

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

REGULACIÓN

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I REGULACIÓN

I. LO NUESTRO Y LO MÍO.....	19
II. LA REGULACIÓN COMO FUNCIÓN, PERO NO SOLO NOR- MATIVA	20
III. LA REGULACIÓN COMO LIMITACIÓN: <i>¿STOP REGULA- TION!?</i>	22
IV. UN NUEVO SENTIDO DE LA REGULACIÓN	24
V. EL ORIGEN ECONÓMICO DEL CONCEPTO. REGULACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL.....	25
VI. ESTAR REGULADO O NO ESTARLO	28
VII. REGULACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y NUEVAS TECNOLO- GÍAS.....	30

CAPÍTULO II REGULACIÓN ECONÓMICA

I. ECONOMÍA, EFICIENCIA, DERECHO Y JUSTICIA	33
II. LA REGULACIÓN Y LA CLASIFICACIÓN DE LAS ACTIVI- DADES ADMINISTRATIVAS ECONÓMICAS	38
III. REGULACIÓN Y SISTEMAS ECONÓMICOS	43
IV. DE LA REGULACIÓN <i>KEYNESIANA</i> A LA REGULACIÓN <i>MONETARISTA</i>	45

	<u>Pág.</u>
V. TRES BINOMIOS CONCEPTUALES	48
VI. CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA Y REGULACIÓN	50
VII. LA INTRODUCCIÓN DE LA REGULACIÓN A TRAVÉS DE LA UNIÓN EUROPEA	52
VIII. LA REGULACIÓN ECONÓMICA.....	59
IX. DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO, REGULACIÓN ECONÓMICA Y EQUIDAD.....	63
X. REGULACIÓN, LIBERTAD DE EMPRESA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA	71
XI. LAS TAREAS DE LA REGULACIÓN. NORMACIÓN, SUPERVISIÓN Y CORRECCIÓN	72
XII. LA POSICIÓN REGULATORIA	73
XIII. EL RIESGO REGULATORIO, EL ESTADO DE DERECHO Y LA CULTURA REGULATORIA.....	73
XIV. GASPAR ARIÑO ORTIZ O LA RECEPCIÓN DE LA REGULACIÓN EN ESPAÑA.....	85

CAPÍTULO III

REGULACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS

I. LOS CONCEPTOS DE SERVICIO PÚBLICO. EL ARQUETIPO SERVICIO-PODER	89
II. SERVICIO PÚBLICO, INTERÉS PÚBLICO Y SERVICIO AL INTERÉS GENERAL	91
III. CONCEPTO SOCIOLÓGICO Y CONSTITUCIONAL DE SERVICIO PÚBLICO	93
IV. LOS CONCEPTOS LEGALES DE SERVICIO PÚBLICO	96
V. RESERVAS DE SERVICIOS ESENCIALES Y SERVICIOS PÚBLICOS. TIEMPOS DE OFUSCACIÓN	98
VI. SERVICIOS PÚBLICOS, RESERVAS Y REGULACIÓN	102
VII. EXPLICACIÓN QUE SE PROPONE	109

CAPÍTULO IV

REGULACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

I. REGULACIÓN Y DERECHO. LA REACCIÓN FRENTE AL INSTITUCIONALISMO Y AL LEGALISMO	113
II. REGULACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO	120
III. REGULACIÓN, POLÍTICA Y GOBIERNO	127
IV. MODELOS REGULATORIOS Y CLASES DE REGULACIÓN. SOBRE —E <i>INFRA</i> — REGULACIÓN.....	132

	Pág.
V. PRINCIPIOS EUROPEOS DE BUENA REGULACIÓN. SU INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL.....	135
1. La política europea de promoción de una <i>better and smart regulation</i>	135
2. El derecho a regular y la protección de las inversiones	137
3. Incorporación en España de las <i>better and smart regulation policies</i>	138
4. La Ley de economía sostenible de 2011.....	140
5. El informe de la Comisión para la reforma de las administraciones públicas (2013) y el programa nacional de reformas (2014)	141
6. Leyes de procedimiento administrativo y de régimen jurídico (2015).....	142
7. Los principios de buena regulación.....	143
A) Principios de necesidad, eficacia y eficiencia	143
B) Principio de proporcionalidad	144
C) Principio de seguridad jurídica.....	144
D) Principio de transparencia	147
E) Principio de participación. Entre el giro y la captura	149
8. Evaluación económica de la regulación	151
9. <i>Better regulation</i> en la potestad reglamentaria del Gobierno español.....	152
10. Reflexión conclusiva. Presupuestos culturales de la mejora de la regulación	155
VI. REGULACIÓN Y DOMINIO PÚBLICO	157
VII. REGULACIÓN, INTERVENCIÓN Y PAUTAS	160
VIII. LA REGULACIÓN COMO NUEVA TÉCNICA	164
1. La regulación como punto de encuentro	164
2. La regulación como reacción a las teorías puras del Derecho.	166
3. Regulación y discreción	167
4. La regulación como respuesta a la caída de fronteras científicas	170
5. El marco regulatorio y la lengua y jerga regulatorias	170
IX. REGULACIÓN, SISTEMA Y AUTORREGULACIÓN	173
1. La regulación como ajuste del sistema.....	173
2. Autorregulación (regulación privada)	175
3. Un modelo jurídico cibernético.....	178
X. EL REGULADOR O AUTORIDAD ADMINISTRATIVA REGULADORA	183
XI. REGULACIÓN Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA REVANCHA DE LA DIVERSIDAD	192
XII. LA REGULACIÓN Y LAS REGLAS	198
XIII. LA CIENCIA DE LA REGULACIÓN Y SU METODOLOGÍA..	202

	Pág.
XIV. LA REGULACIÓN SUSTITUTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	206

CAPÍTULO V

REVOLUCIÓN INGLESA, REVOLUCIÓN FRANCESA Y REGULACIÓN

I. EL DESENCUENTRO, TRAS CUARENTA AÑOS DE SIMBIO- SIS ANGLO-CONTINENTAL	211
II. HACIA LA MODERNIDAD. UN MODELO FRANCÉS	214
III. LA CAÍDA DEL MURO DE BERLÍN COMO DESENCADENANTE DEL REVISIONISMO	216
IV. DOS REVOLUCIONES EN COMPARACIÓN, DESDE EL DERECHO PÚBLICO	217
V. RACIONALISMO V. PRAGMATISMO. METAFÍSICA V. NOMINALISMO	223
VI. REVOLUCIÓN, REFORMA, SIMETRÍA Y ASIMETRÍA	230
VII. LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO COROLARIO DE LAS REVOLUCIONES INGLESA	238

EPÍLOGO

LA REGULACIÓN COMO PARTE PRINCIPAL DEL LEGADO BRITÁNICO A LA UNIÓN EUROPEA (1975-2016)

BIBLIOGRAFÍA

I. OBRAS GENERALES DE FILOSOFÍA, SOCIOLOGÍA, ECONOMÍA O HISTORIA	251
II. TRABAJOS JURÍDICOS GENERALES	253
III. DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO	255
1. Entre 1958 y 1978.....	255
2. A partir de la Constitución de 1978	255
IV. SERVICIOS PÚBLICOS	256
V. REGULACIÓN.....	258
1. Sistema anglosajón	258
A) Los iniciadores	258
B) Los sistematizadores.....	260
2. España.....	262

	<u>Pág.</u>
VI. AGENCIAS DE REGULACIÓN.....	263
VII. TRABAJOS DE GASPAR ARIÑO ORTIZ	264

ANEXO

**RELACIÓN DE PRECEPTOS DE LA LEY NÚMERO 40/2015,
DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO
DEL SECTOR PÚBLICO, DONDE LA EXPRESIÓN
«REGULACIÓN» SE USA COMO SINÓNIMO
DE «FIJACIÓN DE LAS REGLAS JURÍDICAS
A QUE HA DE SOMETERSE UNA INSTITUCIÓN»**

INTRODUCCIÓN

Un libro sobre la regulación es tanto como un libro sobre la acción administrativa en la sociedad, pero expresada con una palabra importada de los Estados Unidos y demás países anglosajones. La regulación es casi inabarcable, como lo son las manifestaciones de la intervención de la Administración Pública en la vida social. ¿Por qué referirse a la acción administrativa con un anglicismo (*regulación*)? Este libro trata de dar respuesta a esa pregunta. La incorporación del vocablo regulación en el lenguaje jurídico español, acontecida a lo largo de los últimos treinta años, no debería constituir solo un cambio terminológico. La comunidad española del Derecho público (profesores de Derecho, jueces, abogados, funcionarios...) ha incorporado a su lenguaje la palabra regulación, pero no siempre el concepto que subyace.

Importada del mundo anglosajón, la idea de regulación económica constituye una alternativa a la idea de intervención administrativa, porque descansa en presupuestos filosóficos distintos. Tanto la intervención administrativa de la Europa continental, como la regulación anglosajona conllevan una intromisión de los poderes públicos en la vida económica. La diferencia está en el punto de partida. La regulación presupone la primacía de los mercados, y está dirigida a corregir sus fallos, mientras que la intervención administrativa implica que el Estado dirige los procesos económicos, pero trata de dejar un espacio de libertad a los individuos. En la práctica, ambos sistemas pueden conducir a resultados parecidos, pero están cimentados sobre un *ethos* diferente. Ese *ethos* impregna las decisiones públicas y el comportamiento de los agentes económicos. En el universo de la *regulation*, las empresas tratan de hacerse fuertes y dominar en el mercado, mientras que en el universo de la intervención administrativa, las empresas tratan de hacerse fuertes al abrigo del po-

der. La intervención administrativa en la Europa continental responde a las características del Estado administrativo: la jerarquía, el mando, el racionalismo, la centralización, la uniformidad, el reglamentismo..., mientras que la *regulation* anglo-norteamericana responde a principios distintos: el diálogo, la negociación, el empirismo, el pragmatismo, la descentralización, la diversidad, la flexibilidad...¹.

Si la *regulation* es entendida solo como una alternativa a la intervención administrativa, caracterizada por una primacía del mercado y dirigida a corregir sus fallos, entonces la implantación de una cultura regulatoria en la Europa continental podría concitar el rechazo de la izquierda política y social. Sin embargo, la *regulation* es también ejercitada y defendida por los laboristas británicos y por los demócratas estadounidenses. Es más, la seña de identidad de ambos partidos políticos frente a sus oponentes (*tories* y republicanos) es la necesidad de más regulación. Los gobiernos laboristas de Tony Blair y Gordon Brown realizaron ajustes en las estructuras regulatorias creadas por los conservadores, pero no revirtieron las reformas de ninguna manera². En el mundo anglosajón, la pugna entre una izquierda que pide más regulación y una derecha que clama por una desregulación, es solo de tipo cuantitativo, pues todos ellos convienen en que existe una primacía del individuo y la sociedad. Este es el mejor fruto de sus revoluciones (la estadounidense y la inglesa), que condujeron al asentamiento de la idea de libertad, a diferencia de la Revolución francesa y sus hijuelas, que condujeron a la creación de un Estado dominante³.

Algunos tienden a pensar que los problemas económicos por los que atravesamos tienen su origen en los procesos de liberalización y privatización de los últimos treinta años y el consiguiente edificio regulatorio que se construyó después de aquellos procesos. Los problemas vinieron de la desregulación, no de la regulación. Es fácil meter todo en el mismo saco, pero no debe hacerse. La necesidad de la regulación es ya una herencia común aceptada por todos e independiente de posiciones ideológicas. Si bien se mira, a la izquierda europea le conviene igualmente la incorporación del concepto de regulación, porque una de las banderas del izquierdismo, la defensa de los bienes comunes, implica su desestatalización y su gestión comunal. Todo proceso de potenciación de las comunidades, aun cuando incide en una dimensión colectiva, no individual, exige una correlativa disminución de la posición del Estado a favor de esas comunidades⁴.

¹ Sobre los orígenes del reglamentismo francés, SÁNCHEZ MEJÍA, M. L., *Benjamín Constant y la construcción del liberalismo posrevolucionario*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 128.

² BLAIR, T., *A Journey. My political life*, New York, Alfred A. Knopf, 2010, y MORAN, M., *The British Regulatory State*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

³ Un balance de la Revolución y el Imperio en MAUROIS, A., «Historia de Francia», en *Obras completas*, Barcelona, Plaza & Janés, 1968, pp. 411-416.

⁴ OSTROM, E., *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, y LAVAL, C., y DARDOT, P., *Común: ensayo sobre la Revolución en el siglo XXI*, Barcelona, Gedisa, 2015.

La regulación y las agencias reguladoras independientes están incorporadas al ordenamiento jurídico de la Unión Europea y de sus Estados miembros, por influencia de los sistemas jurídicos angloamericanos, desde 1980 en adelante. La regulación de empresas antes públicas y ahora privatizadas ha sido la más aportación más destacada de los *tories* británicos a la reciente historia europea. La *regulation* fue la alternativa de los conservadores británicos a partir de 1979 a la empresa pública surgida después de la Segunda Guerra Mundial. La regulación fue presentada como el óptimo instrumento para contrarrestar en la opinión pública el temor a que las privatizaciones tuviesen efectos perniciosos sobre el bienestar social. La regulación no fue inventada en aquellas fechas, sino que esta técnica se remonta a los tiempos de la industrialización, a caballo entre los siglos XIX y XX. Surgió entonces la regulación como respuesta gubernamental a los desafíos de los nuevos monopolios industriales, como los ferrocarriles y los teléfonos. Sin embargo, las nacionalizaciones de la posguerra (de 1945 en adelante) habían oscurecido el sentido de la regulación, por la confusión entre el Gobierno (regulador) y la empresa pública (regulada). Cuando a finales del siglo XX dieron comienzo las privatizaciones y las liberalizaciones, la regulación reapareció en uno de sus sentidos tradicionales, como conjunto de límites a la libre actuación de las empresas privatizadas, con fundamento en el interés general. En el Reino Unido se dice normalmente que el fundamento de la regulación es el interés público, no el interés general. Esto se explica porque la expresión «público» tiene en ese país un sentido distinto al que tiene en España. En nuestro país, lo público tiende a asimilarse al interés que representan y defienden las organizaciones públicas, como algo distinto generalmente de los intereses (privados) de los individuos y sus empresas o asociaciones. En el Reino Unido, lo público expresa *el público*, es decir, la gente, los ciudadanos. De ahí que la forma más correcta de traducir al español la expresión *public interest* sea interés general.

La regulación volvió también a la escena pública a finales del siglo XX, con otro significado, distinto al tradicional de limitación y/o control. En un ambiente de liberalización y privatización, la regulación trató de ser el sustitutivo a la intervención pública en la economía, principalmente en forma de empresa pública monopólica. Cuando había empresa pública y monopolio había poco o nada que regular, pues solo había un operador. No se daba el presupuesto de la regulación, entendida como arbitraje público de intereses privados en disputa, para la defensa de la competencia y, por ende, de los consumidores. La regulación renació a finales del siglo XX como orientación, señal, marco de actuación, facilitación, guía y moderación entre agentes económicos privados. Por supuesto, la regulación revivió igualmente en su sentido puro, como regulación económica, como técnica para combatir las posibles ineficiencias de los monopolios naturales. Regresó como *regulación para la competencia*.

Entre otras manifestaciones del retorno de lo regulatorio con nuevo sentido, se encuentra la fundación entonces de prestigiosas revistas científicas, como el *Yale Journal on Regulation* (fundada en 1983), *Regulation* (editada desde 1977), el *Journal of Regulatory Economics* (1989) y *Regulation & Governance* (desde 2007). Estas revistas florecieron en el ámbito anglosajón, como la regulación misma, pero luego se han extendido por todo el mundo, incluso en Francia, como *The Journal of Regulation*, fundado en 2012 por la profesora Marie-Anne Frison-Roche, después de haber descartado un título francés para la Revista (*Revue du Droit de la Régulation*).

A pesar de sus orígenes en el Reino Unido de Margaret Thatcher, la regulación no es hoy algo privativo de los conservadores británicos, ni de los demás partidos políticos con ideologías equiparables. La técnica de la regulación es ya una herencia común en el mundo. La idea de que los gobiernos deben regular los sistemas sociales, en lugar de comportarse como agentes de esos sistemas, está universalmente extendida. El aparato institucional creado al abrigo de la nueva función reguladora estatal ha sido mantenido en el Reino Unido, en España y en el resto de la Unión Europea, por los gobiernos que siguieron a quienes lo pusieron en pie (ya fuesen liberales, conservadores o socialistas). Es más, el Derecho de la Unión Europea exige que exista una regulación pública de los mercados, encomendada a agencias reguladoras independientes.

La crisis económico-financiera (2007-2014) desencadenó cambios en las formas, finalidades y técnicas de la regulación de los sectores económicos. La *Declaración* de Washington de 2008 postuló que se acometiesen urgentemente cambios en la regulación de los mercados financieros. Sin embargo, esos cambios no alteran el paradigma surgido a finales de la década de los años setenta del siglo xx. Aquellas reformas constituyen ya un patrimonio compartido por un amplio espectro ideológico: el Estado es el regulador, más que un operador económico. La regulación pública de los mercados y, en su caso, la *regulación de la autorregulación*. En otras palabras, el Estado debe ser el árbitro visible del juego económico, pero no un jugador. Existe un consenso en que es preciso mejorar las irrenunciables potestades públicas de dirección de la economía, pero el paradigma regulador alumbrado hace ahora treinta años ha dejado ya su impronta. Tal paradigma es el opuesto a la matriz disciplinar dominante durante los tres primeros cuartos del siglo xx, caracterizada por la omnipresencia del sector público empresarial en la vida económica.

En España, el concepto de regulación es patrimonio no solo de quienes promovieron la creación del aparato regulador entre 1996 y 2004, sino también de quienes les precedieron y siguieron en la responsabilidad de gobernar. Fue un gobierno socialista quien puso en marcha las privatizaciones y la liberalización de la economía, marcadamente a

partir de 1985. En su intervención ante el Comité Federal del Partido Socialista el 22 de noviembre de 2008, el entonces Sr. presidente del Gobierno, en su condición de secretario general del partido, después de calificar la cumbre de Washington de 2008 como una cumbre cuasi constituyente, afirmó que hay pendiente un gran debate político en el que los socialdemócratas se pueden batir en buena lid para defender el necesario papel *regulador y redistribuidor del Estado Social*, que forma parte del ácido desoxirribonucleico ideológico del socialismo. Consciente o inconscientemente, la apelación al papel regulador del Estado es muestra de que la impronta dejada por las reformas iniciadas hace treinta años es de naturaleza universal.

Dentro de la Unión Europea, el debate político no acontece entre partidarios y detractores de la regulación. La regulación es patrimonio común de la Unión. Tampoco la pugna ideológica se da entre los partidarios de más regulación y los partidarios de menos regulación o de la desregulación. El conflicto de ideas es relativo a los fundamentos económicos mismos de la Unión Europea, que pueden ser reducidos a la llamada *economía social de mercado* o al *mercado regulado*. Hay quienes impugnan este modelo equilibrado, que tanta prosperidad ha traído. Algunos partidos políticos que propugnan la nacionalización de empresas han alcanzado apoyos significativos en la sociedad, pero esa parte de sus programas no puede ser llevada a cabo dentro de la Unión, ni parece que el apoyo ciudadano derive de tal propuesta. Aun cuando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no prohíbe que haya empresas públicas, los partidos políticos que quieren re-nacionalizar empresas persiguen realmente la creación de nuevos monopolios, estos sí radicalmente contrarios al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La regulación es polisémica. Originariamente fue el conjunto de técnicas creadas para afrontar los peligros de los monopolios nacidos con la industrialización. La regulación se fue paulatinamente extendiendo a todos los ámbitos de la vida económica, cualquiera que fuese la finalidad de interés público que se persiguiera con tal regulación. Cuando en la década de los años setenta del siglo xx tuvieron lugar en los Estados Unidos de América las primeras aportaciones científicas opuestas al keynesianismo dominante, la regulación fue demonizada. Había que suprimir regulaciones, desregular, para facilitar el libre desenvolvimiento de los negocios y las industrias. En el caso estadounidense, la respuesta de los republicanos al agostamiento del modelo implantado a partir de la Gran Depresión, desde 1980, fue más bien la *deregulation*. El presidente estadounidense Reagan ganó las elecciones con un programa político que postulaba la disminución de la regulación gubernamental en la industria. Los conservadores británicos descubrieron la regulación como respuesta a los peligros que podrían originarse para los intereses generales tras las privatizaciones: ¡fuera las empresas públicas monopólicas, pero bien-

venida sea la regulación, particularmente de monopolios naturales! La regulación es así el demonio y el ángel de los liberales, depende de la perspectiva que se adopte. En el flanco de las ideologías colectivistas, la regulación es una técnica adecuada: los problemas sociales se resuelven con más regulación, mucho malestar deriva de que hay sectores no regulados o escasamente regulados, y la regulación es el instrumento gubernamental por excelencia para redistribuir la riqueza.

Si preguntásemos a una persona medianamente cultivada acerca de su idea del Derecho, probablemente respondería que son las reglas dadas por los parlamentos o los gobiernos y a las que debemos ajustar nuestras vidas. Para una mayoría de ciudadanos, el Derecho es la regulación pública de variados aspectos de la convivencia. Los juristas tenemos también esta idea, pues para hacernos entender afirmamos que el Derecho es la regulación de tal o cual materia. Y es igualmente la forma en que el legislador entiende su propio quehacer, porque todas las leyes afirman de sí mismas que contienen la regulación de tal o cual aspecto de la vida social. Si repasamos las leyes aprobadas por la Cortes Generales españolas en 2010 y en 2015, percibimos que todo es regulación: una de las primeras leyes del año 2010 tuvo por objeto *regular* el régimen disciplinario de los miembros de la policía y una de las últimas alberga la *regulación* de los servicios postales; en el año 2015 la primera de las leyes aprobadas *regula* la Biblioteca Nacional y la última *regula* la protección social de los pescadores. Si esto es así, un libro sobre la regulación sería tan ambicioso como un libro sobre el Derecho mismo. Se escogen los años 2010 y 2015 para mostrar cómo la costumbre de afirmar que una determinada ley tiene por objeto regular una materia no responde a una particular ideología. En el año 2010 las Cortes Generales tenían una mayoría de centro-izquierda y en el año 2015 una mayoría de centro-derecha. Se trata de las cuatro siguientes leyes: Ley Orgánica núm. 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía; Ley núm. 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; Ley núm. 1/2015, de 24 de marzo, reguladora de la Biblioteca Nacional de España y la Ley núm. 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero⁵.

Si la expresión regulación fuese solo una forma literal de traducir la palabra inglesa *regulation*, entendida como el conjunto de normas jurídicas que delimitan y controlan la vida ciudadana, entonces la expresión española no sería nada más que un anglicismo. No sería tan sorprendente como otro anglicismo, *aplicación*, utilizado por algunas

⁵ Respectivamente, en *Boletín Oficial del Estado* núm. 124, de 21 de mayo de 2010; *Boletín Oficial del Estado* núm. 318, de 31 de diciembre de 2010; *Boletín Oficial del Estado* núm. 72, de 25 de marzo de 2015, y *Boletín Oficial del Estado* núm. 253, de 22 de octubre de 2015.

personas como sinónimo de solicitud, cuando *aplican* a tal o cual puesto de trabajo o beca. En cuanto anglicismo referido al control de la vida social, la regulación es equivalente a la acción administrativa misma. No se trata de un mero anglicismo, sino que su utilización implica la incorporación de España, con mayor o menor consciencia e intensidad, a un sistema jurídico distinto al construido en nuestro país en los últimos 225 años.

La regulación es una técnica nueva que trata de servir a finalidades parecidas a las pretendidas por el antiguo servicio público, pero liberada de condicionamientos que impedían su óptimo desenvolvimiento, como un desmesurado acento en aspectos organizativos (institucionales), basados en una dialéctica falsa entre lo público y lo privado. La sustitución de la técnica de la regulación económica por los servicios públicos de naturaleza económica ha permitido atraer la iniciativa privada al sector público y ha aumentado la financiación de los servicios públicos sin agravar el déficit del Estado. Se ha tratado de superar el prejuicio de que nadie puede lucrarse con la gestión de un servicio público. Las fórmulas de cooperación entre lo público y lo privado superan el maniqueísmo que opone la bondad de lo público al egoísmo de lo privado. Esas fórmulas reviven la idea de comunidad, donde el todo puede y debe beneficiarse de la actividad de sus partes y diluyen una malentendida división entre el Estado y la sociedad.

Este libro explica en su capítulo I que hay dos sentidos de la regulación. En un sentido amplio, la regulación es equivalente a la intervención administrativa en la vida social. Todo está regulado, porque cualquier actividad humana está sujeta al control de la Administración Pública. En un sentido restringido, la regulación económica está dirigida específicamente a dar respuesta a los problemas de los monopolios naturales. A este sentido restringido se consagra el capítulo II. Dado que la regulación económica de inspiración angloamericana viene a sustituir a los servicios públicos de inspiración francesa, el capítulo III analiza las relaciones entre ambas instituciones. El uso del vocablo regulación para referirse a la intervención administrativa en la vida económica es algo novedoso en España y en otras partes del mundo. Dio comienzo hace unos treinta años, con ocasión de la incorporación de España a la Unión Europea, coincidente con otros acontecimientos relevantes en otros lugares del mundo. Desde entonces se emplea la expresión regulación en el ámbito donde antiguamente se hablaba de Derecho administrativo económico o de Derecho administrativo especial. Esta circunstancia justifica que el capítulo IV examine las relaciones entre el Derecho administrativo y la regulación, sus diferencias y sus semejanzas. No se trata de un mero cambio terminológico, porque la incorporación del vocablo regulación al Derecho español es una manifestación del predominio de efectos de las revoluciones

norteamericana e inglesas sobre la Revolución francesa, después de la caída del Muro de Berlín en 1989. A esta última idea se dedica el contenido del capítulo V.

El 23 de junio de 2016 tuvo lugar el referéndum celebrado en el Reino Unido acerca de la permanencia en la Unión Europea. Pareció que la situación iba a ser corregida, opción luego frustrada con el anuncio de un llamado *Brexit* duro. Algunas de las soluciones fueron apuntadas por *The Economist*⁶. Alguna esperanza se abrió el 4 de noviembre de 2016, tras la Sentencia dictada por la *High Court of Justice (Queen's Bench Division, Divisional court)*⁷. Aun cuando la marcha del Reino Unido es inevitable, esta Sentencia vino a sacar de la perplejidad a quienes observaban cómo en el sistema parlamentario más antiguo del mundo se pretendía dar un paso de gran trascendencia, pero sin tener en cuenta que el Parlamento gozaba de una amplia mayoría a favor de la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea.

⁶ *Maytime*, «The Economist», vol. 420, núm. 8998, del 16 al 22 de julio de 2016.

⁷ *The Queen on the application of (1) Gina Miller & (2) Deir Tozetti Dos Santos (claimants) and the Secretary of State for Exiting the European Union (defendant)*, Sentencia de 3 de noviembre de 2016.

CAPÍTULO I

REGULACIÓN

I. LO NUESTRO Y LO MÍO

El pensamiento complementario nos ilustra sobre la necesaria interacción entre los dos aspectos de la naturaleza humana en su relación con la Administración Pública y el Derecho administrativo¹. El ser humano, como *animal político*, tiene una dimensión vertical que clama por su libertad frente al poder y una dimensión horizontal que busca y procura el apoyo de otros individuos, constituidos en sociedad y/o comunidad. Los ciudadanos están prontos a defender que el poder no debe inmiscuirse en sus vidas, que debemos protegernos frente al intento del poder de imponernos qué hemos de pensar o cómo debemos actuar, que somos libres para emprender las actividades que nos venga en gana, que hay que premiar el esfuerzo de cada uno (sus talentos puestos en marcha), que no está bien la *sopa boba estatal*, etc., etc. Con esa misma prontitud los ciudadanos defienden que las organizaciones públicas deben velar por el bienestar de los más débiles y procurar a los ciudadanos una sanidad y una educación gratuitas y de calidad, que la libertad debe estar sujeta a los condicionamientos derivados de la protección del medio ambiente y de los bienes públicos, que las administraciones deben controlar cómo se usa la libertad, etcétera.

En el equilibrio entre estas dos aproximaciones radica la acción de gobierno y la correcta intelección de las dos caras del Derecho admi-

¹ Entre otros lugares donde se ha referido al pensamiento abierto y complementario, *vid.* RODRÍGUEZ-ARANA, J., *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Pamplona, Aranzadi, 2006.

nistrativo: la protección frente al poder y la defensa de los intereses colectivos. ¿Y a qué aproximación responde la regulación? Generalmente se piensa que la regulación pertenece al campo de la limitación, pero también pertenece al campo de la libertad y de la defensa del individuo frente al poder. Lo ideal sería que ambos vectores se equilibraran armoniosamente en el avance social, pero el progreso acontece cuando se acentúa una perspectiva, cuyos resultados han de ser amortiguados por la otra perspectiva. Las revoluciones sociales tuvieron su máxima expresión en la soviética, que empujó a que los gobiernos donde la revolución no había triunfado, incluyeran como elemento principal de su trabajo la implantación de sistemas de previsión social. Las privatizaciones, liberalizaciones y desregulaciones de finales del siglo XX, disminuyeron el sector público económico, pero dejaron la siembra de la necesidad de la regulación pública de los mercados, en especial de aquellos donde existen monopolios naturales. El radicalismo (como el de HAYEK o el de GRAMSCI) es bueno e inevitable, pues a largo plazo lleva al justo medio².

II. LA REGULACIÓN COMO FUNCIÓN, PERO NO SOLO NORMATIVA

La expresión regulación es profusamente utilizada por una variedad de comunidades científicas o profesionales. A la regulación se refieren juristas, economistas, ingenieros, abogados... Con la expresión *regulation*, tanto la literatura científica, como las normas jurídicas y la jurisprudencia de las naciones pertenecientes al sistema angloamericano, pueden estar refiriéndose a cosas diversas y designar realidades distintas. Los profesionales de la economía y del Derecho, así como los profesores universitarios del Reino Unido y de los Estados Unidos (y de otros países cuyo Derecho está influenciado por ellos) convienen en que la expresión pertenece al campo semántico de la intervención pública en la vida de los ciudadanos. Se trata de una intervención más intensa que la derivada de las limitaciones impuestas por el Derecho público ordinario, como el Derecho penal³. Mientras que el Derecho ordinario señala qué no ha de hacerse, la regulación cumple una función pública de dirección, centralizada por el Estado, que impone obliga-

² BROWN, M. M., y RIDLEY, G., *Privatisation. Current issues*, London, Grahame & Trotman, 1994; JACKSON, M. P., y PRICE, C. M. (eds.), *Privatisation and Regulation. A review of the issues*, London, Longman, 1994; MARTIN, B., *In the public interest? Privatisation and public sector reform*, London, Zed Books Ltd., 1993, y VICKERS, J., y YARROW, G., *Privatization. An economic analysis*, Cambridge (Massachusetts), The MIT Press, 1988. *Vid.*, en España, entre otros muchos, SERNA BILBAO, N. de la, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

³ BALDWIN, R., y MCCRUDDEN, C., *Regulation and Public Law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1987.

ciones de hacer, bajo amenaza de sanción, en aras de la consecución de determinados fines. El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* proporciona estos dos significados del verbo *regular*: *ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines* y *ajustar, reglar o poner en orden algo*. Ambos significados conectan con el concepto de regulación como función pública, la nueva función que se asignó al Estado cuando se generalizaron los procesos de liberalización de la economía y la privatización de empresas públicas a finales del siglo pasado. La regulación es, así, un instrumento del nuevo Estado garante⁴.

Es frecuente que todo estudio regulador vaya precedido de una definición. Entre los sociólogos es habitual definirla como el control sostenido y focalizado que ejercita una agencia pública sobre actividades que son valoradas por una comunidad; entre los filósofos del Derecho, como la actividad intencional tendente a controlar, ordenar o influir en el comportamiento de otros y, entre los juristas, como la forma de corrección de las deficiencias del mercado en la obtención de fines colectivos. Una definición válida para varias disciplinas es la siguiente: el conjunto de mecanismos, reglas, instituciones, decisiones y principios que permiten que ciertos sectores de la economía crezcan y se mantengan equilibrados, de una manera que ellos solos no conseguirían con sus propias fuerzas económicas⁵.

El concepto de regulación es eminentemente interdisciplinar, porque es de naturaleza política, económica, técnica, moral, sociológica y jurídica. La regulación es de condición dinámica y evolutiva, dada la apertura e interacción de los diferentes sistemas a los que pertenecen las actividades reguladas, como el sistema jurídico. Aunque la regulación es una actividad compleja, en alguna de sus manifestaciones más antiguas la regulación es relativamente sencilla, pues no consiste nada más que en mandar y controlar que se ha cumplido lo mandado (*command-and-control regulation*)⁶. En los países anglosajones se hace hincapié en la necesidad de abandonar una regulación centralizada, a favor de una regulación *multifaceted* y *decentralised*, no solo por razón de las divisiones verticales del poder (Unión Europea, Estados miembros, regiones, entes locales...), sino por razón de la interacción

⁴ ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y Realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, pp. 85-86.

⁵ Respectivamente, SELZNICK, P., «Focusing Organizational Research on Regulation», en NOLL, R. (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985, p. 363; BLACK, J., «Critical Reflections on Regulation», en *Australian Journal of Philosophy*, núm. 27 (2002), pp. 1-37 (la cita está en p. 1), y FRISON-ROCHE, A.-M., en www.thejournalofregulation.com.

⁶ En cuanto al Derecho como sistema y a las influencias entre sistemas, *vid.* VILLAR PALASÍ, J. L., «Consideraciones sobre el sistema jurídico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 (1983), pp. 509-572, y SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho como sistema*, Madrid, INAP/Marcial Pons, 2003.