

Estado regulador*

Regulatory state

Laura Baamonde Gómez
 Universidad Carlos III de Madrid
 ORCID ID 0000-0002-4152-4252
lbaamond@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Baamonde Gómez, L. (2019). Estado regulador. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 249-261.
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5030>

Recibido / received: 27/06/2018
 Aceptado / accepted: 21/08/2019

Resumen

El objetivo es reflexionar acerca del concepto de Estado regulador, y cómo el rol del Estado como Estado social ha evolucionado en las últimas décadas a partir de los procesos de liberalización económica. La crisis del modelo del Estado prestacional ha dejado espacio a los agentes privados del mercado en régimen de competencia. El Estado, por su parte, se ha reservado el papel de regulador, garante o supervisor del funcionamiento eficiente de los mercados que requieren de una intervención pública más intensa para la satisfacción de las necesidades colectivas. En este marco, se abordará, asimismo, cómo esta nueva situación ha impactado en la tradicional división de poderes: protagonismo de las autoridades independientes, surgimiento de nuevos poderes normativos y dificultades para el control judicial de las decisiones de las agencias reguladoras. Finalmente, se propondrán algunas líneas de actuación para el futuro.

Palabras clave

Estado regulador, estado social, derecho regulatorio, liberalización, derecho de la competencia, servicio de interés económico general, autoridades independientes, autorregulación.

Abstract

The aim is to reflect about the concept of regulatory state, and how the role of the state as welfare state has developed in the last decades since the first economic liberalization processes. The crisis of the provider state scheme, has let space for the market private agents in a competition regime. The State, for its part, has reserved for itself the authority of regulator, guarantor and supervisor of the efficient functioning of markets that demand more intensive public intervention for the collective needs satisfaction. Within this framework, this article will also address how this new situation has impacted on the traditional division of powers: role of independent authorities, emergence of new regulatory powers and difficulties for judicial review of the decisions of regulatory agencies. Finally, some lines of action for the future will be proposed.

* En el presente artículo se optará por la denominación "Estado regulador" en un sentido amplio, como fenómeno de transformación del rol del Estado en su dimensión de Estado social, y equivalente, a pesar de las matizaciones teóricas que pudieran hacerse, a las nociones de Estado garante o Estado supervisor. Acerca de esta distinción conceptual, véase: Parejo Alfonso, 2016, pp. 105 y ss.) y Esteve Pardo (2013, pp. 163 y ss.).

Keywords

Regulatory state, welfare state, regulation, liberalization, competition law, service of general economic interest, independent authorities, self-regulation.

SUMARIO. 1. Introducción: evolución de las funciones del Estado hasta el advenimiento del Estado social. 2. Consolidación y crisis del modelo prestacional. 3. Nuevo rol del Estado: el Estado regulador. 3.1. Los procesos de liberalización de los monopolios estatales. 3.2. Nuevas atribuciones del Estado: intervención en la economía de mercado a través de la regulación (función de garantía de la prestación). 3.3. Implicaciones institucionales. 3.3.1. Las autoridades independientes: en particular la CNMC. 3.3.2. Fuentes del derecho regulatorio: regulación y autorregulación. 3.3.3. Control judicial: interés general, discrecionalidad y riesgo regulatorio. 4. Conclusiones.

1. Introducción: evolución de las funciones del Estado hasta el advenimiento del Estado Social

La superación del Antiguo Régimen y la instauración del Estado liberal tras las revoluciones burguesas de finales del s. XVIII se caracterizó por la división del Estado y la sociedad, creando espacios libres de injerencias estatales, principalmente, mediante las declaraciones de derechos y libertades fundamentales. Auténticos instrumentos de limitación del poder, y configuradores de esferas de libertad en favor de los individuos (Esteve Pardo, 2013, pp. 38-39).

Un modelo que respondía a las demandas de los grupos sociales que lideraron las revoluciones, pero que con el paso del tiempo devino insuficiente. Los textos constitucionales sólo predicaban la igualdad formal. No protegían a las personas de las profundas desigualdades entre la clase obrera y los sectores más privilegiados ni de las condiciones laborales propias de la industrialización o los desmanes del capitalismo. Ello provocó una lucha de clases y el consiguiente auge del movimiento obrero (organizado en partidos socialistas y comunistas), que tuvo como fruto: la Revolución rusa, la consagración constitucional de la intervención económica del Estado en la Constitución de Weimar de 1919, o las disposiciones al respecto de la Constitución española de 1931.

Con estas nuevas estipulaciones constitucionales, se habilita al Estado a participar de la actividad económica, no sólo a través de legislación tuitiva que proteja a las partes más vulnerables de una relación contractual, sino también mediante la asunción de prestaciones directas de bienes y servicios (López Guerra, 1994, pp. 162-165). Nace así el llamado Estado Social.

2. Consolidación y crisis del modelo prestacional

La auténtica consolidación del Estado social se puede observar en las Constituciones de la II postguerra mundial. En ellas se reconoce la facultad de intervención del Estado en la economía con una finalidad correctora, bien a través de la programación de la actividad económica, bien a través de la intervención en el mercado como agente económico destacado. Se puede hablar, en consecuencia, de un Estado prestacional (Esteve Pardo, 2013, pp. 50-55).

La Constitución española (CE), si bien más tardía, siguió la línea marcada por los textos constitucionales surgidos tras la conflagración. Su Título VII recibe la denominación “Economía y Hacienda”, avanzando con su dicción los dos bloques de contenidos que alberga en su interior: de un lado, las cuestiones relativas a la Hacienda y el control del gasto público (arts. 133 a 136 CE); del otro lado, las disposiciones referentes a la economía y el papel del Estado con respecto a ésta (arts. 128 a 132 CE) (De la Quadra-Salcedo, 2006, pp. 1 y 2).

Este segundo grupo de preceptos es el que merece ahora nuestro especial interés. Se caracterizan por su “novedad” dentro del constitucionalismo histórico español, en la medida en que implica una toma de partido constitucional en relación con el rol y las funciones del Estado respecto de la economía de mercado, es decir, concretiza la apelación de España como Estado social del art. 1.1 CE (De la Quadra-Salcedo, 2006, pp. 2 y 3).

Particularmente, el art. 128 CE, en su párrafo primero, subordina la riqueza del país, sea cual fuere su titularidad, al interés general. Indicando, en su apartado segundo, cuáles serán los instrumentos o las modalidades de intervención del Estado en la economía:

- reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica;
- reserva, mediante ley, al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio;
- intervención de empresas cuando así lo exija el interés general.

El art. 131 CE, por su parte, habilita al Estado para, mediante ley, planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

De esta forma, se otorga al Estado facultades de injerencia en la dinámica del mercado, orientadas a satisfacer las directrices de contenido social ínsitas en los derechos y principios del Título I de la Constitución, teniendo siempre presente el mandato del art. 9.2 CE en relación con la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. Asume así el Estado la titularidad, y, en su caso, la gestión directa o indirecta de una serie de prestaciones, en el marco de la doctrina tradicional del servicio público como exigencia de la caracterización del Estado como Estado social.

Un título habilitante para la participación directa en el mercado, incluso en régimen de monopolio estatal, especialmente importante en sectores estratégicos, caracterizados por sus dificultades para funcionar en competencia debido a, por ejemplo: su estructura en red (irreproducible por sus altos costes económicos y/o medioambientales), la existencia de barreras a la entrada (de tipo legal, estructura de costes hundidos, etc.), las asimetrías de la información propias del sector, o las importantes externalidades negativas, etc.

Un modelo de “economía mixta” hegemónico hasta los años 70, pero que entra en crisis por tres causas: la económica (la denominada “Escuela de Chicago”, que señaló que la falta de competencia impide el ajuste entre costes y precios), la relativa a la innovación tecnológica (el dinamismo del mercado favorece más el avance tecnológico que la planificación estatal) y la de índole política (la gestión económica se hacía orientada a valores ajenos a las referencias del mercado, cubriendo los desfases con cargo a los Presupuestos Generales del Estado) (Esteve

Pardo, 2013, pp. 101 y ss.). De tal manera, en los últimos años hemos asistido a un proceso de reducción del Estado, particularmente en su faceta prestacional, al abandonar la titularidad y la gestión directa en la prestación de los tradicionales servicios públicos en favor de los operados privados del mercado en régimen de competencia.

Un nuevo escenario que exige una relectura de los mandatos constitucionales de intervención económica señalados previamente. Así, a la ya obligada interpretación sistemática con los derechos fundamentales a la propiedad privada (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), así como el debido respeto al margen de configuración de las sucesivas mayorías parlamentarias en el desarrollo de políticas económicas propias, deben añadirse las restricciones impuestas por la pertenencia de España a la Unión Europea (UE).

3. Nuevo rol del Estado: el Estado Regulador

3.1. Los procesos de liberalización de los monopolios estatales

Precisamente, las dinámicas liberalizadoras impulsadas por la Unión a partir de los años 90 para la consecución del mercado interior, dentro del contexto general de la llamada “crisis del Estado del bienestar”, hacen que la lectura de los arts. 128 a 132 de nuestra Constitución deba ser reelaborada de acuerdo al nuevo papel del Estado en la economía: el de Estado garante o Estado regulador. Lo que para algunos autores constituye una auténtica mutación constitucional (De la Quadra-Salcedo, 2005, p. 58).

La teoría de la regulación económica surgió en EEUU tras la guerra de Secesión a mediados del siglo XIX, como solución al conflicto generado por el monopolio de la construcción del ferrocarril y los intereses de los potenciales usuarios a acceder al disfrute del nuevo medio de transporte. Así, la Teoría del *command & control* sobre las empresas, surge como una necesidad concreta de regulación, que se asume por las primeras Comisiones (antecedente de las actuales agencias independientes), que progresivamente van alcanzando mayor reconocimiento institucional. Así, en las sentencias de la Corte Suprema *Munn vs. Illinois*, de 1877, y *Wabash Railway vs. Illinois*, de 1886, se acreditó la competencia constitucional federal de la regulación del comercio más allá de las fronteras de cada estado. Esto derivó en la creación de la Comisión de Comercio Interestatal, considerada la primera agencia reguladora en sentido moderno y el punto de nacimiento del derecho administrativo en EEUU (Muñoz Machado, 2009, pp. 136 y ss.).

Una regulación que paulatinamente se va extendiendo a más sectores económicos que satisfacen las conocidas como *public utilities*. Un modelo, por tanto, que surge de lo particular y que avanza hacia lo general y que se opone, al menos de inicio, a la coyuntura de la Europa continental.

Así, la recepción en Europa de la teoría de la regulación se enmarca en un contexto bien diferente, el de un Estado prestador monopolista con una Administración dotada de potestades y prerrogativas de control sobre los contratos concesionales de los grandes monopolios económicos. Un sistema caracterizado por el uso de la técnica del “servicio público” como garantía de la igualdad en el acceso a los bienes y servicios (Muñoz Machado, 2009, pp. 17 y ss.). Este modelo se empieza a quebrar a partir de las tendencias a la liberalización como remedio

frente a la creación de monopolios. Proceso que se inicia con el Tratado de Maastricht y se intensifica con el de Lisboa y la Directiva Bolkenstein. Una política económica que obliga a las empresas estatales (bien bajo titularidad pública, o bien privada, previa privatización) a competir en condiciones de mercado con otros operadores económicos. Un nuevo escenario para la intervención económica del Estado, ahora centrado en las labores de vigilancia y supervisión del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, sin que la totalidad del servicio merezca ya tal consideración (Parejo Alfonso, 2009).

3.2. Nuevas atribuciones del Estado: intervención en la economía de mercado a través de la regulación (función de garantía de la prestación)

Especialmente relevante es la transformación del rol del Estado, que pasa de ser “prestador” a “regulador”, velando porque la actividad económica se desarrolle en el marco de la libre competencia y porque las empresas que tengan encomendadas obligaciones de servicio público cumplan con la misión asumida (De la Quadra-Salcedo, 2005, p. 78 y 79).

Si bien es cierto que el Estado transforma sus funciones de Estado prestacional hacia una suerte de Estado garante de la dación de bienes y la prestación de servicios, ello no desvirtúa sus obligaciones en cumplimiento del mandato del Estado Social (art. 1.1 CE) y la cláusula de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) (Parejo Alfonso, 2009). En este sentido, el derecho regulatorio tiene por objetivo conciliar las exigencias del funcionamiento eficiente del mercado con las exigencias derivadas de la satisfacción de las necesidades colectivas. Para ello, se dotará de instrumentos heterogéneos: de tipo normativo, sancionador, de resolución de conflictos entre operadores, etc. En pocas palabras, la regulación económica se presenta como una nueva forma de entender la intervención pública en la economía, convirtiéndose así en una nueva función característica del derecho público de la globalización (Malaret, 2018, p. 1503).

La superación de la noción tradicional de “servicio público”, tuvo como consecuencia la definición de nuevos de conceptos jurídicos, adaptados a la nueva realidad económica. De tal manera, las actividades económicas históricamente prestadas en régimen de monopolio o bajo la etiqueta del servicio público en sentido estricto, pero que progresivamente han sido liberalizadas, vienen a configurarse en la actualidad como “servicios de interés económico general” (SIEG) (Carlón Ruiz, 2010, p. 486).

Sin ánimo de realizar un análisis detallado de tal instituto, conviene recordar que su régimen jurídico viene delimitado por lo dispuesto en el actual art. 106.2 TFUE (antiguo art. 86 TCCE). Precepto que señala que determinados servicios, aun cuando estén caracterizados por su connotación económica, sin embargo, al mismo tiempo presenten un interés general, sólo quedarán sujetos a las normas de los Tratados, y en especial a las relativas al Derecho de la Competencia, en la medida en que ello no comprometa la misión que tengan encomendada.

Evidentemente, por connotación económica debemos entender, acudiendo al Derecho de la UE y su idea de <<empresa>>, cualquier actividad económica, consistente en ofrecer bienes y servicios en el mercado, con independencia de la forma que se adopte, de que el prestador tenga carácter público o privado o de si exista o no ánimo de lucro en la operación (SSTJUE Casos *Fédération française des sociétés d'assurances* o Comisión v. Italia).

Consecuentemente, para hablar de un SIEG, debemos estar en presencia de una actividad económica de acuerdo con el análisis funcional que aplica el ordenamiento comunitario, pues sólo en éste caso estaríamos ante actividades susceptibles de estar regidas por el Derecho de la Competencia. Pero además, dichos servicios deben ser considerados por los Estados como de interés general. Ya que sólo esta doble concurrencia permite exonerar a los prestadores de tales actividades de la rigurosa aplicación del Derecho comunitario, en la medida en que pueda comprometerse la misión encomendada.

Una misión de interés general, que según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, debe entenderse como referida a actividades generalmente de índole prestacional, cuya existencia y efectividad deben quedar garantizadas incluso cuando el mercado no esté en condiciones de hacerlo (generalmente por falta de rentabilidad, situaciones de monopolio natural, etc.). Lo que exige que tales actividades deban sujetarse a principios distintos de los meramente empresariales, tales como: universalidad, igualdad entre los beneficiarios, continuidad y asequibilidad de la prestación, etc.¹

El régimen jurídico de estos servicios viene determinado por el art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), no obstante, el ordenamiento comunitario se refiere a ellos en otros preceptos. Así, el art. 14 TFUE interpela a la Unión y a los Estados Miembros para que de acuerdo con sus respectivas competencias velen porque tales servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. Además, el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establece la especial relación de los servicios de interés económico general con los derechos fundamentales, al atribuir a la Unión el reconocimiento y respeto al acceso a este tipo de servicios en aplicación del derecho comunitario. Finalmente, y no por ello menos importante, está la inclusión de un Protocolo 26º al TFUE con ocasión del Tratado de Lisboa. En este se enfatiza la importancia de los SIEG en atención a los valores de la UE, al señalar la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar u organizar este tipo de actividades; la diversidad de los SIEG y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios en función de las situaciones geográficas, sociales y culturales; así como la operatividad en este sector de los principios de calidad, seguridad, accesibilidad económica e igualdad de trato y la promoción del acceso universal de los usuarios.

Además, las especiales características que rodean a determinados sectores en atención a la satisfacción de necesidades colectivas de primer orden exigen, adicionalmente, la formulación de “obligaciones de servicio público”. Es decir, la previsión de un área reservada (dentro del SIEG), no sujeta de igual modo a los rigores de la libre competencia y la apertura a la libre iniciativa empresarial. Obligaciones que serán objeto de una encomienda a un determinado operador que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, requiere de compensación a favor de éste. No obstante, dicha contraprestación no puede ignorar los condicionantes de los Tratados en materia de ayudas de Estado (arts. 107 y ss. TFUE), pues lo contrario conllevaría una distorsión injustificada de la libre competencia. De tal manera, y tomando como base el *leading case* STJUE Caso *Altmark*, de 24 de julio de 2003, las condiciones para que dicha compensación sea compatible con el ordenamiento comunitario serían:

¹ Acerca de la noción de “servicio de interés económico general” y su régimen jurídico véase: Díez-Picazo (2009, pp. 410 y ss.).

- la acreditación de la existencia de una obligación de servicio público;
- la atribución de dicha obligación por parte del Estado de manera que quede claramente definida (fijándose los parámetros de la compensación de antemano y, de no hacerse a través de un mecanismo de asignación competitiva, calculándose la compensación sobre la estructura de costes de una empresa media –test del inversor privado-) y,
- que en ningún caso la compensación deberá superar el importe de los gastos necesarios para cumplir la obligación de servicio público².

Además de los “servicios de interés económico general”, y, en su caso, las “obligaciones de servicio público” que puedan encomendarse, la Comisión Europea en numerosas comunicaciones y la propia jurisprudencia del TJUE, han reconocido la existencia de “servicios no económicos de interés general” (SNEIG). Excluidos de la aplicación del Derecho de la Competencia y articulados sobre criterios de solidaridad y cohesión social (aunque también persigan la mayor eficiencia económica posible). Un grupo en el que se enmarcan los tradicionales servicios de regalía o autoridad y los servicios sociales.

Estamos por tanto ante un panorama de conceptos jurídicos definidos a través de un criterio funcional, de tal manera que será la naturaleza de la actividad económica en particular y el interés general que ésta conlleve, lo que determinará el encaje en uno u otro, y, en consecuencia, su correspondiente régimen jurídico. Ahora bien, como es fácil advertir, se plantea el problema de la frontera entre servicios “económicos” y “no económicos” (Vaquer Caballería, 2005, pp. 5 y ss.) de interés general en el contexto del Estado social, obligado –si bien en su nuevo rol de regulador- a garantizar determinados niveles de prestaciones sociales.

3.3. Implicaciones institucionales

3.3.1 Las autoridades independientes: en particular la CNMC

Como ya se ha dicho, la noción de autoridad independiente de regulación tiene su origen en el modelo regulatorio americano y la proliferación de las comisiones sectoriales con potestades para fijar precios y tarifas.

Al igual que hoy aquí, desde su origen se planteó el debate acerca de su *uneasy constitutional position*, es decir, su complejo encuadre en el marco institucional propio de la división de poderes del constitucionalismo moderno. Pues, estas agencias ostentan poderes de tipo normativo (de desarrollo de las previsiones legales en los sectores objeto de supervisión), de tipo ejecutivo (fijación de tarifas, potestades sancionadoras, etc.) y de tipo cuasi-jurisdiccional (mediante la resolución de controversias entre operadores a partir de criterios técnicos y de eficiencia del mercado difícilmente fiscalizables en sede judicial). Además de caracterizarse por una posición “independiente” que dificulta la justificación de la legitimidad democrática de sus decisiones (Muñoz Machado, 2009, pp. 143 y 144).

El modelo de agencias llegó a Europa como una necesidad derivada de los procesos de liberalización. Para su implantación se esgrimieron argumentos de especialización técnica y de seguimiento de la evolución de los mercados. Concretamente en el caso español, el punto de partida lo supuso la atribución al

² Para conocer con más detalle el régimen jurídico de la compensación por la prestación de “obligaciones de servicio público” en el marco de los SIEG véase: Alguacil Marí (2012, pp. 95 y ss.).

Banco de España del estatuto de autoridad independiente y, posteriormente, le siguieron órganos como: la Agencia Española de Protección de Datos, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, etc. (Muñoz Machado, 2009, pp. 147-148).

En 2013, sin embargo, el escenario de las autoridades de regulación en España varió sustancialmente con la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Un macroorganismo marcado por dos rasgos fundacionales:

- su carácter integrador: aglutina funciones regulatorias y las de competencia;
- su dimensión multisectorial: abarca en su supervisión regulatoria todos los sectores económicos regulados hasta la fecha por una comisión propia (telecomunicaciones, energía, sector postal o transporte ferroviario), o, que estando su existencia prevista, no había sido creada (como es el caso de la industria audiovisual y el sector aeroportuario).

Una innovación institucional inspirada en el modelo holandés, que presenta ventajas como la evitación de duplicidades y de disparidad resolutoria, pero que no ha estado exenta de polémica doctrinal, especialmente porque con ocasión de su creación, el legislador reservó importantes competencias regulatorias en los Ministerios del ramo, en detrimento del nuevo macro-regulador (situación parcialmente corregida muy recientemente por el Real Decreto-Ley 1/2019 tras una investigación y un dictamen motivado de la Comisión Europea³), y porque su carácter multisectorial difícilmente puede conciliarse con el principio de especialización técnica que legitima la implantación de agencias independientes (Carlón Ruiz, 2014, pp. 38 y ss.).

3.3.2. Fuentes del Derecho Regulatorio: regulación y autorregulación

En cuanto a la legislación estatal debe destacarse una creciente –y preocupante– tendencia en el uso de la figura del Decreto-Ley. Lo cual, si bien podría justificarse por la extraordinaria y urgente necesidad de intervenir un mercado para la satisfacción del interés general, presenta problemas de confianza en los inversores en relación con la mutabilidad del marco jurídico de referencia, y la imposibilidad de control jurisdiccional ordinario que esta fuente implica⁴.

Debe destacarse, asimismo, que una de las principales características del derecho regulatorio es precisamente que la tradicional preeminencia del legislador se va a ver desplazada o trastocada por el protagonismo sectorial de las autoridades independientes (De la Quadra-Salcedo, 2005, p. 92). Una suerte de “reserva de Administración” en favor de éstas que permite hablar de una *regulation through adjudication* (regulación a través de la resolución). De manera que en la solución del caso concreto (por ejemplo, ante un conflicto entre competidores por acceder a la red bajo el control del incumbente) surge la norma jurídica.

Así, de la misma forma que la incorporación de España a la hoy Unión Europea supuso una alteración del sistema de fuentes mediante la recepción de reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones, y dictámenes (art. 288 TFUE), además de otros instrumentos como: comunicaciones, libros verdes, códigos de buenas prácticas, etc.; el art. 30 de la Ley 3/2013 de la CNMC establece que,

³ En este sentido, Sala Arquer (2019).

⁴ Informe del Grupo de Trabajo FIDE, *Derecho Regulatorio, Conclusiones y propuestas*, presentado en la Fundación FIDE (Madrid), el 27 de marzo de 2019, p. 8.

previa habilitación, el órgano podrá dictar normativa de desarrollo y ejecución en los sectores objeto de su supervisión. Concretamente, podrá pronunciarse a través de:

- circulares (con carácter vinculante una vez publicadas en el BOE),
- circulares informativas (para requerimientos de información periódica) y
- comunicaciones (que aclaren sus principios o criterios de actuación, *guidelines*).

Además de estas nuevas fuentes normativas, el derecho regulatorio se vincula estrechamente con el fenómeno de la autorregulación, que a pesar de no ser algo nuevo, adquiere, a partir de los procesos de liberalización, una renovada dimensión (Esteve Pardo, 2013, pp. 116 y ss.). De tal manera, los mercados emergentes están demostrando su preferencia por las normas que surgen del propio mercado, haciendo descansar la tarea normativa en organizaciones de base privada de alcance diverso (aunque preferiblemente de amplio espectro territorial) y sustituyendo las tradicionales intervenciones administrativas de homologación, verificación, control o autorización, por las más recientes de certificación, auditoría, valoración o informe por parte de entidades privadas en el marco de las reglamentaciones consensuadas entre los operadores.

El Estado está procediendo a un repliegue en la iniciativa de la regulación en favor de las normas “auto-impuestas” por los agentes económicos y, en el mejor de los casos, las está recepcionando como propias, dotándolas así de fuerza vinculante.

Los factores que han conducido a la proliferación de la autorregulación en los últimos años son de índole diversa. Estos van desde el creciente poder de las grandes corporaciones transnacionales, a la necesidad de evitar las disparidades normativas entre Estados para favorecer: la libre circulación de bienes y el libre establecimiento en la prestación de servicios, el especial interés de las empresas por cumplir con los estándares de su mercado relevante para no ser “expulsados”, la complejidad técnica de determinadas actividades económicas, la mayor preocupación por la gestión de los riesgos derivados de la actividad, etc. (Muñoz Machado, 2009, pp. 119-128).

3.3.3. Control judicial: interés general, discrecionalidad y riesgo regulatorio

La regulación general de la economía, es decir, respecto de los sectores en los que, por su particular estructura, la dinámica propia del mercado no encuentra más limitaciones que las reglas generales de la competencia, consiste en una actividad administrativa fundamentalmente ejecutiva, sometida al principio de legalidad, y con escasos márgenes para la discrecionalidad. Por el contrario, la regulación intensiva propia de los sectores económicos que requieren una especial injerencia en el funcionamiento del mercado (por ejemplo por su estructura en red), toma como referencia parámetros económicos y técnicos, abriendo así el margen de discrecionalidad de las agencias de regulación (Esteve Pardo, 2009, pp. 402-404).

Estamos ante un cambio de paradigma respecto de la definición del “interés general”, entendido éste como un proceso de ponderación (y justificación) de intereses contrapuestos en la adopción de las políticas públicas. El Estado, frente a su tradicional rol, renuncia ahora a esa actividad de organización que venía desarrollando, otorgando la satisfacción de los servicios públicos a los agentes del mercado, bajo la lógica económica de éste (repliegue del Estado). No obstante, en paralelo, asume una nueva atribución, la de garantizar que el mercado va a alcanzar el fin de la provisión de los servicios (garantía de la eficacia del mercado a través de

la regulación). Se dan así dos fenómenos concurrentes de signo contrario: desregulación y re-regulación. El papel de supervisión queda, además, ya no en manos de la tradicional estructura administrativa, sino en las de las autoridades independientes (Parejo Alfonso, 2016, pp. 109 y 110).

En este contexto de indefinición apriorística del interés general aparece con fuerza la noción de discrecionalidad. Este es un concepto jurídico indeterminado normalmente asociado a la aplicación de normas de textura abierta que descarga, ya no en el legislador, sino en la Administración, la concreción del interés general. El objetivo de todo ello es que el mercado se oriente en su asignación de recursos a la consecución de ese interés general. Una preferencia por el criterio del regulador reconocida explícitamente por la STS de 10 de julio 2007 en relación con el servicio universal de telecomunicaciones.

Nos encontramos ante un nuevo esquema de realización del Estado social, dominado por criterios técnicos y/o económicos y, por tanto, más difícil de controlar en sede judicial (De la Quadra-Salcedo, 2005, pp. 91-94)⁵. Pues si bien jueces y tribunales conservan la potestad de fiscalizar los actos administrativos emanados de las autoridades independientes, el amplio margen de decisión que éstas atesoran hace que el control se limite a revisar: si la decisión ha sido tomada por la autoridad competente a través del procedimiento legalmente establecido; que la argumentación sea racional a partir de los criterios previstos en la norma de referencia, y que las medidas dispuestas sean proporcionales. En definitiva, no puede sustituir la discreción del órgano técnico y su función se circunscribe a anular aquellas decisiones que bajo la apariencia de la discrecionalidad encerrarían, sin embargo, un ejercicio arbitrario del poder (Del Guayo Castiella, 2018, p. 1513).

Precisamente, la incertidumbre propia de la discrecionalidad favorece los cambios regulatorios. Una variabilidad del marco jurídico de referencia que afecta al principio de seguridad jurídica y que, desde el punto de vista económico, desincentiva la inversión e incentiva la desinversión. Una probabilidad de cambio que desemboca, para quien participa del sector, en la asunción del llamado “riesgo regulatorio”, reconocido por el Dictamen del Consejo de Estado 1059/2011, de 22 de junio, y que consiste en la posibilidad de variación en la normativa sectorial, incluso en perjuicio de las inversiones ya realizadas. Un cambio, que, de producirse en un sentido en cierto modo previsible, deberá ser soportado por los interesados sin derecho a indemnización por parte del Estado.

4. Conclusiones

El nuevo Estado Regulador ha supuesto un desafío a la tradicional división de poderes. De lo visto previamente, cabe destacar como el derecho regulatorio ha supuesto un desplazamiento del legislador en favor de las autoridades independientes en el plano normativo y, al mismo tiempo, un desplazamiento del Poder Judicial en favor de las autoridades independientes en el plano de la resolución de conflictos. De esta forma, el control de aquél queda reducido a ser última palabra y siempre bajo el principio de *self-restraint*, dadas las dificultades inherentes al control de la discrecionalidad.

⁵ Acerca de las dificultades del control judicial de la discrecionalidad administrativa en el contexto del Estado regulador, merece la pena la lectura del trabajo interdisciplinar (jurídico-económico) de Carbajales (2019, pp. 69-89).

Un escenario protagonizado por las dinámicas del mercado y orientado a impulsarlo, donde fenómenos como la autorregulación o la preferencia de los inversores por el arbitraje internacional toman carta de naturaleza, caminando hacia una suerte de privatización de la justicia y el poder normativo (Esteve Pardo, 2013, pp.110 y ss.).

Una preponderancia de los agentes económicos, especialmente los más relevantes del mercado, que genera uno de los principales riesgos del derecho regulatorio y la delegación de tareas en autoridades independientes como es el de “captura del regulador”. Es decir, el temor –más o menos fundado- de que estas agencias adoptarán sus decisiones influidas por los intereses de las principales empresas del sector concernido.

Un fenómeno diferente, pero no demasiado lejano del de las “puertas giratorias”, consistente en que los empleados públicos al servicio del regulador o del Gobierno puedan tener interés en derivar su carrera profesional al sector privado, concretamente, mediante el ingreso en puestos directivos en las empresas reguladas (o de manera inversa, desde el sector privado hacia el sector público) (Del Guayo Castiella, 2018, p. 1515).

En este orden de consideraciones, no se escapa lo incierto de sustituir las decisiones parlamentarias (con su legitimidad democrática directa) y las tradicionales estructuras administrativas de carácter burocrático (caracterizadas por la sujeción al principio de legalidad y el estatuto funcional de sus servidores) por el nuevo modelo “tecnocrático” de agencias y autoridades independientes.

Como propuestas para el futuro, podrían señalarse: la necesidad de un mayor control político de la regulación frente a la tendencia al repliegue en favor de los agentes del mercado, la elaboración de planes plurianuales o estratégicos que mitiguen el riesgo regulatorio y fomenten la inversión, una apuesta por dar más transparencia y fomentar la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones, o la definición de un detallado estatuto jurídico de los miembros de los organismos reguladores que destaque su competencia técnica como garantía de su independencia⁶.

Bibliografía

- Alguacil Marí, M. P. (2012). Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, pp. 81-103. Recuperado de http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/CIRIEC_7504_Alguacil.pdf
- Carbajales, M. (2019). El Estado Regulador. Implicancias para el control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Dikaion*, 28(1), pp. 69-89.
- Carlón Ruiz, M. (2014). Claves de la creación de la CNMC: una opción integradora y multisectorial de regulación ex ante y ex post de los mercados. Su papel sobrevenido como garante de la unidad de mercado. En M. Carlón Ruiz (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y al Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de*

⁶ En este sentido, véase las propuestas formuladas en el Informe del Grupo de Trabajo FIDE Derecho Regulatorio (*op. cit.*, pp. 3 y 4) y en De la Quadra-Salcedo (2014, pp. 129 y ss).

- aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia* (pp. 37-80). Navarra, España: Civitas-Thomson-Reuters.
- Carlón Ruiz, M. (2009). Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 425-462). Madrid, España: Iustel.
- De La Quadra-Salcedo, T. (2014). Perfiles europeos y conceptuales de las autoridades reguladoras y de su estatuto. La cuestión de su independencia. En M. Carlón Ruiz (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y al Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia* (pp. 81-141.). Navarra, España: Civitas-Thomson-Reuters
- De La Quadra-Salcedo, T. (2006). La Constitución Económica de España. En *Comentarios a la Constitución Española. Tomo X- Artículos 128 a 142 de la Constitución Española de 1978* (pp. 17-46). España: Vlex. Recuperado de: <https://app.vlex.com/#ES/vid/338966>
- De La Quadra-Salcedo, T. (2005). Estado y mercado en un mundo global. *Cuadernos de Derecho Público*, 25, pp. 55-105.
- Del Guayo Castiella, I. (2018). La regulación y sus tareas. En M. Vaquer Caballería, A.M. Moreno Molina y A. Descalzo González (coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Vol II (Capítulo II Estado social y Administración pública)* (pp. 1505-1526). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Díez-Picazo, L. M^a. (2009). Los servicios de interés económico en el ordenamiento comunitario. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 409-424). Madrid, España: Iustel.
- Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2009). El encuadre de la regulación de la económica en la sistemática del Derecho Público. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 387-405). Madrid, España: Iustel.
- Grupo de trabajo FIDE (2019). *Derecho Regulatorio Conclusiones y propuestas*. Presentado en la Fundación FIDE el 27 de marzo de 2019. Madrid, España.
- López Guerra, L. (1994). *Introducción al Derecho Constitucional*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Malaret, E. (2018). Un apunte sobre la pertinencia de caracterizar jurídicamente la tarea de regulación económica; su significación en la tipología de actividades de la Administración. En M. Vaquer Caballería, A.M. Moreno Molina y A. Descalzo González (coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Vol II (Capítulo II Estado social y Administración pública)* (pp. 1493-1503). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (2009). Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 15-243). Madrid, España: Iustel.
- Parejo Alfonso, L. (2016). *La vigilancia y la supervisión administrativas, Un ensayo de su construcción como relación jurídica*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Parejo Alfonso, L. (2009). Regulación, Administración y Supervisión de la Energía en España. La posición organizativa y las relaciones con el Gobierno y la Administración de la Comisión Nacional de la Energía en cuanto organismo regulador del sector energético. *Revista Tachirensis de Derecho*, 20, pp. 4-43.

Sala Arquer, J. M. (DLA Piper) (6 mayo, 2019). *Nueva etapa para los reguladores en España, Expansión (Opinión)*. Recuperado de <http://www.expansion.com/juridico/opinion/2019/05/06/5cd06827ca4741dc2d8b45a1.html>

Vaquer Caballería, M. (2005). Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general. *Revista General de Derecho Administrativo*, 8, pp. 1-20.