

JOSÉ ESTEVE PARDO

PRINCIPIOS DE DERECHO REGULATORIO

SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL Y REGULACIÓN DE RIESGOS

Tercera edición

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	19
NOTA INTRODUCTORIA	21

PRIMERA PARTE

FORMACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO REGULATORIO

CAPÍTULO I. LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DERECHO REGULATORIO	25
I. LOS DOS FRENTES PRINCIPALES DE LA REGULA- CIÓN: REGULACIÓN DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL Y REGULACIÓN DE RIESGOS	25
II. CONCEPCIÓN SUBJETIVA Y CONCEPCIÓN OBJETIVA —LA PROPIA— DEL DERECHO REGULATORIO	28
III. DE LA ORDENACIÓN VERTICAL A LA REGULACIÓN HORIZONTAL DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE IN- TERÉS GENERAL Y REGULACIÓN DE RIESGOS	32
IV. SOBRE LA FALTA DE AUTONOMÍA DEL DERECHO REGULATORIO QUE ES PARTE DEL DERECHO AD- MINISTRATIVO. LA REGULACIÓN COMO NUEVA FORMA DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	33
V. EL DERECHO REGULATORIO COMO EXPRESIÓN E INSTRUMENTO DEL MODELO DE ESTADO GARANTE	35

	Pág.
VI. LA ACTIVIDAD DE REGULACIÓN. RASGOS CARACTERÍSTICOS.....	37
Bibliografía	37
CAPÍTULO II. LA FORMACIÓN DEL DERECHO REGULATORIO (I). LA REGULACIÓN DE RIESGOS.....	39
I. PLANTEAMIENTO	39
II. LA NOCIÓN DE RIESGO COMO OBJETO DE REGULACIÓN Y MATERIA DEL DERECHO REGULATORIO	40
III. LAS FASES DE LA REGULACIÓN DE RIESGOS. DECISIÓN, GESTIÓN, RESPONSABILIDAD.....	42
IV. LOS PELIGROS O RIESGOS NATURALES. GESTIÓN Y RESPONSABILIDAD. EL CASO DEL COVID-19	43
V. LA COMPLEJIDAD E INCERTIDUMBRE. EL CONOCIMIENTO MUTABLE	44
VI. DE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA A LA REGULACIÓN DE RIESGOS.....	45
VII. LA GENERALIZACIÓN DE LA REGULACIÓN DE RIESGOS LIGADA A UN FENÓMENO UNIVERSAL COMO ES LA EXPANSIÓN DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO. SU DIFERENCIA RESPECTO A LA REGULACIÓN DE SECTORES ECONÓMICOS.....	48
Bibliografía	49
CAPÍTULO III. LA FORMACIÓN DEL DERECHO REGULATORIO (II). LA REGULACIÓN DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL.....	51
I. LA REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE <i>PUBLIC UTILITIES</i> . PRESUPUESTOS DE PARTIDA EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	51
1. Europa. La tradicional titularidad pública sobre los servicios públicos como plataforma para la atención de los intereses generales	52

	Pág.
2. La construcción por la jurisprudencia de la <i>Supreme Court</i> del primer modelo de regulación de las <i>public utilities</i>	54
II. LA REGULACIÓN VERTICAL. LA REGULACIÓN EN MONOPOLIO EN ESTADOS UNIDOS Y SU SEMEJANZA OPERATIVA CON EL MODELO DE TITULARIDAD PÚBLICA EUROPEO	56
III. LA CRÍTICA Y CRISIS DEL MODELO DE REGULACIÓN VERTICAL EN MONOPOLIO	58
1. La crítica desde los nuevos grupos sociales, usuarios y consumidores. La captura del regulador.....	59
2. Las transformaciones tecnológicas y su impacto	59
3. La segmentación de los sectores en fases de actividad (<i>unbundling</i>) y la limitación del monopolio	60
4. La crítica economicista	61
5. La primera experiencia alternativa. La liberalización del transporte aéreo y sus enseñanzas.....	62
IV. LA REGULACIÓN HORIZONTAL. EL MODELO VIGENTE DE REGULACIÓN EN COMPETENCIA	63
1. La transición al nuevo modelo en Estados Unidos.....	63
2. La articulación y operatividad del eje horizontal de la regulación.....	64
3. La recepción del modelo en Europa en sintonía con la opción de la Unión Europea por el mercado y la competencia.....	65
V. LA COMPLEJA E INELUDIBLE DISTINCIÓN DEL MODELO DE REGULACIÓN EN COMPETENCIA CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN.....	66
Bibliografía	69
 CAPÍTULO IV. LAS FUENTES DEL DERECHO REGULATORIO Y SUS SINGULARIDADES.....	 71
I. LAS PRINCIPALES SINGULARIDADES DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO REGULATORIO	71
II. LAS NORMAS GENERALES QUE CONFORMAN EL MARCO DEL DERECHO REGULATORIO	73

	Pág.
III. LAS CIRCULARES E INSTRUCCIONES DICTADAS POR LOS PODERES REGULADORES	74
IV. LA AUTORREGULACIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO REGULATORIO	76
1. La autorregulación primaria con fundamento en el acuerdo de los sujetos privados que la generan y asumen	77
2. La autorregulación con reconocimiento y efectos públicos. La autorregulación regulada	78
3. La remisión desde el ordenamiento jurídico a la autorregulación. Remisión estática y remisión dinámica	79
V. LA TENDENCIA GLOBALIZADORA DE LA REGULACIÓN Y SU RESPUESTA NORMATIVA SUPRANACIONAL	82
Bibliografía	83
CAPÍTULO V. LOS SUJETOS DEL DERECHO REGULATORIO	85
I. LOS DESTINATARIOS PRINCIPALES DE LA REGULACIÓN: LOS OPERADORES	85
II. LA EXPOSICIÓN DE LOS OPERADORES A LAS POSTESTADES REGULATORIAS. SUS EXPLICACIONES Y FUNDAMENTO	86
1. La doctrina de los poderes implícitos	87
2. La doctrina de las relaciones especiales de sujeción	87
3. La conexión y sujeción a un régimen especial derivado de la autorización de entrada en el sector regulado	88
III. EL ESTATUTO DE LOS OPERADORES	91
1. Derechos y obligaciones. Criterios de atribución	91
2. La posible desigualdad no discriminatoria	91
IV. LOS REGULADORES. LA FORMACIÓN DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN LA TRADICIÓN NORTEAMERICANA	93
1. La admisión y construcción por la <i>Supreme Court</i> de la regulación de actividades económicas revestidas de interés público	93

	Pág.
2. Las primeras agencias para la regulación de <i>public utilities</i>	95
3. La creación en el siglo XX de agencias para la regulación de riesgos	96
4. El debate sobre el encaje constitucional de las agencias y sus poderes	97
V. LA APARICIÓN Y LAS FASES DE EVOLUCIÓN DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN EUROPA	99
VI. LA ORDENACIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES Y LOS ORGANISMOS REGULADORES POR LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL SECTOR PÚBLICO (LSP)	105
VII. INDEPENDENCIA Y NEUTRALIDAD	107
VIII. LOS ORGANISMOS PÚBLICOS REGULADORES EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL SECTOR PÚBLICO	111
IX. OTRAS AUTORIDADES O ADMINISTRACIONES REGULADORAS	113
1. Las autoridades independientes en otros ámbitos administrativos territoriales	113
2. Autoridades administrativas independientes con proyección interadministrativa	114
3. El debate sobre las agencias reguladoras sobre servicios locales	115
X. ¿EJERCICIO DE ACTIVIDADES DE REGULACIÓN POR SUJETOS PRIVADOS?	116
1. Sujetos privados con un estatuto materialmente público. Sociedades gestoras de infraestructuras estratégicas	116
2. Habilitación a particulares para el ejercicio de ciertas funciones públicas de regulación	117
XI. LA DESATENDIDA POSICIÓN DE LOS USUARIOS. EL TRÁNSITO DE UNA POSICIÓN DE CARÁCTER ESTATUTARIO A OTRA DE CARÁCTER CONTRACTUAL	119
Bibliografía	121

SEGUNDA PARTE

LA REGULACIÓN DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

CAPÍTULO VI. LAS TÉCNICAS PLURIFUNCIONALES PARA LA GARANTÍA DE LOS INTERESES GENERALES Y LA EFECTIVA COMPETENCIA ENTRE OPERADORES	125
I. PLANTEAMIENTO. LA DOBLE ORIENTACIÓN GA- RANTE DE LA REGULACIÓN DE SERVICIOS ECONÓ- MICOS DE INTERÉS GENERAL.....	125
II. LAS TÉCNICAS PARA LA REGULACIÓN DEL INICIO DE ACTIVIDADES POR LOS OPERADORES Y DE EN- TRADA EN MERCADOS REGULADOS. LA APARENTE TENDENCIA LIBERALIZADORA	126
III. EXISTENCIA DE REQUISITOS SUJETOS A COMPRO- BACIÓN REGULATORIA	129
1. Las exigencias sobre la propia organización y estructura empresarial de los operadores.....	129
2. Los requerimientos tecnológicos	130
3. La funcionalidad del régimen de comunicación y otras fórmulas similares	130
4. La formulación de un sistema en torno a las fórmulas reflexivas (comunicación, autocertificación, etc.)	131
5. Asignación y transmisión de títulos habilitantes	134
IV. OTRAS INTERVENCIONES REGULADORAS LIGA- DAS A LA ENTRADA —Y SALIDA— DE SECTORES REGULADOS	135
V. INSPECCIÓN Y OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN.....	136
Bibliografía	137
 CAPÍTULO VII. LAS TÉCNICAS DE GARANTÍA DE LOS INTERESES GENERALES EN LA REGULACIÓN ECONÓ- MICA	 139
I. LAS TÉCNICAS REGULATORIAS DE ATENCIÓN DE LOS INTERESES GENERALES COMO ALTERNATIVA	

	Pág.
Y CORRECTIVO ANTE LA PÉRDIDA DE POSICIONES DE TITULARIDAD PÚBLICA SOBRE SERVICIOS Y SECTORES ECONÓMICOS	139
II. LA ATENCIÓN A LOS INTERESES GENERALES CON LAS TÉCNICAS TRADICIONALES DEL SERVICIO PÚBLICO Y DESDE POSICIONES DE TITULARIDAD.....	141
1. Las reservas parciales	141
2. La garantía del suministro en el sector energético	142
3. La atención a los intereses generales desde infraestructuras de titularidad pública	142
III. LA GARANTÍA DE SERVICIO UNIVERSAL EN SECTORES LIBERALIZADOS.....	143
1. Las asignaciones de las obligaciones de servicio público al operador dominante	144
2. La constitución de un fondo común para cubrir los costes de las obligaciones de servicio público	146
3. La creación de un operador especializado en las obligaciones de servicio público	146
4. Las obligaciones de servicio público en el sector del transporte.....	146
5. El bono social como obligación de servicio público en el sector energético.....	148
Bibliografía	149
 CAPÍTULO VIII. LAS TÉCNICAS DE GARANTÍA DE LA COMPETENCIA EFECTIVA ENTRE OPERADORES. EL ACCESO A REDES Y UTILIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS	 151
I. DELIMITACIÓN DE LAS DIFERENTES REALIDADES. REDES E INFRAESTRUCTURAS.....	151
II. EL USO DE INFRAESTRUCTURAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	153
1. La regulación del uso de infraestructuras, normalmente de dominio público, con fines regulatorios	153

	Pág.
2. La renovada consideración del dominio público como título refugio para fundar la intervención pública en servicios liberalizados.....	155
III. LA REGULACIÓN DE ACCESO A REDES.....	156
1. La contradictoria tensión entre monopolio natural y competencia. El derecho de acceso como instrumento para superarla.....	156
2. El entorno subjetivo del acceso. El gestor de la red y sus funciones.....	157
3. Características y naturaleza jurídica del derecho de acceso a redes	158
IV. ACCESO E INTERCONEXIÓN A REDES.....	159
1. Presupuestos y funcionalidad de la interconexión.....	159
2. La fijación de las condiciones y precios de interconexión a redes	160
V. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y GARANTÍAS EN EL ACCESO E INTERCONEXIÓN A REDES	161
1. La vía de recurso ante la autoridad reguladora.....	161
2. La vía arbitral.....	162
Bibliografía	163

TERCERA PARTE

LA REGULACIÓN DE RIESGOS

CAPÍTULO IX. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN DE RIESGOS Y SUS FASES: DECISIÓN, GESTIÓN, RESPONSABILIDAD	167
I. DECISIÓN, GESTIÓN, RESPONSABILIDAD EN LA REGULACIÓN DE RIESGOS. SU SINGULARIDAD Y SU ESTRECHA INTERRELACIÓN	167
1. Sus naturales singularidades	167
2. Su estrecha interrelación	168
3. La reciente regulación europea de la inteligencia artificial como ejemplo de regulación de riesgos	169

	Pág.
4. La regulación de riesgos en la legislación sobre el cambio climático. La atención especial a la distribución de riesgos .	170
II. LA CUESTIÓN DE LOS PELIGROS O RIESGOS NATURALES. NO HAY DECISIÓN, PERO SÍ GESTIÓN DE LOS MISMOS... Y RESPONSABILIDAD POR ELLA.....	170
III. LA RELEVANCIA CENTRAL Y DECISIVA DEL COMPONENTE EPISTEMOLÓGICO, DEL CONOCIMIENTO, EN LA REGULACIÓN DE RIESGOS.....	172
IV. LA INSERCIÓN DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EN LA REGULACIÓN DE RIESGOS.....	175
Bibliografía:	177

CAPÍTULO X. LA DECISIÓN SOBRE EL RIESGO PERMITIDO Y LA GESTIÓN DE RIESGOS.....

I. LA DECISIÓN SOBRE ACEPTACIÓN DE RIESGOS. EL RIESGO PERMITIDO.....	179
II. ASPECTOS FORMALES, INSTITUCIONALES Y PROCEDIMENTALES DE LA DECISIÓN SOBRE EL RIESGO PERMITIDO.....	180
1. Decisiones de carácter general por vía legislativa	180
2. Las decisiones singulares y localizadas. La autorización como fórmula de decisión sobre el riesgo permitido.....	182
III. ASPECTOS MATERIALES DE LA DECISIÓN	183
1. La decisión del riesgo permitido como opción entre riesgos	184
2. La tensión entre valoración científica del riesgo y su percepción social.....	185
3. Decisión y distribución de riesgos	186
IV. LA GESTIÓN DEL RIESGO	188
1. Su orientación al incremento del conocimiento del riesgo	188
2. El conocimiento sobre los medios y técnicas de reducción de riesgos	190
3. La cláusula técnica en las autorizaciones de instalaciones que obliga a la incorporación de las mejores técnicas disponibles para la reducción de riesgos. Condiciones y alcance	191

	Pág.
3.1. La disponibilidad y accesibilidad de las tecnologías	192
3.2. La ponderación entre beneficios y costes.....	192
3.3. Los programas y técnicas de cooperación para incorporar las tecnologías más costosas.....	193
3.4. El problema de la influencia y dominio de los grandes operadores sobre la investigación tecnológica.	193
V. LA GESTIÓN DE LOS PELIGROS Y RIESGOS NATURALES.....	194
Bibliografía	195
 CAPÍTULO XI. DECISIÓN Y GESTIÓN EN LA INCERTIDUMBRE. LA RESPONSABILIDAD POR LA REGULACIÓN DE RIESGOS.....	 197
I. LA DECISIÓN Y GESTIÓN EN LA INCERTIDUMBRE. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.....	197
1. Origen y funcionalidad	198
2. La incertidumbre acreditada como presupuesto ineludible para la aplicación del principio de precaución	200
3. Las medidas. El principio de proporcionalidad como criterio modulador.....	201
4. La vocación provisoria y revisable de las medidas de excepción adoptadas según el principio de precaución	202
II. LA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD COMO INSTRUMENTO REGULATORIO EN LA REGULACIÓN DE RIESGOS.....	203
1. La responsabilidad como criterio de distribución de riesgos	204
2. Medidas de regulación de riesgos en torno a la responsabilidad	205
III. LA COMPLEJA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DECISIONES Y ACTUACIONES EN ENTORNOS DE RECONOCIDA INCERTIDUMBRE.....	207
1. Planteamiento.....	207
2. La necesidad de ajuste en las soluciones normativas	207
Bibliografía	208

CUARTA PARTE

GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO REGULATORIO

CAPÍTULO XII. EL CONTROL JUDICIAL. ÁMBITO Y TÉCNICAS	213
I. PLANTEAMIENTO	213
1. Los niveles de controversia atendiendo a los sujetos en liza .	213
2. La cuestión central. El control judicial de las decisiones de las agencias y autoridades en la actividad de regulación ...	215
II. POSTULADOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES	215
1. La naturaleza administrativa de las resoluciones y su justiciabilidad	215
2. La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa	216
III. ÁMBITO Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL.....	217
1. Los problemas y limitaciones del control judicial. La baja densidad de las determinaciones legales y la relevancia de las referencias económicas y científicas desde el conocimiento experto	217
2. La aplicación de las técnicas de reducción de la discrecionalidad. Su operatividad y modulaciones en el Derecho regulatorio	219
2.1. Las normas de procedimiento.....	220
2.2. La concurrencia (acreditación por el regulador) de los presupuestos de hecho para la adopción de medidas.....	220
2.3. Los principios generales del Derecho. En especial, el principio de proporcionalidad	221
2.4. La indagación sobre la voluntad del legislador. La doctrina <i>Chevron</i> , su hegemonía durante cuarenta años y su revocación por el caso <i>Loper Bright</i> (2024). Remisión	222
IV. DEFERENCIA JUDICIAL Y JUICIO DE RAZONABILIDAD	223
Bibliografía	225

	Pág.
CAPITULO XIII. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA ACTUACIÓN DE LAS AGENCIAS REGULADORAS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. DE <i>CHEVRON</i> A <i>LOPER BRIGHT</i>.....	227
I. ¿QUÉ PASÓ EN CHEVRON?	227
II. LA INDAGACIÓN EN DOS FASES (<i>TWO-STEP APPROACH</i>) SOBRE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR	231
III. IMPACTO Y EFECTOS DE UNA DOCTRINA DOMINANTE DURANTE CUARENTA AÑOS SOBRE LA DEFERENCIA JUDICIAL ANTE INTERPRETACIONES LEGALES DE LAS AGENCIAS.....	234
IV. SE VEÍA VENIR: LAS TEORÍAS «ORIGINALISTAS» DE UNA JURISPRUDENCIA QUE LLEVA A <i>LOPER BRIGHT</i>	236
V. EL CASO <i>LOPER BRIGHT V. RAIMONDO</i> Y LA RECUPERACIÓN DE POTESTADES DE CONTROL POR LOS TRIBUNALES.....	239
VI. LA REVOCACIÓN DE LA DOCTRINA <i>CHEVRON</i> . UN APUNTE FINAL	244
Bibliografía	246

NOTA INTRODUCTORIA

Podrá decirse que el llamado Derecho regulatorio no está todavía nucleado en torno a un objeto bien definido. Que carece de autonomía, que no se ha emancipado de otras disciplinas que le proveen de su instrumental básico, que no se ha segmentado marcando las diferencias con ellas. Son apreciaciones que ciertamente pueden aceptarse en el marco de los clásicos debates académicos, cada vez más infrecuentes, en torno al objeto de cualquier rama del Derecho, sobre todo si se le atribuía el papel de protagonista —como asignatura— en ese guion que escribe la comunidad universitaria y se expresa en sus programas de estudios.

Pero al margen de ese interés y escrutinio fundamentalmente dogmático, lo cierto es que el Derecho regulatorio se está presentando y reivindicando allí donde otros Derechos lo hicieron antes de su reconocimiento académico: en el territorio de la práctica jurídica y forense. Son ya habituales en ese panorama los estudios jurídicos especializados en Derecho regulatorio y las grandes firmas de abogados cuentan invariablemente con un departamento en esta materia. Se apunta también una cierta especialización judicial atendiendo a sus singularidades, que se advierte ya muy claramente en una sección de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo. Se advierte por lo demás una colaboración profesional con economistas, atentos sobre todo a los servicios económicos estratégicos más directamente implicados, pero también con profesionales y expertos en biología, farmacia, alimentación, medicina (virología, epidemiología), ciencias ambientales y otros sectores en los que se proyecta la regulación de riesgos.

Más allá de esta relevante y expansiva presencia, interesa sobre todo lo que el Derecho regulatorio interioriza, que es en esencia una nueva correlación entre sector público y sector privado, entre Estado

y sociedad en último término. Y lo que el Derecho regulatorio exterioriza o expresa es una nueva línea de actividad de los poderes públicos, la Administración destacadamente, que se articula desde nuevas posiciones estratégicas, la del Estado garante entre ellas. Para visibilizar estos movimientos y reajustes me ha parecido conveniente seguir las dos principales líneas de progresión del Derecho regulatorio, que discurren por esos espacios en los que se producen con más intensidad los flujos y reflujos entre Estado y sociedad. Un espacio muy transitado en diversas direcciones es el de la actividad económica y la nueva correlación entre servicio público y mercado en la que cobra su sentido la regulación de sectores económicos estratégicos. El otro eje, el de la regulación de riesgos, opera en el marco de una correlación que ahora, y sin duda en el futuro, adquiere la mayor relevancia: la que se entabla en torno al conocimiento científico, y la aplicación tecnológica, con una muestra, a modo de ejemplo, tan próxima como es el desarrollo de la inteligencia artificial que ha suscitado ya una respuesta de la Unión Europea, a través sobre todo del «Reglamento de normas armonizadas en materia de inteligencia artificial» que constituye una suerte de tratado o compendio de la regulación de riesgos en la línea y sistemática que se expone en este libro. Son dos líneas de regulación —servicios económicos de interés general y riesgos— netamente diferenciadas pero que tienen fundamentos y elementos comunes. Por ello, la primera parte de este libro es lo que podría considerarse, atendiendo a las tipologías tradicionales, una parte general del Derecho regulatorio, para seguir luego esas dos líneas de regulación advirtiéndolo en ellas —a veces más claramente en una, a veces en otra— los principios más relevantes de este Derecho.

Lo que sigue no es, ni pretende ser, una exposición descriptiva y apegada al Derecho positivo, menos aún un tratado o algo semejante del Derecho regulatorio, sino la exposición de sus claves, de su génesis, sus técnicas y su operatividad, sin olvidar la cuestión, con algún trazo propio de la dogmática, de su caracterización y encuadre. Sus principios, en definitiva.

PRIMERA PARTE

**FORMACIÓN Y CARACTERÍSTICAS
DEL DERECHO REGULATORIO**

CAPÍTULO I

LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DERECHO REGULATORIO

I. LOS DOS FRENTES PRINCIPALES DE LA REGULACIÓN: REGULACIÓN DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL Y REGULACIÓN DE RIESGOS

De ordinario, el comúnmente llamado Derecho de la regulación se adscribe a grandes servicios de interés general, sectores económicos estratégicos, del todo necesarios y básicos para la vida y existencia de las personas y comunidades en el mundo actual. El Derecho de la regulación se proyectaría entonces sobre sectores y servicios como los transportes, la energía, las telecomunicaciones, servicios postales, mercado de valores, abastecimiento de agua, recogida y tratamiento de residuos, y otros similares.

Bien se ve que estos servicios y sectores económicos presentan diferencias ostensibles que dificultan su tratamiento común. En algunos casos hay también notorias diferencias de escala y marco jurídico: la regulación, por lo general, se asocia a grandes servicios que se prestan en una escala estatal, mientras que alguno de los aquí aludidos, como el de abastecimiento de agua, se prestan ordinariamente en el ámbito local. Ello muestra también la tendencia a situar importantes servicios locales (que en muchos casos han desbordado el espacio local, municipal: no hay más que pensar, por seguir con el caso del agua, en el abastecimiento en alta de este servicio) en la órbita de la regulación. En cualquier caso, todos estos sectores y servicios tienen en común un marcado componente económico y prestacional.

Pero la actividad pública de regulación, y el Derecho regulatorio en torno a ella, se da también en otro frente que ha adquirido una gran importancia como es el de la regulación de riesgos. Sobre todo,

los riesgos asociados a la tecnología y su extraordinario desarrollo en las últimas décadas, con sectores tan relevantes como el alimentario, farmacológico, industrial, seguridad en el trabajo, la energía y transportes en su perspectiva de seguridad o la protección de datos y la ciberseguridad.

Para una exposición como esta, general y de principios, sobre el Derecho regulatorio, me ha parecido muy pertinente, y de algún modo ineludible, tratar estos dos frentes: regulación de servicios económicos de interés general y regulación de riesgos. Creo que su exposición conjunta ayuda a la comprensión del Derecho regulatorio pues sus rasgos e instrumentos característicos se ven en ocasiones con más claridad en un frente y otras veces en el otro. En ambos concurren por lo demás elementos muy característicos del Derecho regulatorio que se tratarán con detalle en sus capítulos respectivos, pero que ya pueden insinuarse:

1) La regulación de servicios económicos y la regulación de riesgos afrontan una realidad común en la correlación entre público y privado.

En los dos frentes se ha pasado de un protagonismo gestor del sector público a otro claramente dominado por los particulares. Los servicios económicos de interés general se encontraban, hasta tiempos relativamente recientes, bajo la titularidad y gestión propia del régimen de los servicios públicos, al margen del mercado. Con su liberalización se entregaron al mercado y a la gestión por operadores privados en régimen de competencia. La posición de los poderes y la intervención pública migró entonces desde la posición de la titularidad a aquella otra en la que se sitúa el poder regulador, para mantener desde él la atención a los intereses generales cuando el protagonismo gestor bascula hacia el sector privado.

Con relación a la regulación de riesgos se ha producido un proceso similar. Hasta tiempos recientes el Estado había mantenido el dominio y control sobre el conocimiento científico y técnico. Pero desde finales del siglo XX la investigación científica puntera, y el desarrollo tecnológico de ella derivado, se encuentran en el sector privado (con alguna reserva estatal en la tecnología armamentista) y el poder público se ha desplazado hacia una posición de control y regulación de los riesgos que genera el potente tejido tecnológico de las sociedades posindustriales.

La crisis de la COVID-19 nos lo muestra bien a las claras: toda la investigación para la vacuna y terapia se desarrolla en el sector privado. A los poderes públicos (nacionales, europeos) les corresponde aquí una actividad típicamente regulatoria como es la autorización de la vacuna (la decisión sobre el riesgo permitido) y la posterior gestión del riesgo.

2) En ambos frentes la actividad de regulación, que ha de desenvolverse por supuesto en el marco legal, se atiene también a referencias extralegales; extrajurídicas, podría también decirse. En la regulación de servicios de interés general, son las referencias económicas que ofrece el mercado del sector de que se trate. En la regulación de riesgos, las referencias, en constante evolución, son las que ofrece el conocimiento científico y técnico.

Un fármaco se sujeta a un régimen de uso más estricto (por ejemplo, con receta médica que inicialmente no se exigía), o simplemente se prohíbe, cuando nuevos conocimientos sobre el mismo alertan sobre efectos negativos que no llegaron a conocerse cuando el fármaco se autorizó. Es evidente que esa importante decisión de retirar un medicamento del uso público no viene dada por la aplicación de la ley, sino por el nuevo conocimiento científico del que se dispone. No sería admisible esperar a un pronunciamiento legal que diese cobertura a esa decisión: para la regulación de riesgos la referencia es el conocimiento científico, que ciertamente puede evolucionar y con él las medidas que pueden adoptarse.

Por su parte, la regulación de servicios discurre sobre las referencias económicas del mercado. Así, por poner un ejemplo, los precios que paga un operador por el acceso o interconexión a redes los puede fijar el regulador atendiendo a la posición del operador en el mercado, posición que obviamente puede variar, ajustándose a ello la propia regulación.

Por supuesto que, en un Estado de Derecho, la regulación pública queda sujeta a la ley. Pero no es mera ejecución de ella, porque las referencias económicas y científicas que la regulación toma en consideración no proceden de la ley, que tampoco sería capaz de ofrecerlas por sus continuas mutaciones que el legislador no puede seguir, ni conocer cabalmente por el conocimiento experto que se requiere. La relación de la regulación con la legalidad constituye en cualquier caso un tema central del Derecho regulatorio que habremos de tratar, en sus diferentes manifestaciones, a lo largo de este libro. Baste ahora con este primer apunte.

3) En ambos frentes se manifiesta y actúa con una nueva faz el poder público que se encuadra en lo que se conoce como Estado regulador, que veremos se conecta con otra idea que caracteriza al actual Estado como Estado garante. Un Estado que ha perdido posiciones de titularidad y dominio en relevantes espacios, como son los

del conocimiento científico y técnico o el de la prestación de servicios básicos. Retirado el poder público de esas posiciones propias del Estado prestacional, viene a situarse en la posición de Estado garante para proteger la atención de los intereses generales en espacios dominados por el mercado y el sector privado.

4) Tanto en la regulación de servicios económicos como en la regulación de riesgos ostentan un destacado protagonismo las agencias o autoridades reguladoras, supuestamente independientes de la estructura administrativa ordinaria y de la dirección del Gobierno.

Se estudiarán por supuesto con detalle la posición de las agencias y otros organismos reguladores; basta ahora constatar que este tipo de entes reguladores, con toda su diversidad de perfiles organizativos, han proliferado sobre todo en estos dos frentes: en el de la regulación de servicios económicos de interés general y en el de la regulación de riesgos.

En Estados Unidos, donde hizo su aparición este modelo institucional, fueron primero las agencias que se ocupaban de actividades y servicios económicos. La primera, la *Interstate Commerce Commission* en 1887 y otras que se creaban a finales del siglo XIX y principios del XX. Pero entre los años treinta y setenta del pasado siglo se crearon toda una serie de importantes agencias cuya finalidad no es otra que la regulación de riesgos. Así, entre otras, la *Food and Drug Administration*, que controla y regula los riesgos generados por la industria alimentaria y la farmacéutica; la *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA); la *Consumer Products Safety Commission*; o la propia EPA, *Environmental Protection Agency* para la regulación de los riesgos ambientales.

II. CONCEPCIÓN SUBJETIVA Y CONCEPCIÓN OBJETIVA —LA PROPIA— DEL DERECHO REGULATORIO

La ineludible alusión a las agencias reguladoras nos obliga a encarar una cuestión de relevancia sobre la caracterización del Derecho regulatorio. Se trata, en cierto modo, de reproducir el debate recurrente sobre la caracterización y concepción subjetiva u objetiva que se ha planteado —y se puede replantear en cualquier momento— sobre diferentes disciplinas jurídicas, como son, por ejemplo, el Derecho mercantil o, más próximo sin duda a nuestra materia, el Derecho administrativo.

La concepción subjetiva entiende que el Derecho mercantil se nuclea en torno a unos sujetos, los comerciantes, y el Derecho administrativo en torno a otros