ejemplo, en consecuencia, era también una excepcionalidad. Por otro, los textos de Derecho administrativo, escritos por eminentes juristas, hablaban exclusivamente de la intervención sobre los mercados. Por supuesto, en el desarrollo de las clases de Derecho, las referencias al funcionamiento competitivo de los mercados y a los principios económicos que lo sustentan eran las grandes ausentes. No creo que ahora, salvo excepciones, la consideración simultánea de planteamientos económicos y jurídicos sea la norma en las universidades españolas. El análisis económico del Derecho, pese a su relevancia y utilidad, no figura en la mayoría de programas de nuestras facultades de Derecho.

La ignorancia sobre estas cuestiones conduce a no pocos desastres regulatorios.

Con este marco de referencia, el libro de Andrés BETANCOR alcanza una relevancia especial pues enfoca una parte del Derecho administrativo desde una perspectiva moderna, minoritaria en una Academia en la que se pierden muchos esfuerzos intelectuales diseñando espacios y formas de intervención, más o menos elaborados.

El planteamiento general del libro es contundente: al igual que los economistas, no excluye la posibilidad de intervención pública en los mercados pero, a su juicio, la intervención debe ser excepcional y, en todo caso, debe contribuir a la eficiencia. Citando una afirmación atribuida a Claudio ARANZADI, quien fuera ministro de Industria, podría decirse que la mejor regulación es la que no existe, aunque en determinadas cuestiones y bajo ciertas condiciones la intervención de las administraciones en el funcionamiento de los mercados resulte justificable, particularmente cuando puede llevar a cabo ciertas funciones más eficientemente que el sector privado. De ahí el título del libro y la inclinación del profesor BETANCOR por la *better regulation* —entendida como la mejora de la regulación y la mejor regulación— y el análisis coste beneficio.

El autor desarrolla un planteamiento innovador y potente en relación con el análisis de la intervención del Estado. En este contexto, se refiere al Estado subsidiario que debe estar «al servicio de la sociedad y de sus libertades entre las que lógicamente se encuentran las del mercado». El asunto tiene enjundia dados el elevado número de órganos reguladores existentes en todos los ámbitos de la administración pública española y la gran cantidad de normas emanadas de los parlamentos y de dichos órganos, en ocasiones redundantes e, incluso, contradictorias. Un trabajo pendiente es la elaboración de una relación exhaustiva y pormenorizada de dichos órganos, su composición, forma de llegar a ellos, costes —de los organismos y para los administrados—, resultados... para que los ciudadanos sepan a quién atribuir las causas de muchos problemas: al mercado o al sistema de regulación. Muchos se llevarían una sorpresa. Todo ello lleva tiempo, pero antes de empezar el trabajo es necesario contar con estudios serios, rigurosos y útiles como el que ha llevado a cabo el profesor BETANCOR. La primera piedra, pues, ya ha sido colocada.

En la obra se exponen con académica precisión y seriedad los principios jurídicos fundamentales de la racionalización de la regulación. El análisis efectuado conduce al autor a afirmar que «la restricción (de las libertades) es odiosa y, como tal, debe estar adecuada y suficientemente justificada en razones de interés general de sobrado peso y entidad». Y tales principios desembocan en el establecimiento del concepto de regula-

ción necesaria (¿por qué no regulación eficiente que parece un concepto más potente?) que enlaza con los principios de la *better regulation*.

Las cuestiones abordadas han sido poco discutidas en España. Los reguladores, como si de monopolistas se tratara, han preferido la vida tranquila y, con frecuencia, han olvidado que, periódicamente, deben realizar el examen de su actividad desde la perspectiva de los resultados alcanzados y los costes para el contribuyente y las empresas. Por esta razón, resulta de sumo interés el análisis que hace el profesor BETANCOR de un conjunto de documentos importantes de lectura obligada —cuyas referencias incluye para que el lector, fácilmente, pueda acceder a los documentos vía Internet— para entender el fondo de la cuestión que se estudia de acuerdo con el principio de que «la regulación tiene un coste: el de su cumplimiento», lo que aconseja su evaluación con el fin de simplificar la carga administrativa y los costes que lleva aparejados.

¿Cuándo se llevará a cabo de forma sistemática, rigurosa e independiente un análisis sobre el conjunto del sistema regulatorio en España —al estilo del Programa para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea— acompañado de una propuesta valorada de simplificación de la carga reguladora y de eliminación de la regulación ineficiente? ¿Cuánto cuesta realmente tanta regulación ineficiente a los ciudadanos y a las empresas? Esta sería una tarea que podría llevar a cabo la Comisión Nacional de la Competencia sin necesidad de crear nuevos órganos administrativos, con sus costes correspondientes que tienden a perpetuarse, ni acudir a auditores externos, pues bastantes funcionarios tienen nuestras administraciones. La tarea no es difícil. El marco conceptual está desarrollado. Y los beneficios que se obtendrían de dicho ejercicio serían muy positivos para el conjunto de la sociedad.

El análisis general realizado por el profesor BETANCOR se complementa con un estudio específico de cuestiones de interés como pueden ser: la crisis financiera, la Directiva de Servicios o asuntos medioambientales sobre las cuales Andrés BETANCOR es un experto. Sobre estas cuestiones su posición es clara. Sus referencias a la crisis financiera no admiten dudas: «La crisis financiera ha tenido una causa que no es la ausencia de la regulación, sino una regulación inadecuada o incorrecta».

En resumen: se trata de un libro sobre un tema de indudable interés, bien desarrollado, con una aportación fundamental apoyada en los documentos básicos sobre la *better regulation*. A todas estas cuestiones debe sumarse el hecho de que se trata de un análisis pionero en España que ¡ojalá! tenga seguidores.

Amadeo PETITBÒ

Director de la Fundación Rafael del Pino



## PRÓLOGO

El presente libro tiene por título *Mejorar la regulación*. Tiene por objetivo exponer los principios, objetivos y técnicas de la denominada *Better Regulation Policy*, por esta razón el subtítulo es *Una guía de razones y de medios*. Si a lo dicho sumamos que se trata de un trabajo jurídico pero abierto a otras disciplinas científicas, en particular, la politología, la sociología y la economía, se trata de un libro que está afectado de lo que se ha denominado como la interdisciplinariedad débil. Es un libro jurídico pero abierto a otras ramas de saberes y conocimientos. El rasgo más sobresaliente no radica sólo en la metodología sino en el propio objeto: la regulación, pero no como ordenación jurídica de las actividades privadas de índole o naturaleza económica sino como objeto de una política orientada a que mejore su desempeño de la importante función social que le corresponde.

Es usual entre los estudios jurídicos analizar la regulación como un hecho de Derecho positivo que merece ser considerado desde el punto de vista técnico jurídico: instituciones jurídicas y medios de control. En cambio, este trabajo intentará mostrar qué técnicas se han consolidado en el Derecho comparado para que la regulación pueda ser mejor en el desarrollo de su función social. La óptica es distinta a lo que es usual en el mundo jurídico y, en particular, jurídico-administrativo. Esta circunstancia coloca este libro en la zona de lo fronterizo. Es un libro jurídico, pero menos jurídico que otros, que se centra en una cuestión no suficientemente tratada por el Derecho y en la que, además, algunos rechazan que pueda existir tal vertiente jurídica. Sin embargo, este carácter fronterizo es lo que más me ha interesado. Creo que en las fronteras de los saberes tradicionales es donde germina la innovación y el progreso. Me ha sucedido con el Derecho ambiental pero también me sucede con esta otra ma-

teria que, por sorprendente que parezca, tiene más parecidos con aquel Derecho de lo que inicialmente podría parecer, como se mostrará más adelante.

Es un libro jurídico sobre una política que tiene como objetivo la mejora de la regulación, o sea, la mejora de lo que es fundamentalmente Derecho o está basado en el Derecho. Esta es otra de las confusiones usuales en el campo del Derecho: la regulación o es algo esencialmente político o es algo esencialmente novedoso que encandila a los ingenuos por su sedicente neutralidad. Ni una cosa ni la otra sino todo lo contrario. La regulación alude, como he expuesto en otros lugares y desarrollo en este libro, a la técnica de intervención pública de las actividades económicas que se desarrollan en el mercado o en el mercado en transición. Esta conexión la ha puesto en relación con los fines del mercado, la competencia y la libertad de sus sujetos para competir. Aquí se produce la confusión entre nosotros: la intervención regulatoria sirve al interés general o sirve al mercado. Lo sorprendente es que el interés del mercado es el interés público. Esta razón explica la conveniencia de corregir ciertos fallos del mismo para que dicho interés se pueda ver completamente satisfecho.

Concebida así la regulación, la intervención puede ser mejorada mediante las técnicas que explicaremos a continuación. No puede dejar de sorprender que cause sorpresa el que la regulación pueda ser mejorada, o sea, que pueda alcanzar sus objetivos de interés público con el mínimo coste posible a aquéllos que han de soportarla, incluso, la propia Administración encargada de controlar su cumplimiento. La regulación supone costes para los obligados pero también para la Administración. ¿Cómo no va a ser posible mejorar la regulación para que estos costes sean menores? A explicar que esto es posible se dedica el libro.

Quiero mostrar que el objeto de este libro, la mejora de la regulación, tiene una vertiente jurídica. No sólo porque es Derecho o basado en Derecho su objeto (la regulación) sino porque es el mismo Derecho el que regula su propia mejora. Es una de las manifestaciones de su carácter autopoietico, su autorreferencialidad, su capacidad para regular su propio cambio, en este caso, para mejorar. Además, este proceso de cambio, esencialmente político, está impulsado por unas directrices jurídicas que mostraré a lo largo del libro. Es política en el marco del Derecho e impulsada por el Derecho. No podía ser de otra manera. Si es socio-relevante es también jurídico-relevante. En esto consiste la función social del Derecho en tanto que técnica social específica basada en la amenaza de la sanción como la definiera genialmente H. KELSEN.

Se podrá argumentar con pleno éxito que este libro no es un libro de Derecho positivo. No lo es en la medida en que los principios, objetivos y

técnicas de la política de mejora de la regulación no están total y completamente consignados en la norma correspondiente de nuestro ordenamiento jurídico. Es más, incluso, se hacen propuestas de *lege ferenda*, según la terminología tan querida por los juristas. Es correcto este argumento. El lector no encontrará un libro de Derecho al uso. Se trata de un libro jurídico sobre una política que analizará no sólo los elementos jurídicos de la misma, que los tiene, sino que intentará profundizar en los elementos no jurídicos e, incluso, ofrecerá propuestas para la juridificación de aquella política. Es un libro comprometido con un objetivo que entiendo socialmente importante y este compromiso me lleva hasta ofrecer propuestas que sirvan para avanzar en la articulación de esta política. Es un libro jurídico que considera que el razonamiento jurídico no debe quedar esclavizado por el dato de Derecho positivo. También puede haber razonamiento jurídico dirigido a contribuir a crear este dato. Este libro también es fronterizo en estas cuestiones.

Una aclaración se impone sobre el uso de cierta terminología anglosajona. Utilizo a lo largo del libro la expresión inglesa «*better regulation*» o «*Better Regulation Policy*». Su uso tiene una explicación. Por un lado, conecta este trabajo con un movimiento internacional y, por otro, refleja con mayor exactitud el objeto del mismo.

El término *better regulation* juega con el doble significado que tiene la palabra *better* en inglés. Es un adjetivo (la mejor regulación) pero también es un verbo (mejorar la regulación). En castellano, la palabra «mejor» sólo tiene un significado como adjetivo y como adverbio, pero no es ningún verbo. El verbo próximo con el que comparte raíz es el de mejorar.

Igualmente el término *better regulation* me permite representar la doble vertiente de la política que tiene como objeto la regulación tanto en su vertiente estática o de resultado (la mejor regulación) como dinámica o de proceso (el de mejora de la regulación), los cuales me interesan subrayar como elementos o componentes esenciales de esta política.

La aspiración a la mejor regulación define un desiderátum importante pero que sólo es alcanzable mediante una acción decidida, impulsada por ciertos actores conforme a ciertos principios y que se sirven de ciertas técnicas o instrumentos. Esta es la esencia de la política. Hablar de política nos conduce a hablar de la mejora de la regulación. En cambio, el resultado de esta política es igualmente claro e inescindible de aquélla: la mejor regulación. Mientras que la política tiene un significado más preciso por referencia a los elementos que la integran, el objetivo, en su propia generalidad e indeterminación, pierde fuerza explicativa máxime cuando se trata de impulsar una investigación jurídica, porque, ¿quién se opone a

que contemos con la mejor regulación? Es evidente que nadie. En cambio, la política que tiene como objeto la mejora sí que está perfectamente singularizada no sólo por sus elementos sino porque tales elementos caminan hacia una dirección precisa que es la mejor regulación que sí tiene un significado más concreto dentro de aquella política. La mejor regulación sólo tiene sentido en el contexto de la política de mejora de la regulación. Por esta razón, necesitamos en castellano unos términos que los agrupe a los dos como en inglés. Ante las dificultades de la traducción exacta (mejor regulación o mejora de la regulación<sup>1</sup>) me he inclinado por proponer un nuevo término que refleja con mayor acierto, a mi juicio, el equivalente inglés: Política de Calidad de la Regulación, cuyo acrónimo sería PQR, siendo así que la letra Q es el símbolo universal de la calidad (*Quality*, cómo no, en inglés). Es un término que alude a la excelencia (como mejor) pero que incluye la exigencia de un proceso para alcanzarlo. Se puede hablar de política de calidad de la regulación pero, en cambio, nos suena un poco extraño hablar de la política de la mejor regulación. Este término propuesto (PQR) lo usaré cuando me refiera a la *Better Regulation Policy* en el caso español. En cambio, cuando hable de esta misma política en el contexto del Derecho comparado utilizaré la expresión acuñada en este ámbito: *Better Regulation Policy* y su acrónimo BRP.

Por último, este libro no habría sido posible sin la generosidad de la **Fundación Rafael del Pino**. Quiero dejar constancia del interés con el que la Fundación acogió este proyecto cuando le fue planteado hace algún tiempo. Además, mi agradecimiento por la paciencia con la que han comprendido mis razones, unas y miles, para justificar los sucesivos retrasos. Creo que la Fundación está desarrollando una labor excepcional para apoyar proyectos fronterizos y germinales como éste que tiene una indudable vocación de servicio. Así lo vivo, así lo presenté y así lo entendió la Fundación. Sólo me queda esperar que estas páginas puedan servir con el alcance que la Sociedad quiera a la consolidación entre nosotros de una cultura de mejora de la regulación. No se necesita más regulación, se necesita de mejor regulación, incluso ahora con la crisis financiera en la que nos encontramos. Ahora más que nunca, la sostenibilidad no es sólo aplicable al consumo de los recursos naturales sino al consumo de recursos ingentes que injustificadamente exigen una regulación innecesaria. Una Sociedad sostenible no sólo consume de manera sostenible sus recur-

---

<sup>1</sup> El problema de estos términos, mejora, es que no indican ni el punto de partida (mejora respecto de qué calidad de la regulación) ni el punto de llegada (es o no la mejor regulación), nos parece extraordinariamente confusa. No es lo mismo mejorar cuando el nivel es 1 que mejorar cuando es 80, pero tampoco es lo mismo mejorar en estas magnitudes cuando el óptimo está en 100 o en 1.000. La mejora no nos dice nada ni del punto de partida ni el punto de llegada. En cambio, el término mejor sólo alude al objetivo o desiderátum último pero a costa de prescindir del proceso necesario para alcanzarlo.

sos naturales sino también los recursos sociales (y económicos) para entregarlos a aquellas causas que contribuyan a nuestra prosperidad colectiva. Mi agradecimiento a la Fundación Rafael del Pino<sup>2</sup>, a su Presidenta María DEL PINO Y CALVO-SOTELO y a su Director Amadeo PETITBÒ por haber creído en estas utopías ilusionantes de un profesor de Derecho administrativo.

Andrés BETANCOR  
([andres.betancor@upf.edu](mailto:andres.betancor@upf.edu))

---

<sup>2</sup> La Fundación tiene un proceso de revisión de los trabajos que ha permitido a éste beneficiarse de los comentarios de dos revisores anónimos a los que quiero expresar mi agradecimiento.

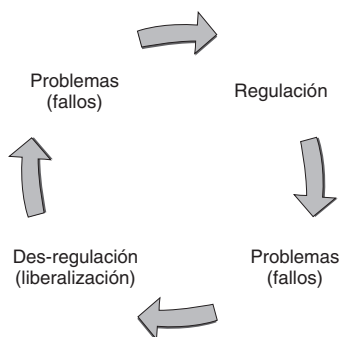
## INTRODUCCIÓN

# REGULACIÓN Y COMPETITIVIDAD

«La legislación está en el origen del éxito económico y político de la Unión». Con esta importante afirmación se inicia la Comunicación de la Comisión Europea titulada *Actualizar y simplificar el acervo comunitario* (COM 2003, 71 final, de 11 de febrero de 2003) que sienta las bases de una de las piedras angulares del programa, precisamente, de revisión de la legislación. No deja de ser una paradoja que aquello a lo que se le atribuye el origen del éxito de la Unión sea sometido a una profunda revisión. Lo que estaba en el origen del éxito se convierte, sin embargo, en fuente de problemas por lo que ha de ser revisado. Se refleja de esta manera el drama de la regulación. Es fuente de virtudes tanto como causa de problemas. Este drama se reduplica en el contexto de la presente crisis financiera. La regulación vuelve a aparecer como fuente de virtudes. La regulación, o mejor, sus fallos, conduce a la liberalización y los fallos de ésta conducen a la regulación, en un eterno ciclo que no finaliza nunca pero que tampoco supone la vuelta al punto de retorno. El permanente ciclo de la política regulatoria. Hemos pasado del fallo de la regulación a los fallos de la liberalización.

La apreciación de los fallos de la regulación que condujeron a la liberalización tuvo dos motores principales. En primer lugar, hay un factor ideológico y político. La ideología y la política son como los tamices por los que se filtran a los actores políticos las informaciones que proceden del exterior. Al filtrar los impulsos (energía, información...) del exterior quedan en la conciencia colectiva ciertas conclusiones que serán importantes para la acción; facilitan la comprensión del exterior y sientan las bases para la acción dirigida a cambiar ese exterior. Este impulso ha sido

GRÁFICO 1  
EL ETERNO CICLO DE LA POLÍTICA REGULATORIA



decisivo. Después de tantos años de ideología y políticas estatistas, el cambio de ciclo era inevitable. Es el eterno proceso de la evolución de las sociedades y de sus estructuras. En cierta medida se puede decir que fue como una vuelta hacia lo conocido, hacia aquello que en otros países incluso ha funcionado y seguía funcionando al menos para solventar los problemas que ahora se aprecian en los Estados europeos. Frente al estatismo, el mercado. Ahora bien, estos procesos cíclicos no suponen un retroceso histórico, no sólo porque es imposible, sino porque supondría el borrón de una fase que se ha producido y que ha tenido un impacto tan importante sobre la sociedad y sus estructuras. Este impacto tan intenso y profundo no se puede borrar de la noche a la mañana. Sería imposible. La mezcla o la combinación se impone por la misma naturaleza de las cosas. Se produce la mezcla entre lo que se pretende superar y lo nuevo que se quiere imponer. El resultado nos es conocido: una mezcla difícil de apreciar porque los analistas intentan impulsar y consolidar la nueva fuerza recreando la realidad, la nueva realidad como si fuese el resultado de la nueva fuerza. En nuestro caso observamos que la pugna entre los dos modelos de organización y función del Estado en relación con la economía, el regulatorio o administrativo y el de la gobernanza, se combinan pero sin la extinción del otro, pero los analistas explican el cambio como si el último, el de la gobernanza, hubiese eliminado completamente el otro. Esto es lo usual en todos los procesos de cambio como el que estamos viviendo.

El cambio ideológico ha impulsado el proceso de comprensión de la regulación como problema y, por consiguiente, de la necesidad de su reforma para acomodarse al nuevo rol del Estado. Este cambio ideológico es la expresión de la crisis de las ideologías y de las políticas estatistas y

la reivindicación de un mayor protagonismo social. El Estado decrece, crece la sociedad, según el clásico binomio Estado-Sociedad. Su simplismo incrementa su fortaleza explicativa. En nuestro caso, nos sirve para representar metafóricamente el proceso que se está viviendo: pierde el estatismo, gana la sociedad. En realidad, no hay una sustancial pérdida de aquél ni una sustancial ganancia de ésta. El Estado mantiene su protagonismo pero ha de reconducir sus medios o formas de actuación para reconocer a la sociedad el mayor protagonismo que le corresponde. El cambio de la regulación que analizaré en este libro viene a confirmar lo que digo.

Este cambio en la regulación está, también, asociado a otra causa, el segundo motor del que hablaba: la crisis del Estado y, en particular, por lo que ahora interesa, la crisis de lo que en sentido genérico podemos denominar como la crisis de ejecución del Estado. Con estos términos me refiero a que la presencia omnicomprendiva del Estado mediante más regulación ha servido para poner de relieve que esto no *soluciona* los problemas sino que sirve para demostrar la incompetencia del Estado, o sea, su incapacidad y su ineficacia. No se solucionan los problemas con más regulación, se podrían solucionar si se pudiese cumplir. No se cumple, la regulación es ineficaz, es inservible, ...se convierte en una carga arbitraria porque no sirve para nada. Es un peso muerto. Si la regulación es una carga arbitraria que no sirve para nada (porque no es capaz de solucionar los problemas) sufre una crisis de legitimidad (es una carga arbitraria, injusta...) que alimenta su propia crisis y la exigencia así como la necesidad de su sustitución o lo que genéricamente podemos denominar como su reforma.

Y en esto apareció la crisis financiera. La «evidencia» de la crisis regulatoria se convierte de la noche a la mañana en la crisis de la liberalización. Ésta y su proyección al ámbito de la regulación financiera se colocan en el centro de la crisis. Porque, como se analizará más adelante <sup>1</sup>, Regulación y Riesgos son como las dos caras de la moneda del sistema financiero. Si la R. de regulación falla, la R. de riesgos se incrementa exponencialmente. Y al incrementarse este riesgo, la crisis tarde o temprano sobrevendrá. Por tanto, como ha sobrevenido la crisis, todas las miradas se vuelven hacia la R. de regulación. La Declaración del G20 de 15 de noviembre de 2008, surgida de su reunión de Washington, expresa el punto de vista central sobre esta cuestión. Bajo el epígrafe «causas primordiales de la crisis actual» el dedo señala la regulación. En el apartado 3 se proclama: «Durante un período de fuerte crecimiento económico, crecientes movimientos de capital y estabilidad prolongada en lo que lleva transcu-

---

<sup>1</sup> Vid. Epílogo de esta monografía.

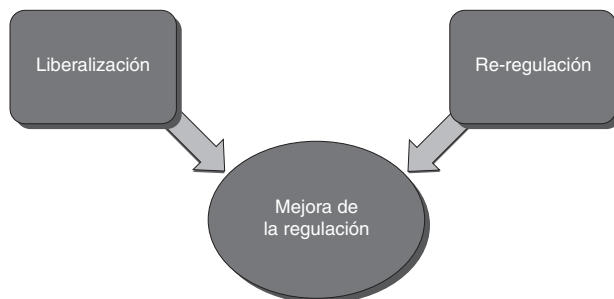


rrido de década, las partes actuantes en el mercado han tratado de conseguir rendimientos más altos sin una valoración adecuada de los riesgos y no han puesto en práctica la debida diligencia. Al mismo tiempo, se han combinado *unas normas deficientes de aseguramiento frente a riesgos*, prácticas poco fiables de gestión de riesgos, productos financieros cada vez más complejos y opacos y el consiguiente apalancamiento excesivo para crear puntos vulnerables en el sistema. *Los responsables políticos, los reguladores y los supervisores de algunos países avanzados no evaluaron ni abordaron de forma adecuada los riesgos que se estaban acumulando en los mercados financieros, ni siguieron el ritmo de la innovación financiera, ni tuvieron en cuenta las consecuencias sistémicas de las medidas reguladoras internas».*

Si el fallo de la regulación, o mejor, el fallo de la liberalización trajo consigo la crisis financiera, junto con otras causas, la solución debe venir de la mano también de la regulación. Aunque no debemos olvidar que si la deficiente regulación ha podido contribuir a la crisis ha sido la relacionada con el sistema financiero. No se puede generalizar hasta el extremo de concebir que la presente crisis acaba con la liberalización. En términos globales y por lo que a la regulación se refiere, estamos ante un proceso de ajuste de la regulación cuando se han apreciado ciertos problemas. Estos procesos son normales porque obedecen a la propia naturaleza del Derecho como sistema regulatorio propiamente dicho. El Derecho se auto-regula impulsado por las presiones exteriores para seguir desempeñando la función social que le corresponde. Estos ajustes pueden venir impulsados por causas más o menos críticas en términos históricos, como la presente crisis que tiene una magnitud extraordinaria, pero siempre se producen y nunca han dejado de producirse. En cierta medida siempre han existido fases de liberalización y de re-regulación dentro del eterno proceso de ajuste del Derecho como sistema regulatorio. En el momento presente la causa es extraordinaria y puede impulsar un ajuste superior en relación con cierto sector de la actividad económica (la financiera) pero no tiene por qué tener efectos notables en relación con otra actividad. Además, ahora más que nunca la crisis precisa de una regulación adecuada, aquella que prescinde de lo innecesario, o sea, una regulación de calidad. Incluso la re-regulación del sistema financiero, paradójicamente, coincide con el de la liberalización en cuanto a las características que ha de reunir la regulación. Liberalización y re-regulación coinciden en un mismo objetivo: la mejora de la regulación y ésta sigue siendo uno de los antídotos más eficaces para combatir la crisis. No se gestiona ésta con mala regulación sino con buena regulación, aquella que no introduce, precisamente, costes innecesarios a las empresas, los ciudadanos y las Administraciones públicas. Los recursos escasos, ahora

## GRÁFICO 2

## CONFLUENCIA DE LA LIBERALIZACIÓN Y DE LA RE-REGULACIÓN ALREDEDOR DEL OBJETIVO DE LA MEJORA DE LA REGULACIÓN



más que nunca, deben ser destinados allí donde realmente se necesitan para afrontar la crisis y no en afrontar el cumplimiento de obligaciones innecesarias.

La confluencia de la liberalización y de las alternativas re-reguladoras en el ámbito, específicamente, del sector financiero tiene una motivación o causa última: la conexión entre regulación y competitividad. Una regulación deficiente tiene un efecto indudable sobre la competitividad del país. Este ha sido el principal motor del cambio regulatorio en Europa pero también en Estados Unidos. Como analizaré más adelante, si la Unión Europea quiere ser, como así lo ha proclamado, la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo (como se afirma en la denominada Estrategia de Lisboa), el cambio regulatorio es imprescindible tanto para simplificar la regulación como para adoptar la regulación necesaria que evite que se vuelvan a dar las condiciones que han dado lugar a la presente crisis financiera.

La relación entre regulación y competitividad puede ser tanto positiva como negativa. Es una relación negativa cuando la regulación es entendida en su sentido cuantitativo según la cual todo nuevo problema necesita más regulación como solución, en consecuencia, más problemas, más regulación: más problemas, más cargas regulatorias. Todo problema tiene una solución regulatoria que incrementa las cargas que se hacen recaer sobre los ciudadanos y las empresas. Esta comprensión *cuantitativa* de la regulación, la más sencilla para el Estado, tiene, sin embargo, un enorme coste para los ciudadanos y las empresas. La facilidad y sencillez que encierra para el Estado se basa en trasladar a éstos la carga de cumplir con distintas obligaciones supuestamente establecidas para erradicar el problema.