

LECCIÓN 25

ACTIVIDAD DE REGULACIÓN

Rosario Leñero Bohórquez
Universidad de Huelva

SUMARIO: 1. LA PROYECCIÓN DE LA REGULACIÓN EN LOS TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.—2. LOS ORÍGENES DE LA NOCIÓN DE REGULACIÓN Y SU DIFUSIÓN GLOBAL: 2.1. El *Regulatory Law* o Derecho regulatorio anglosajón; 2.2. La globalización como motor de la expansión de los planteamientos de la regulación económica.—3. LA RECEPCIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN EUROPA.—4. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA: 4.1. La proyección de la regulación en la actividad de ordenación y control; 4.2. La proyección de la regulación en el servicio público; 4.3. Notas distintivas de la regulación administrativa como actividad de intervención de la Administración.—5. INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN: 5.1. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su carácter coactivo: 5.1.1. *Técnicas regulatorias de carácter coactivo*; 5.1.2. *Técnicas regulatorias de carácter no coactivo*; 5.2. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su finalidad prevalente: 5.2.1. *Instrumentos de garantía de la competencia*; 5.2.2. *Instrumentos de garantía de valores no económicos. En particular, la garantía de la equidad en el acceso a los bienes y servicios*.—6. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN REGULADORA: 6.1. Principio de separación de las actividades de regulación y de gestión; 6.2. La agencia reguladora como modelo institucional prevalente.—7. BIBLIOGRAFÍA: 7.1. Bibliografía citada; 7.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA PROYECCIÓN DE LA REGULACIÓN EN LOS TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Los diversos tipos de actividad administrativa analizados en las lecciones previas (ordenación y control —*supra* § 22—, prestación y garantía —*supra* § 23—, promoción y fomento —*supra* § 24—) son manifestaciones de la intervención pública en la sociedad, fundamentadas en la protección del orden público (o la gestión de riesgos —*supra* § 22.17—) y en la persecución de un proyecto de justicia social (*supra* §§ 23.20 y 24.3). Cuando estas actividades inciden en la economía sus contornos coinciden con la **noción económica de regulación**, que, a diferencia del significado jurídico que tradicionalmente ha tenido ese término entre nosotros, no designa solo la producción de normas jurídicas que disciplinan una materia, sino que se refiere a un variado conjunto de actuaciones de los poderes públicos sobre los sujetos que operan en la vida económica y que se vincula a unos fines y valores muy concretos. En este sentido, cuando se habla de “Derecho regulatorio” no se está incurriendo en una redundancia, sino que se pretende designar un concreto sector del ordenamiento jurídico administrativo.

2. Esta acepción del término regulación se ha abierto paso de la mano de un fenómeno político y económico que ha marcado profundamente la configuración del Derecho administrativo económico desde el último cuarto del siglo xx: la **liberalización de la economía**. Este fenómeno ha incidido particularmente, como se ha visto, en la configuración actual de la actividad de ordenación y control (*supra* § 22.7-11), en las actividades prestacionales que tradicionalmente han constituido el núcleo de la actividad administrativa de servicio público (*supra* § 23.27-30), pero también en la configuración de la actividad promocional y de fomento (*supra* § 24.10-13)

3. El término regulación, entendido como cualquier actividad que persigue condicionar conductas o comportamientos para el cumplimiento de ciertos fines, tiene una **aplicación muy amplia**, de ahí que pueda ser objeto de estudio de disciplinas tan diversas como la Psicología, la Sociología, la Ciencia Política, la Economía y, por supuesto, el Derecho. La noción de regulación que traemos aquí es un concepto político-económico asociado a una determinada forma de organización de la vida económica: **el sistema o la economía de mercado**.

2. LOS ORÍGENES DE LA NOCIÓN DE REGULACIÓN Y SU DIFUSIÓN GLOBAL

2.1. El *Regulatory Law* o Derecho regulatorio anglosajón

4. En el **mundo anglosajón**, donde tiene su **origen** la idea de regulación económica, el mercado ha sido la institución sobre la que ha descansado la ordenación

de la vida económica. Lo que es tanto como afirmar que corresponde esencialmente a los sujetos privados, a través de contratos concertados en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidir qué y cómo se produce, cómo se distribuye y a qué precio se adquieren los bienes y servicios en virtud del juego de la oferta y la demanda. De acuerdo con esta visión, los poderes públicos tienen una función secundaria, limitada a ofrecer un marco jurídico que asegure el cumplimiento de los contratos y la pacífica resolución de controversias. Sin embargo, de la constatación de que el mercado abandonado a sí mismo puede tener un comportamiento ineficiente que lo prive de su utilidad como mecanismo de organización de la vida económica o conducir a resultados poco equitativos, nace la necesidad de **regulación**, entendida como una actividad de **intervención pública en la vida económica** cuyo principal objeto es preservar las condiciones de libre competencia (que son presupuesto del buen funcionamiento del mercado como mecanismo de asignación de recursos), así como, en su caso, garantizar unos niveles mínimos de equidad en el acceso a bienes y servicios básicos. Esta idea de “regulación económica” difiere parcialmente del concepto tradicional de “intervención administrativa en la economía”, propio del Derecho administrativo del continente europeo.

5. Mientras en la cultura jurídico-pública de Europa continental, con una tradición política autoritaria, la idea de la **intervención de los poderes públicos** y, particularmente, de la Administración, en la vida económica se ve con naturalidad, en el mundo anglosajón se ha abierto paso tardíamente y con notables resistencias. El Derecho público cumplía históricamente una función marginal en la ordenación de la vida económica en los países del *Common Law*, limitada en esencia a la represión de los delitos. De ahí que la aparición del *Regulatory Law* o Derecho de la regulación anglosajón se haya podido considerar un trasunto del Derecho público económico que llevaba décadas operando en países con regímenes de Derecho administrativo. Ahora bien, es importante subrayar que nuestro Derecho administrativo económico clásico y el *Regulatory Law* parten de premisas y operan con claves muy diferenciadas.

6. El *Regulatory Law* surge en Estados Unidos de la mano de un tipo especial de organizaciones administrativas, las **agencias**, a las que, mediante un encargo del legislador, se les atribuyen poderes normativos y de decisión para disciplinar un concreto sector. Con ellas nace el denominado *Administrative State*, que adquirió carta de naturaleza con las políticas del *New Deal* en respuesta a la crisis económica de 1929. Existe, por tanto, una cierta ecuación entre *Regulatory Law* y Derecho de las agencias reguladoras en el mundo anglosajón, sin que en el Derecho administrativo económico clásico de corte continental europeo opere esa asociación. El modelo anglosajón y el continental europeo clásico también se diferencian por la atención prestada a la garantía de la **libre competencia**, que no ha estado históricamente entre las prioridades del Derecho administrativo económico. Más bien al contrario: la libre competencia ha sido la principal sacrificada en el altar de los intereses públicos. El servicio público, como institución paradigmática del Derecho administrativo económico, al sustraer a la iniciativa privada relevantes actividades económicas, imposibilita la competencia. Igualmente, en aras del mantenimiento del “orden público económico”, en el pasado se ha podido considerar legítimo limitar el número de operadores económicos autorizados en un sector o en un territorio, sin que tal restricción viniera exigida por características intrínsecas de la actividad o del mercado en que se desarrollaba.

7. En todo caso, ante el riesgo de caer en planteamientos excesivamente simplificadores cuando se compara el *Regulatory Law* y el Derecho administrativo económico clásico, hay que señalar que no siempre el primero ha estado orientado a la regulación de la competencia, como acredita el régimen inicial de las **public utilities en los Estados Unidos**, conforme al cual sectores de la economía especialmente relevantes para los intereses generales (ferrocarril, energía eléctrica, teléfono) eran operados monopolísticamente por empresas privadas sometidas a la intervención de una agencia reguladora que fijaba las tarifas y garantizaba la percepción de un beneficio mínimo. Será la crítica académica a este modelo de regulación protagonizada por los economistas de la Escuela de Chicago, unida al cambio de paradigma en política económica con el tránsito del keynesianismo al neoliberalismo a finales de la década de los setenta del siglo pasado, la que desencadenará una profunda revisión del modelo de regulación de las *public utilities* para su apertura a la competencia.

8. El *Regulatory Law* anglosajón tiene una notabilísima **amplitud**, que trasciende los límites disciplinares de nuestro Derecho administrativo económico. En la medida en que por regulación se entiende cualquier intervención que condiciona la libertad de actuación de los operadores económicos, el *Regulatory Law* puede abarcar desde el Derecho ambiental a los regímenes de protección social.

9. Así, para el *Regulatory Law* el **principio jurídico-ambiental “quien contamina paga”** no sería más que la expresión de una solución jurídica a un fallo de mercado: el hecho de que las actividades de producción de ciertos bienes o servicios generan externalidades negativas, esto es, que los precios de mercado no reflejan la totalidad de los costes sociales que generan. Por su parte, un sistema de **subsidios sociales** sería regulación económica en la medida en que condiciona el comportamiento económico tanto de los que resultan obligados a financiarlo como de los beneficiarios de las ayudas.

10. Esta amplitud en origen del *Regulatory Law* ha generado intensos debates a raíz de su importación en Europa. Se discute la extensión que debe darse entre nosotros a la noción de regulación económica, sin que pueda decirse que exista un consenso al respecto.

11. En otro orden de consideraciones es necesario señalar que se ha producido una ingente literatura académica sobre **teorías de la regulación**, con aportes de múltiples disciplinas (Derecho, Economía, Sociología, Ciencia Política), que analiza las razones que explican o justifican la regulación, quiénes son sus protagonistas y cómo actúan o se interrelacionan. Dependiendo del enfoque disciplinar, hay teorías que distinguen claramente entre actores públicos (reguladores) y privados (sujetos regulados) y otras en las que esta frontera resulta mucho más difusa.

12. De entre las distintas escuelas de pensamiento, las **teorías del interés público** son las que mejor conectan con las asunciones tradicionales del Derecho administrativo económico de corte continental europeo. De acuerdo con aquellas, la regulación persigue fines que benefician a la colectividad en su conjunto y que, por ello, se consideran de interés general (p.ej. la eficiencia mediante la corrección de fallos del mercado, en las formulaciones económicas de estas teorías; objetivos éticos, redistributivos o la gestión de riesgos, en las formulaciones políticas o no económicas de estas teorías). En todo caso, reconocen a legisladores y administraciones la capacidad de definir los intereses públicos y las autoridades se presumen siempre alineadas con tales intereses en su actuación.

13. Frente a esta visión idealista, las **teorías del interés privado** adoptan una postura escéptica y ponen el acento en la capacidad de los colectivos (empresarios, políticos, empleados públicos, consumidores) para orientar la regulación hacia la satisfacción de sus intereses particulares, de tal manera que la realización del interés público sería una quimera. Este grupo de teorías poseen un carácter más bien descriptivo (qué factores explican la aparición de la regulación), antes que prescriptivo (qué fines debe perseguir la regulación), aunque en última instancia pueden inspirar reformas para atajar problemas detectados.

14. Así, se debe a las teorías del interés privado la descripción del fenómeno de la “**captura del regulador**”, por el cual las decisiones de las autoridades se adoptan en atención a los intereses de los grupos de presión mejor organizados y que poseen mayor capacidad de influencia, un fenómeno cuyo reconocimiento ha impulsado significativas reformas en el ámbito institucional y procedimental. Entre las teorías del interés privado, destaca la **teoría de la elección pública** (*public choice*), que se caracteriza por analizar la toma de decisiones regulatorias como si se tratara de decisiones de mercado. Así, en el “mercado político” la oferta de regulación vendría marcada por los intereses de reelección de los políticos, por ejemplo, y la demanda de regulación por los intereses económicos de los regulados. A la vista de las ineficiencias del “mercado político”, desde la teoría de la elección pública se sostiene la superioridad del mercado para autorregularse y se postula la supresión de la intervención estatal (**desregulación**) (*supra* § 2.12).

15. Deben mencionarse, por último, las aportaciones de la Sociología a las teorías de la regulación, de entre las que sobresale la **teoría de los sistemas autorreferenciales**. De acuerdo con esta teoría, derecho y economía constituirían dos subsistemas sociales funcionalmente autónomos, con organizaciones y lenguajes propios, de donde se deriva la limitada capacidad del Derecho para condicionar eficazmente la vida económica desde sus instrumentos y enfoques tradicionales. Para superar esta deficiencia se postulan formas indirectas de regulación, como la **autorregulación regulada**, en las que el Derecho se limitaría a fijar los fines y las coordenadas organizativas y procedimentales de la autorregulación social (en este caso, la autorregulación de la economía). De esta manera, el Estado puede lograr sus fines sin privar al sistema económico de su propia funcionalidad y eficacia. Desde este enfoque, la frontera entre reguladores y regulados no viene marcada por la naturaleza pública o privada del sujeto, ya que pueden intercambiarse los roles (*supra* § 22.22-25).

16. Estas aportaciones teóricas no se quedan en mera especulación, sino que, como se puede intuir, han tenido un notable impacto nutriendo la discusión política e inspirando multitud de reformas. El peso de los distintos enfoques se deja sentir en cuestiones tan trascendentes como, por ejemplo, determinar cuáles son los **fines de la regulación** (¿sólo la eficiencia económica o también la garantía de valores no económicos?), la **oportunidad de la regulación** entendida como intervención estatal (¿es mejor regular o no regular?), sobre las **estrategias de regulación** (¿es mejor acudir a instrumentos imperativos tradicionales, emplear incentivos económicos para estimular o disuadir de ciertos comportamientos sin “obligar” ni “prohibir”, o bien conectar la regulación estatal con experiencias exitosas de autorregulación privada?; ¿es mejor combinar distintas estrategias?) o **las características de las instituciones que regulan y/o aplican lo regulado** (¿qué grado de autonomía es conveniente que tengan respecto a la política y, en su caso, cómo deben rendir cuentas ante las instituciones democráticas y la sociedad?, ¿cómo deben relacionarse con los distintos grupos de interés afectados de un modo u otro por su actividad?). Los principios de *Better regulation* o buena regulación incorporados en el art.129 LPAC (*supra* § 16.50-52) son un claro reflejo del impacto de las teorías expuestas.

2.2. La globalización como motor de la expansión de los planteamientos de la regulación económica

17. La **exportación a gran escala** de los planteamientos de la regulación económica ha tenido lugar de la mano de los procesos de **integración económica** que trae consigo la **globalización**. El término “globalización” se ha empleado para de-

signar un fenómeno mucho más complejo que la mera “internacionalización” y que se caracteriza por la profunda interconexión e interdependencia del mundo contemporáneo en múltiples aspectos de la vida (económicos, políticos, culturales, sociales, tecnológicos, ambientales, etcétera).

18. Desde el punto de vista económico, la **globalización** es, en parte, **resultado de ciertos postulados regulatorios** (p. ej. la supresión de trabas al comercio de bienes y servicios y a la circulación de capitales) y, a su vez, **promotora de la regulación económica** más allá de los entornos culturales donde se ha originado. Los problemas asociados a la globalización escapan a las posibilidades de ordenación de los Estados, tanto por sus dimensiones territoriales como por la inadecuación técnica de las herramientas jurídicas tradicionales. De ahí que hayan cobrado protagonismo una serie de **actores globales** de muy diversa naturaleza y ámbitos de actuación que, de manera espontánea o por delegación de los Estados, **han asumido funciones de regulación económica** y, al hacerlo, han contribuido decididamente a difundir sus postulados.

19. Entre los promotores en el plano global de la regulación económica encontramos tanto **organizaciones internacionales** como otro tipo de sujetos que escapan a las categorías tradicionales de sujetos del Derecho Internacional. Entre las primeras destaca el papel jugado por el **Fondo Monetario Internacional** y el **Banco Mundial**. Ambas organizaciones, con sede en Washington, al hilo de su función de asistencia financiera a los Estados, han contribuido a la difusión de concretos planteamientos regulatorios, condicionando la percepción de las ayudas a la implementación de programas de reforma político-económica. No en vano se acuñó la expresión “**consenso de Washington**” para designar un conjunto de líneas de política económica auspiciadas desde estas instituciones, entre las que se contaban la privatización de empresas públicas y la desregulación (WILLIAMSON, 1990), que tuvieron en Iberoamérica y, tras la caída del muro de Berlín, el este de Europa, un campo privilegiado de experimentación. También es destacable la iniciativa “*Doing Business*”, del Banco Mundial, un informe publicado entre 2004 y 2020 que establecía un *ranking* de Estados en atención a la mayor o menor facilidad para la puesta en marcha de una actividad empresarial y cuyas conclusiones han inspirado programas de simplificación y mejora de la legislación administrativa (p. ej.: Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia). Otra organización internacional con un papel destacado en la difusión de la regulación económica es la **OCDE**, en particular como impulsora de una revisión de las técnicas tradicionales de ordenación y control administrativos, bajo el lema de la denominada *Better regulation* para, entre otros objetivos, mejorar la competitividad de las economías nacionales. La **Organización Mundial del Comercio**, por su parte, promueve en su ámbito de actuación la sustitución de normas jurídico-públicas tendentes a garantizar la seguridad de los productos industriales y alimentarios —a las que considera medidas de efecto equivalente a los aranceles— por normas técnicas internacionales —como las elaboradas por la ISO o la Comisión del *Codex Alimentarius*—.

20. Por último, debe mencionarse el papel de las **redes transnacionales de supervisores**, organizaciones escasamente formalizadas integradas por representantes de agencias nacionales con funciones de regulación y de supervisión en sus respectivos Estados. Destacan las redes operativas en los sectores de la supervisión financiera (banca, mercados de valores, seguros), que, a través de la producción de **estándares internacionales**, han promovido, por ejemplo, el carácter técnico de las agencias nacionales de supervisión y su autonomía respecto a los gobiernos, o la utilización de técnicas de regulación fundadas en el funcionamiento del mercado.

3. LA RECEPCIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN EUROPA

21. La importación de los planteamientos y técnicas propios de la regulación económica se vincula en Europa a la **voluntad de hacer efectivo el mercado interior**, un objetivo cuya consecución se refuerza políticamente con la adopción del Acta Única Europea en 1986.

22. Aunque la creación de un mercado único está en el origen de las comunidades europeas, como atestiguan las libertades de circulación y las reglas de competencia consagradas desde los tratados fundacionales, los primeros compases de la integración europea se orientaron a la supresión de las barreras internas en los intercambios comerciales y a la creación de un marco aduanero común, sin que se cuestionaran los modelos nacionales de intervención de los Estados en la economía. La neutralidad respecto al régimen de la propiedad en los Estados miembros, establecida originariamente en el artículo 222 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, TCEE (actual art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), se tradujo durante las tres primeras décadas de vida de las comunidades europeas en una extraordinaria deferencia respecto a políticas nacionales difícilmente conciliables con la letra de los tratados, en especial, los preceptos referidos a la participación de las empresas públicas en el mercado o a la sujeción, como regla general, de las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general a las reglas de la competencia. En paralelo a la progresiva pérdida de popularidad del keynesianismo, que había dominado la política económica en Europa durante gran parte del siglo XX, se produce a partir de los años ochenta del siglo pasado un cambio en la orientación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, mucho más sensible a las reivindicaciones de los operadores económicos. El cambio jurisprudencial se plasma en una **exigencia de mayor rigor** a los Estados en la **motivación** aducida **para derogar las reglas de competencia** por razón del cumplimiento de misiones de **servicio público** (antiguo art. 90.2 TCEE, actual art. 106.2 TFUE). Se multiplican así los pronunciamientos que declaran incompatibles con los tratados la reserva de actividades económicas bajo la justificación de que entrañan servicios económicos de interés general (*supra* § 23.31-36).

23. La denominada **integración negativa**, esto es, la supresión de obstáculos al funcionamiento del mercado interior mediante la interpretación rigurosa por el Tribunal de Justicia de prohibiciones establecidas en los Tratados, constituye el antecedente necesario a la recepción de los planteamientos de la regulación económica. Ésta tendrá lugar propiamente a través de la **integración positiva**, es decir, mediante la adopción de legislación específica por las instituciones europeas con el fin de impulsar y orientar la liberalización de sectores económicos estratégicos, que se inspirará en las experiencias desarrolladas previamente en los Estados Unidos y, dentro del territorio de la CEE, en el Reino Unido.

24. La importación de los planteamientos de la regulación económica se produce, fundamentalmente, en el contexto de la introducción de la competencia en la prestación de **servicios económicos de interés general**, urgida por la necesidad de conciliar la **liberalización** con la preservación de valores tradicionales del **servicio público**. En este sentido, la expresión “**sectores regulados**”, con la que usualmente se designa un área de especialización en la práctica de la abogacía, se emplea convencionalmente para referirse al régimen de los distintos servicios económicos de interés general.

25. La regulación económica aplicada a la prestación de servicios económicos de interés general ha supuesto un giro de ciento ochenta grados en el abordaje tradicional

de la provisión de actividades prestacionales esenciales. Si en la tradición del **servicio público** de inspiración francesa se entendía que el aseguramiento de su prestación regular, asequible, accesible universalmente y con unos mínimos de calidad requería asumir la titularidad pública de la actividad prestacional como título de intervención, en el esquema de la regulación económica se invierten los términos: la provisión de servicios corresponde en principio a los operadores económicos en régimen de competencia, mientras que a la Administración compete la tarea de garantizar su prestación mediante el empleo de técnicas de regulación que, sólo cuando sea estrictamente preciso para preservar la misión de interés general asociada a un determinado servicio, podrán modular y, en última instancia, excluir las reglas de competencia. La transición de una **Administración materialmente prestadora** a una **Administración sustancialmente reguladora** supone, en suma, una devolución a la iniciativa privada de actividades económicas, una evolución que ha sido descrita —en expresión que ha hecho fortuna— como una **reconfiguración de las relaciones entre Estado y sociedad** (ESTEVE, 2013). Al respecto, la doctrina alemana ha acuñado el concepto de “**Estado garante**” (*Gewährleistungsstaat*) que, simplifcadamente, hace referencia al cambio de rol de los poderes públicos en relación con los servicios —de la prestación material a la garantía mediante la regulación— y que constituiría una superación jurídica y material de los planteamientos clásicos del Estado social (FRANZIUS, 2003) (*supra* § 23.6-7).

26. Otro ámbito relevante de importación de planteamientos propios de la regulación económica en Europa se produce en relación con la **revisión de los instrumentos clásicos de intervención** de los poderes públicos en las actividades económicas de los particulares, en colaboración con las iniciativas de la OCDE para la mejora de la calidad de la regulación. En este caso, a diferencia de la revisión del servicio público clásico, no se trata de devolver a la sociedad un ámbito de actuación que le hubiera sido sustraído, sino de repensar las técnicas tradicionales o, dado el caso, su sustitución por otras nuevas que permitan, sin merma de los intereses generales que justifican la intervención pública, mejorar la competitividad de la economía europea. Se trata, en suma, de optimizar el funcionamiento de las libertades económicas que están en la base del mercado común, reconfigurando, sustituyendo o suprimiendo controles que no se justifiquen desde el punto de vista de su finalidad o de su eficacia. Este planteamiento impacta, como se ha visto, en la actividad de control de la Administración (*supra* § 22.7) y en la producción de normas, mediante la elaboración de reglamentos y otras disposiciones administrativas de carácter general (*supra* § 16.50).

4. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

27. El término “**regulación administrativa**” nos remite a un objeto de estudio más acotado que el de regulación o regulación económica pues se refiere, específicamente, a una **actividad desplegada por la Administración**. Esta acotación no impide reconocer la trascendencia que tiene la función reguladora del legislador, cuya intervención puede venir exigida en ámbitos sujetos a reserva de ley. Del mismo

modo, el control desplegado por los jueces sobre la actividad administrativa de regulación tiene, a su vez, un alcance regulador.

28. Hecha esta primera delimitación, **no hay consenso** respecto a qué sea la regulación administrativa. Se admite, con carácter general, la existencia de un **concepto amplio** y de un **concepto estricto** de regulación administrativa, pero sin que haya acuerdo sobre qué se entiende incluido en uno y otro. Esta indefinición se explica por la propia amplitud de la idea de regulación en la cultura jurídica anglosajona donde se originó y la novedad de su recepción entre nosotros. La discusión sobre los fines a los que sirve la regulación condiciona igualmente el concepto de regulación administrativa defendido. Así, Ariño Ortiz asocia la regulación administrativa exclusivamente a la **liberalización de los servicios públicos económicos**, de tal manera que lo que la define es un fin —la orientación a la competencia—. En ese contexto, la regulación administrativa es una intervención justificada para remediar los fallos del mercado y, en su caso, para repartir equitativamente la carga que representan objetivos públicos irrenunciables (p.ej. el servicio universal). Cualquier intervención administrativa que persiga otro fin, aunque pueda incidir en el comportamiento de los operadores económicos, quedaría al margen de la noción de regulación administrativa porque no participa del enfoque económico que impregna a aquella (ARIÑO: 2006, 24-26). En cambio, Esteve Pardo sostiene que la regulación es un tipo de actividad administrativa que se cualifica por la especificidad de su objeto, que es doble: **la gestión de riesgos**, de una parte, y la **economía y los servicios de interés general**, de otra. Dentro de la misma, distingue una regulación general y una regulación más intensa de ciertos mercados (los denominados mercados regulados) caracterizados por la existencia de limitaciones congénitas en su funcionamiento, por el carácter estratégico de ciertos recursos escasos o porque demanden una especial protección (ESTEVE, 2009: 392-393). Por su parte, Montero Pascual aboga por un uso técnico-jurídico restringido del concepto de regulación administrativa, en torno al único ámbito en el que en su opinión cabe apreciar un régimen jurídico con rasgos propios y dotado de una cierta coherencia: la intervención administrativa en los **mercados regulados**, es decir, los de los **sectores estructurados en red** (telecomunicaciones, energéticos, transporte ferroviario, servicios postales o gestión aeroportuaria) y los **mercados financieros**. En este contexto, la regulación administrativa se definiría como “la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionadas a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración” (MONTERO, 2023: 48-50).

29. Convencionalmente y con fines estrictamente expositivos, teniendo presente las particularidades de nuestro marco constitucional —muy distinto al norteamericano—, podemos definir la actividad de **regulación administrativa** como aquella **actividad de intervención** desplegada por la Administración que tiene por objeto conciliar el libre ejercicio de actividades económicas con la **tutela de bienes constitucionalmente relevantes** en el marco de una economía social de mercado. Frente al significado elemental del término regulación en castellano, referido a la aprobación de normas para la ordenación jurídica de una actividad o conducta, la “regulación” administrativa es, por influencia de la *regulation* anglosajona, un concepto más amplio: incluye no sólo la aprobación de normas, sino otras formas de actuación —coactivas o no— de la Administración en el mercado.

30. Se trata de un concepto deliberadamente amplio que permite adscribir fenómenos de regulación administrativa de **diversa intensidad**. El punto de partida, en todo caso, es el reconocimiento del mercado como institución social básica para la ordenación de la vida económica que, en condiciones óptimas de competencia, constituiría el medio más eficiente para la provisión de bienes y servicios y la asignación de recursos. En aquellos casos donde espontáneamente las condiciones de competencia resulten idóneas, la regulación administrativa se orientará al mantenimiento

de dichas condiciones y a garantizar que el comportamiento de los operadores económicos no ponga en riesgo la **satisfacción de bienes de naturaleza no económica** cuya tutela es responsabilidad pública, sin que con ello se comprometa la eficiencia del mercado. En aquellos casos donde la competencia encuentre más dificultades, la regulación administrativa tendrá una mayor intensidad y se dirigirá, en primer término, a **generar las condiciones que permitan el funcionamiento del mercado** (re-crear el mercado). Si, aun promovida la competencia, el mercado no asegurara la provisión de **bienes y servicios básicos** en condiciones de accesibilidad universal, regularidad y asequibilidad, la regulación administrativa se orientará a **garantizar el acceso de la ciudadanía** a los mismos mediante la modulación de las reglas de competencia y la imposición de obligaciones jurídicas a los operadores económicos que resulten proporcionadas a los fines de interés general presentes en la actividad económica que desenvuelven.

31. En síntesis, la regulación administrativa no es propiamente un nuevo tipo de actividad administrativa, sino que es el resultado de proyectar un determinado enfoque, el que representa el **modelo de regulación económica propio de la cultura jurídica anglosajona**, sobre los tipos clásicos de actividad administrativa de corte continental europeo, cuyas técnicas características resultan moduladas en su diseño o desplazadas por otras nuevas. Esta proyección adquiere dimensiones diversas en función de las características del mercado.

4.1. La proyección de la regulación en la actividad de ordenación y control

32. En mercados en los que no existan limitaciones intrínsecas a la competencia, el enfoque propio de la regulación administrativa se manifiesta en una **revisión crítica de las técnicas tradicionales de policía administrativa** (esto es, de ordenación y control) con la finalidad de optimizar el ejercicio de las libertades económicas, fundamento del mercado, en armonía con otros bienes jurídicos. Esta revisión se manifiesta no sólo en la sustitución de las tradicionales autorizaciones y demás controles administrativos *ex ante* por controles *ex post* en tanto sean igualmente idóneos y eficaces para la tutela de los intereses generales (*supra* § 22.11), sino eventualmente en la superación de una idea de intervención administrativa que descansa exclusivamente sobre la imperatividad y la coacción administrativa (enfoque tradicional de la policía administrativa) y recurra también a instrumentos de carácter no coactivo (como la información al público y las recomendaciones a los operadores económicos) que, en el contexto de una economía de mercado, se demuestren igualmente eficaces para alinear el comportamiento de los operadores económicos con fines públicos (*supra* § 22.22).

33. La integración europea nos proporciona dos buenos ejemplos de esta dimensión de la regulación administrativa, entendida en el sentido amplio que se adopta en esta lección. En primer lugar, para superar las barreras técnicas a la libre circulación de mercancías que se derivaban de las distintas normativas nacionales dictadas para la tutela de distintos intereses públicos (p. ej. protección de la salud y de la

vida), la CEE emprendió a partir de 1985 una política para la armonización y la **normalización técnica** de los productos denominada “Nuevo Enfoque”. Conforme a este planteamiento, las normas europeas se limitan a fijar imperativamente las exigencias esenciales de seguridad, renunciando a reglamentar los concretos requisitos o características técnicas que han de cumplir los productos. La especificación de aquellos se deja en manos de organismos técnicos competentes en materia de normalización industrial, organizaciones de base privada de carácter profesional que, en ejercicio de funciones de autorregulación, aprueban las denominadas “normas técnicas”. Tales normas no son jurídicamente vinculantes, pero los productos de quienes voluntariamente se adhieran al cumplimiento de estas normas —cuya verificación queda igualmente en manos de sujetos privados—, gozarán de una presunción de conformidad con las exigencias esenciales de seguridad establecidas en la legislación europea. La confianza en la autorregulación de los operadores económicos dentro del marco establecido por el legislador europeo se demostraría eficaz para tutelar bienes jurídicos no económicos, al tiempo que se suprimen barreras no justificadas a la libre circulación de mercancías.

34. Un segundo ejemplo de modulación, para fines regulatorios, de los instrumentos tradicionales de ordenación y control lo proporciona la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Su objetivo es la supresión de obstáculos a la **libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en el mercado interior** al tiempo que se garantiza una alta calidad de los servicios prestados, con la finalidad última de mejorar la competitividad de la economía europea. A tal efecto, establece que el acceso a una actividad de servicios sólo puede quedar sujeto a una autorización previa cuando cumpla con los requisitos de no discriminación, necesidad justificada en una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad. En caso contrario, la actividad sólo podrá quedar sujeta a un control administrativo *a posteriori*. Por otra parte, se prevé la intervención de las autoridades para incrementar la información suministrada por los prestadores a los usuarios actuales o potenciales de los servicios. Esta mayor información al mercado actúa, por sí misma, como un mecanismo regulador en garantía de la calidad de los servicios, pues permite una elección más informada por parte del consumidor. Se trata, por tanto, de disposiciones que se orientan claramente a fortalecer la competencia en la prestación de servicios dentro del mercado interior sin perjuicio de la garantía de bienes jurídicos no económicos. (*supra* § 22.8-10).

4.2. La proyección de la regulación en el servicio público

35. La regulación o intervención administrativa, en el sentido amplio que se sigue en esta lección, se proyecta con mayor intensidad si cabe en **mercados con limitaciones intrínsecas a la competencia**. Esto ocurre donde existe un **monopolio natural**, un concepto económico que describe aquella situación en que resulta menos costoso que la producción de bienes y servicios recaiga en un único operador antes que en varios o muchos. Se da, por ejemplo, en aquellas actividades que requieren una altísima inversión para su puesta en funcionamiento o que tienen costes fijos muy elevados: una vez un operador efectúa la inversión, puede incrementar la producción indefinidamente sin que aumenten los costes marginales, de tal manera que se dificulta extraordinariamente o, incluso, se impide el acceso al mercado de nuevos operadores que puedan competir efectivamente. Esto es lo que ocurre en aquellos **servicios cuya prestación depende de una infraestructura en red** (telecomunicaciones, energía, transporte ferroviario).

36. Frente a la solución adoptada en el pasado consistente en la **reserva de la actividad** a un único operador (un sujeto privado sujeto a una intensa regulación, en el caso norteamericano; la Administración para su gestión directa o indirecta a través

de concesionario, en el modelo de servicio público “a la francesa”: *supra* § 22.17), en la actualidad se postula la **prestación en competencia** también respecto de estos servicios, pues se estima el modo más eficaz de proveer su prestación en condiciones de calidad, regularidad, accesibilidad y asequibilidad —*supra* § 22.34—. La regulación administrativa se orienta a introducir la competencia en aquellos sectores mediante la **garantía del acceso a la infraestructura esencial** de todos los operadores económicos interesados. Con todo, la apertura a la competencia de un mercado intrínsecamente limitado no siempre garantiza la provisión de servicios básicos o esenciales o su prestación con arreglo a unos determinados niveles de calidad, regularidad y precio, de ahí que la Administración pueda intervenir **imponiendo obligaciones a uno o varios operadores** (servicio universal, obligaciones de servicio público) y, en última instancia, **restringiendo la prestación a un único operador**. Encontramos esta manifestación de la regulación administrativa en los procesos de liberalización en Europa de los servicios económicos de interés general (energía, telecomunicaciones, servicios postales, transportes) para hacer efectivo el artículo 106.2 TFUE.

37. La actividad administrativa de regulación o intervención en el mercado presenta una dimensión singular en el sector de los **mercados financieros** (valores, banca, seguros). En este caso, se trata de mercados que no están afectados por limitaciones intrínsecas a la competencia, pero que, no obstante, se sujetan a una regulación administrativa de alta intensidad por el **carácter esencial de la actividad** que desarrollan en una economía de mercado (la asignación de recursos que financien la economía real) que, al tiempo, **genera enormes riesgos** que, caso de verificarse, amenazarían la estabilidad del conjunto del sistema económico. La intensidad que alcanza la regulación de los mercados financieros determina que se les incluya, junto a los mercados con restricciones intrínsecas a la competencia, en la relación de “mercados regulados”, esto es, intensamente controlados o intervenidos por la Administración.

4.3. Notas distintivas de la regulación administrativa como actividad de intervención de la Administración

38. De lo expuesto se deduce que la regulación administrativa presenta unos **rasgos específicos** respecto al entendimiento tradicional de la actividad de ordenación, control y prestación administrativas canalizada a través de las técnicas clásicas de policía y del servicio público (reglamentos, autorizaciones, órdenes y prohibiciones, concesiones). Las notas características de la regulación administrativa serían:

39. **Complementariedad del mercado.** El punto de partida de la regulación administrativa es que el mercado constituye el mecanismo ordenador esencial de la vida económica. La regulación o intervención administrativa cumple, por tanto, una función complementaria o subsidiaria del funcionamiento de aquel. La primera consecuencia que se sigue de ello es la necesidad de un estudio muy preciso de los rasgos de cada mercado y de los problemas específicos que presentan en orden a ajustar la estrategia regulatoria a las concretas necesidades. De esta nota básica se derivan el resto de las notas que definen la regulación administrativa.

40. **Continuidad y dinamicidad.** A la vista del comportamiento tan variable del mercado, condicionado por multitud de factores externos (p. ej. crisis generadas por sucesos de orden no económico, como pueden ser un desastre natural, una

epidemia, un conflicto bélico; la aparición de innovaciones tecnológicas que solventan problemas que antes exigían una medida imperativa del regulador, p.ej. la innecesariedad de imponer el mantenimiento de una red de cabinas telefónicas por el desarrollo de la telefonía móvil y su accesibilidad general) y de factores internos (p.ej. fusiones o absorciones de operadores económicos que determinan la aparición de un operador dominante que distorsione el comportamiento del mercado, quiebras con efecto sistémico), la regulación administrativa no puede quedar limitada a la simple intervención de control al inicio de la actividad económica (mediante una autorización operativa o de funcionamiento) o a controles puntuales *ex post*, sino que la acompaña a lo largo del tiempo. Vinculada a las transformaciones del mercado, la regulación administrativa tiene, por tanto, carácter dinámico. En este sentido, la exigencia de evaluación del marco regulatorio o el carácter deliberadamente temporal o experimental con el que se adoptan frecuentemente disposiciones son reveladoras de la dinamicidad de la regulación administrativa.

41. Fuerte orientación a la eficacia y a la eficiencia. La regulación administrativa, aunque se sirva de instrumentos ordenados por el Derecho, presenta una obvia dimensión económica derivada del objeto sobre el que se proyecta, el mercado. De esta forma, los principios de eficacia y eficiencia, aplicables con carácter general a la actuación administrativa en virtud del artículo 103.1 de la CE, tienen una consideración más acusada en el ámbito de la regulación administrativa.

42. Desde el punto de vista metodológico, esta orientación determina la necesidad de integrar las aportaciones de la Ciencia económica tanto en el diseño de las estrategias regulatorias como en la toma de decisiones concretas por parte de los reguladores. El denominado “**análisis económico del Derecho**” constituye una herramienta habitual en la evaluación de la regulación administrativa, en el plano normativo y aplicativo. Más allá de las aportaciones de la Economía, la especial orientación a la eficacia y a la eficiencia explican la especial importancia que la regulación administrativa concede, en general, al **conocimiento experto** frente a los planteamientos de carácter político. Esto se manifiesta tanto en el diseño institucional de las organizaciones administrativas a las que se atribuyen funciones regulatorias, como, yendo un paso más, en la delegación o, en su caso, la retirada de las instituciones públicas para que sean las organizaciones privadas de base técnica o profesional las que ejerzan las funciones regulatorias.

43. Amplia atribución de discrecionalidad a la Administración. La necesidad de responder a las transformaciones del mercado es incompatible con una intensa predeterminación material por el legislador de la regulación administrativa. La ley cumple una **función directiva**, determinando los fines públicos que debe servir el regulador y, en su caso, estableciendo el orden de prioridad entre distintos fines públicos en conflicto. Le corresponde también al legislador, en atención al principio de reserva de ley, habilitar la utilización de técnicas imperativas y coactivas que comporten una reducción o límite en el ejercicio de libertades. Corresponde al regulador administrativo, en ejercicio de una amplia discrecionalidad, determinar los medios que va a emplear para alcanzar los fines establecidos por el legislador.

44. Diversificación de las técnicas de intervención. En nuestra tradición jurídica la intervención administrativa se ha asociado siempre a la imperatividad y al eventual recurso a la coerción administrativa (*command-and-control*, en la termino-

logía jurídica anglosajona). Las aportaciones de ciencias auxiliares como la Economía o la Psicología revelan que existen **instrumentos alternativos** tan o más eficaces para condicionar o influir la conducta de los regulados. La regulación administrativa, por tanto, emplea técnicas muy variadas que se combinan en diverso grado para alcanzar los fines establecidos por el legislador. Esta cuestión se abordará con mayor extensión en el siguiente apartado.

5. INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN

45. La actividad administrativa de regulación o intervención en el mercado se caracteriza por el uso combinado de técnicas tradicionalmente asociadas a modalidades distintas de la actividad administrativa, al tiempo que introduce mecanismos nuevos de comprobada eficacia para condicionar las conductas de los regulados. La regulación administrativa alumbra, por tanto, estrategias regulatorias de **carácter híbrido**.

46. A su vez, el análisis individualizado de los distintos instrumentos y técnicas de regulación pone de manifiesto que no son “químicamente puros”, en el sentido de que no descansan en un único elemento condicionante de la conducta (la coerción, el incentivo económico o la información, entre otros), sino que habitualmente combinan varios de ellos. Otro rasgo que merece destacarse es que la regulación administrativa no descansa exclusivamente sobre la acción de autoridades u organismos insertos en los poderes del Estado, sino que, de manera creciente, remite o, en su caso, se retrae para que sean los propios miembros del mercado, quienes a través de **mecanismos de autorregulación social** se autodeterminen y autolimiten sus conductas.

47. Ninguna clasificación de los instrumentos regulatorios acierta a reflejar la complejidad que presentan. No obstante, a efectos meramente expositivos, se ofrece una ordenación tentativa que toma como referencia dos **criterios**: a) el mayor o menor recurso a la imperatividad o coacción en el diseño del instrumento y b) su orientación prevalente a la competencia o a la garantía de la equidad.

5.1. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su carácter coactivo

5.1.1. Técnicas regulatorias de carácter coactivo

48. Una primera decisión a la que se enfrentan las autoridades reguladoras es determinar si para la consecución de un determinado objetivo resulta **más eficaz** la formulación de una regla imperativa (como la que consiste en imponer un comportamiento debido o prohibir una determinada conducta), cuyo cumplimiento se pretende asegurar con la amenaza de la potestad sancionadora, o el recurso a instru-

mentos alternativos de regulación que no descansan prioritariamente sobre la coacción administrativa.

49. Esta elección vendrá condicionada por una **diversidad de factores**, como pueden ser el eventual coste que conlleve para el poder público obtener la información precisa que permita formular una regla eficaz o el sostenimiento de una organización para la inspección y efectivo castigo de los incumplimientos; la rigidez que pueda introducir una regla imperativa en el comportamiento de los sujetos regulados, que puede lastrar su capacidad de innovación; la conveniencia, desde el punto de vista de la ética pública, de que ciertas conductas estén expresamente prohibidas como manifestación de un juicio social desfavorable, etcétera.

50. En el caso de que se opte por emplear **mecanismos fundados en la coacción**, la regulación administrativa se alinearía con el entendimiento clásico de la actividad de limitación administrativa. No obstante, el enfoque de la regulación impone una revisión de los requisitos a los que se condiciona el acceso o el ejercicio de una actividad, para evitar cargas innecesarias, así como de los mecanismos tradicionales de la policía administrativa, puesto que la premisa de partida es preservar, tanto como sea posible, la capacidad del mercado para ordenar la vida económica. A la luz de esta idea, que se hace operativa a través de un juicio de **proporcionalidad** sobre la necesidad y la intensidad del recurso a la coacción, se explica la apuesta general por las técnicas de control *ex post* de las actividades de los particulares (comunicaciones y declaraciones responsables) y la posición marginal de los controles *ex ante* (autorizaciones, comunicaciones previas con potestad de veto) sobre actividades económicas, que se desprende de normas como la Directiva de Servicios o la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (*supra* § 22.66).

51. Con todo, si resultara preciso recurrir a controles *ex ante*, el diseño de estos ha de tener muy presente que no distorsionen el funcionamiento del mercado. Así, la Directiva de Servicios exige que las autorizaciones, con carácter general, tengan una duración temporal ilimitada (art. 11). En aquellos casos en que el número de las autorizaciones hubiera de ser necesariamente limitado (p. ej. por recaer sobre recursos escasos), su otorgamiento requiere la tramitación de un procedimiento de concurrencia competitiva y la eficacia temporal será limitada, para no favorecer a los que ya se encuentran realizando esta actividad (operadores incumbentes) frente a los que desean incorporarse al mercado.

52. Aun cuando la estrategia regulatoria en un sector no descansa prioritariamente sobre instrumentos coactivos, la coacción nunca está enteramente ausente de la regulación administrativa. También los **instrumentos no coactivos** descansan en cierta medida sobre aquella, con el matiz de que la imperatividad no se proyecta directamente sobre la actividad económica del sujeto regulado, sino sobre elementos accesorios de su conducta que se ponen a disposición del regulador para el diseño de la estrategia regulatoria.

53. Por ejemplo, el regulador puede optar por un mecanismo de regulación basado en la difusión de información al mercado, pero para ello será preciso imponer a los sujetos regulados la obligación de difundir la información o de proporcionar determinados datos a la autoridad reguladora, bajo la amenaza de la imposición de sanciones en caso de incumplimiento.

5.1.2. *Técnicas regulatorias de carácter no coactivo*

54. La mayor aportación del enfoque de la regulación al análisis de la intervención administrativa reside en la **relevancia** que otorga a los **mecanismos de base no coactiva**. Algunos de ellos tienen cierta tradición entre nosotros, como la subvención y, en general, las medidas de fomento (*supra* § 24). La clave que el enfoque regulatorio aporta en el entendimiento de este y otros instrumentos es que la elección de los instrumentos está, en esencia, mediada por consideraciones de eficacia y eficiencia en la consecución de los fines que se hubieran establecido.

55. Entre los instrumentos de carácter no coactivo, podemos **distinguir** los de carácter económico o de mercado, los que descansan en el manejo de la información y los que se apoyan en la Psicología conductual.

56. El diseño de los **instrumentos de carácter económico** toma como referencia las características del comportamiento de los sujetos privados como miembros del **mercado** para condicionar su conducta. Una primera categoría de instrumentos, de diseño más sencillo, opera **incentivando** comportamientos socialmente deseables o **desincentivando** comportamientos reprobables —aunque no prohibidos, pues de lo contrario, se trataría de un instrumento coactivo—. Entre los primeros, se encuentran las **subvenciones** o cualquier tipo de ayuda para estimular la alineación voluntaria con fines marcados por el regulador. Entre los segundos se encuentran la creación de **tributos**, ya en el terreno de la fiscalidad, cuyo diseño no se orienta a allegar recursos para la hacienda pública con base en la capacidad económica de los sujetos obligados al pago, sino a gravar aquellas conductas o comportamientos que se quieren corregir. La efectividad de estos mecanismos requiere un estudio muy preciso de las externalidades, positivas o negativas, que generan las conductas sobre las que se quiere influir para evitar distorsiones en el funcionamiento del mercado (*supra* § 24.11).

57. La **protección ambiental** proporciona ejemplos de este tipo de instrumentos económicos. Imaginemos que se quiere suprimir la utilización de una sustancia contaminante. Una estrategia regulatoria basada en instrumentos coactivos partiría de la prohibición del uso de la sustancia con amenaza de sanción. Puede ocurrir que no se pueda de manera inmediata, por los enormes costes económicos que comporta para el sector, prescindir enteramente de la utilización de la sustancia o que, eventualmente, la Administración carezca de los medios para controlar efectivamente el cumplimiento de la prohibición. En tal caso, una estrategia más realista puede ser la subvención de nuevas tecnologías que no requieran la utilización de la sustancia contaminante o, en sentido contrario, crear un tributo que grave la utilización de aquella de modo que los operadores encuentren un estímulo en la introducción de los cambios tecnológicos que permitan prescindir de la sustancia.

58. La **regulación bancaria** que sigue los estándares internacionales contenidos en los Acuerdos de Capitales del Comité de Basilea de Supervisores Bancarios también emplea este tipo de instrumentos para condicionar las actividades de las entidades de crédito. En lugar de prohibir directamente ciertas conductas, lo que podría inhibir la innovación financiera, se ha optado por exigir requisitos de capital más elevados a aquellas entidades que realicen actividades de crédito que entrañen mayor riesgo. La valoración del riesgo recae, en el caso de las entidades de mayor tamaño, en modelos internos de evaluación sujetos a la supervisión del banco central o de la agencia nacional con competencias en materia de supervisión bancaria. Respecto de bancos de menor tamaño, la evaluación del riesgo en que incurre una entidad de crédito se lleva a cabo por agencias de calificación (agencias de *rating*), que también son su-

pervisadas por el regulador. En este caso, el carácter económico del instrumento (los mayores o menores requisitos de capital que se exigen a una entidad en función del riesgo contraído) se combina con mecanismos de autorregulación regulada (los modelos internos de evaluación o las agencias de calificación).

59. Otra categoría más compleja de instrumentos económicos se basa en la **comercialización en régimen de competencia de derechos** creados *ad hoc* por el regulador con la finalidad de alcanzar ciertos fines públicos. El derecho comercializable puede tener por objeto el ejercicio de una actividad socialmente indeseable o cuyo impacto se quiere reducir. Frente al enfoque estático que implica una norma que directamente prohibiera la actividad, este mecanismo de regulación administrativa parte de fijar un volumen global admitido de la actividad que se desea regular —es decir, el punto de partida es una disposición de carácter imperativo que fija un límite general en atención al riesgo admisible—, volumen que se divide en unidades (derechos) transmisibles. Se confía en la capacidad de innovación de los operadores económicos, de tal manera que los derechos que se asignan se convierten en activos que los operadores más innovadores, aquellos que han introducido mejoras científicas o tecnológicas capaces de reducir la actividad penalizada, venden a otros operadores rivales con procesos productivos más atrasados, lo que hace más costoso su desempeño y lastra su competitividad.

60. A esta categoría se adscribe el **comercio de derechos de emisión** de gases de efecto invernadero sobre la cual descansa buena parte de la lucha internacional contra el cambio climático y que se contempla, en el plano internacional, en el Protocolo de Kioto, firmado por la UE en 2002 y, en el ámbito europeo, en la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero traspuesta al ordenamiento español por la Ley 1/2005, de 9 de marzo.

61. Esta técnica también se emplea para optimizar la **gestión de un recurso escaso**. Así ocurre con determinados recursos naturales como el agua continental, que se declara de dominio público para proporcionar a la Administración un título de intervención que permita su gestión integral. La titularidad pública del agua no impide que se puedan crear derechos de uso que pueden ser objeto de comercio. De este modo, los operadores más eficientes en la utilización del recurso pueden obtener una rentabilidad adicional con la transferencia de los derechos que no van a emplear. Esta es la filosofía que subyace a los “mercados de agua”, cuyas bases de funcionamiento se establecieron en la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto de aguas (véase el art. 61 bis de la Ley de Aguas en la redacción dada por la Ley 46/1999), y a los que dio un definitivo impulso la trasposición por la Ley 1/2005, de 9 de marzo de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

62. Las **técnicas regulatorias basadas en el uso de la información**, en cierta medida, constituyen un subtipo de instrumentos de mercado ya que la transparencia y el acceso a la información veraz y comprensible sobre los bienes y servicios constituye uno de los elementos que permiten la **toma de decisiones económicas** por los sujetos. Uno de los fallos más comunes en el funcionamiento de los mercados deriva de la **asimetría de la información** entre quienes participan en las transacciones, resultando beneficiada la parte con más información. En otras ocasiones, la difusión de información se orienta a luchar contra las denominadas “**preferencias endógenas**”, es decir, aquellas que no son manifestación de una voluntad auténticamente individual, sino que son muy dependientes del contexto en que surgen y que se sustentan

en prácticas sociales, valores acríticamente asumidos o patrones de conducta arraigados y que pueden perpetuar injusticias sociales o perjudicar a los sujetos en la toma de decisiones individuales (p. ej. el consumo de sustancias que provocan adicción).

63. Sin ánimo exhaustivo, podemos distinguir entre instrumentos de regulación basados en la **difusión de información por los sujetos regulados** y aquellos en que son **los reguladores quienes difunden la información**, a partir de estudios propios o de los datos suministrados por los sujetos regulados. Los sujetos regulados pueden estar sometidos a un régimen **imperativo** de difusión de información o de suministro de datos a la Administración.

64. Así ocurre en el ámbito de los mercados financieros, en el que es muy común el fallo de la información asimétrica. Ilustran esta técnica la obligación de publicar un folleto informativo para la oferta de valores al público o su admisión a cotización (art. 35 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión); el régimen de publicidad de las cuentas anuales de las sociedades de capital (arts. 279-284 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) o el de los productos y servicios bancarios (Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios). El incumplimiento de estas obligaciones puede ser sancionado por las autoridades reguladoras.

65. La difusión de información por los sujetos regulados puede ser también consecuencia de su adhesión a un **programa voluntario**, permitiendo un mejor posicionamiento en el mercado de los sujetos que libremente asumen mayor transparencia sobre sus prácticas empresariales o sus procesos productivos.

66. Ejemplifican esta técnica las etiquetas de calidad o de carácter ético que descansan de manera parcial o total en sistemas de autorregulación privada. Puede mencionarse, en el primer caso, el régimen de la etiqueta ecológica europea, un sistema europeo de adhesión voluntaria para la promoción de productos con un impacto ambiental reducido (Reglamento (CE) 66/2010, del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica la UE). Por su parte, constituye un instrumento de regulación a través de la información de carácter estrictamente privado la certificación de bienestar animal (*Animal Welfare*) para productos derivados de la ganadería o de la cría de aves.

67. La **difusión de información por los reguladores** puede, a su vez, revestir distintas características en atención a la **finalidad dominante en la puesta a disposición** de la información al público.

68. Podemos encontrar instrumentos de regulación basados en la difusión de información de carácter exhortativo, frecuentemente con un marcado carácter paternalista. Aquí se encuadrarían la realización de campañas de publicidad institucional para promover hábitos de vida o patrones de consumo saludables (p. ej. consumo de alimentos frescos, campañas antitabaco) y las campañas para reforzar el cumplimiento de deberes cívicos o, incluso, obligaciones legales (p. ej. la separación de residuos para el reciclaje, la concienciación frente a la compra de productos falsificados).

69. En otras ocasiones, los reguladores difunden información de carácter pedagógico u orientativo que permite a los sujetos el mejor ejercicio de sus derechos o la toma de decisiones económicas. En esta línea puede citarse cómo la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia pone a disposición de los ciudadanos en su página web una herramienta que permite comparar las características de las distintas ofertas de suministro de electricidad y gas disponibles en el mercado.

70. Una última variedad de instrumento de regulación basado en la difusión de información por el regulador consiste en la publicación de resultados de rendimiento o de cumplimiento normativo, un método que, de manera gráfica, en inglés se denomina *"name and shame"*. Aquí se sitúan los regímenes

de publicidad de las sanciones, como el que se contempla en el artículo 115.7 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, respecto de la publicación por el Banco de España de las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves y graves o en los artículos 334 y 335 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, relativa a la publicidad en su sitio web o en el *BOE* de la sanciones impuestas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

71. Al catálogo de instrumentos de la regulación administrativa se suman técnicas que aprovechan las aportaciones de la **Psicología conductual** para dirigir la conducta de los regulados hacia los objetivos marcados por el regulador. Aquí se insertan los denominados *nudges* (empujoncitos o acicates), que no se basan en los incentivos vinculados al uso de la coerción o a un beneficio económico, sino que se fundan en el funcionamiento de procesos mentales y conductuales automáticos en los que no llega a tomarse propiamente una decisión. Al margen de la utilidad que pueden proporcionar reforzando el cumplimiento de normas de carácter imperativo, estas herramientas pueden poseer una eficacia regulatoria autónoma (*supra* § 24-79).

72. Los *nudges* (*supra* § 24.79-80) pueden emplearse para corregir preferencias intuitivas o irracionales en la toma de decisiones individuales. Son *nudges* o acicates, por ejemplo, los protocolos no imperativos de actuación aprobados por una autoridad regulatoria. Estos protocolos, si bien no vinculan en sentido estricto a los operadores económicos, se benefician de la natural propensión de los seres humanos a conservar el *statu quo* y a acomodar la propia conducta a la que consideran la común del grupo. Son también *nudges* regulatorios los regímenes que proponen como solución automática por defecto la que la autoridad considera preferible (p.ej. en el régimen de donación de órganos). Frecuentemente, los *nudges* se combinan con la difusión de información. Así, se aprovecha la fuerza de la norma social y la tendencia natural a adaptar la conducta individual a la habitual en un colectivo cuando, por ejemplo, se informa del consumo individual comparado con el de los vecinos en las facturas de suministro de energía con el objetivo de inducir al ahorro.

5.2. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su finalidad prevalente

5.2.1. Instrumentos de garantía de la competencia

73. La regulación económica se orienta primordialmente a garantizar el correcto funcionamiento del mercado como mecanismo preferente para la ordenación de la vida económica y la asignación de recursos. Esto requiere, en primer término, asegurar que se dan las condiciones para una efectiva competencia, lo que constituye el objeto de una rama especial del ordenamiento jurídico, el **Derecho de la competencia**. La ordenación de la competencia puede basarse en instrumentos de Derecho privado, pero también en instrumentos de Derecho público, en particular, de Derecho administrativo, mediante la regulación administrativa. En particular, junto a la sanción por el organismo regulador de conductas prohibidas (abuso de posición dominante, conductas colusorias), la regulación puede tener por objeto controlar la excesiva **concentración horizontal** en el mercado, por efecto de procesos de fusión o de absorción, dando lugar a operadores con una cuota de mercado lo suficientemente significativa como para distorsionar su funcionamiento.

74. Así, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia regula en los artículos 55 a 60 un procedimiento de **control de las concentraciones económicas**, en cuya virtud se impone a las empresas un deber de notificación de aquellas concentraciones económicas que reúnan los rasgos especificados en la ley a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, organismo al que se le atribuye la potestad de autorizarlas —con sujeción, en su caso, a condiciones—, o prohibirlas. Una decisión que, eventualmente, puede requerir confirmación del Consejo de Ministros para que despliegue efectos.

75. La competencia también puede resultar amenazada por el fenómeno de la **concentración vertical**, esto es, la realización de varias actividades complementarias para la oferta de un producto o servicio final por parte de una sola empresa o un grupo de empresas sometidas a una dirección común, con idéntico efecto perturbador del mercado.

76. La liberalización del sector eléctrico se enfrentó precisamente a este problema, con el añadido de la existencia de un monopolio natural para operar las redes de transporte y distribución, monopolio que reforzaba la posición del titular de las redes en las actividades de generación y de comercialización. Ya la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, impuso, como primer paso, la **separación de las actividades** de producción, transporte y distribución a efectos contables, para evitar subvenciones cruzadas. Por su parte, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico impuso la separación jurídica —es decir, la gestión por personas jurídicas diferenciadas— de las distintas actividades, que, a su vez deben cumplir ciertos criterios de independencia en su funcionamiento si pertenecen al mismo grupo empresarial. La separación de actividades permite, a su vez, ajustar el régimen de competencia a las características intrínsecas del mercado en el que tienen lugar, de tal manera que las actividades de generación y de comercialización están enteramente abiertas a la competencia y, en cambio, en las actividades donde el monopolio natural es ineludible —el transporte y la distribución— la ausencia de competencia se compensa con una regulación intensa de la actividad de los operadores de las redes.

77. La regulación para la competencia requiere limitar los efectos de los **monopolios naturales** en aquellos mercados en los que se den. En este sentido, junto a la separación de actividades a la que se acaba de aludir, un instrumento esencial para la regulación de ciertos servicios económicos de interés general que requieren la utilización de una **red o infraestructura básica** es garantizar el **acceso de terceros a la red**, y en caso de que existan varias redes sobre el territorio, asegurar su **interconexión**. Normativamente se establecen los requisitos y condiciones de acceso a la red, al tiempo que se atribuyen al organismo regulador poderes de resolución de conflictos entre particulares en este ámbito.

78. En el sector eléctrico, la red primaria de transporte de electricidad es operada en exclusiva por Red Eléctrica de España S.A.U., una sociedad mercantil sujeta a una intensa regulación administrativa y que, a su vez, ejerce funciones de regulación mediante el otorgamiento del permiso de acceso a la red a los sujetos autorizados de acuerdo con los criterios que establece en la actualidad la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, un acceso sometido a un precio regulado. Por su parte, la actividad de distribución eléctrica se produce a través de redes interconectadas que son operadas en monopolio por sus titulares en el territorio en el que se despliegan. La ley igualmente garantiza el acceso a las redes de distribución, que deberá ser permitido por sus titulares a los sujetos autorizados, quienes deberán abonar un precio regulado.

79. Otro instrumento que se endereza a la garantía de la competencia es la **compensación por la imposición de obligaciones de servicio público** a prestadores de servicios de interés económico general. Como se tratará a continuación, estas obligaciones determinan la necesidad de prestar el servicio en localizaciones o circunstancias en las que puede no ser rentable. Si el cumplimiento de dicha obligación

lastrara en exceso la competitividad de los operadores afectados, deberá ser compensada económicamente. Los fondos empleados en la compensación, dependiendo del sector, pueden provenir de los presupuestos públicos o de contribuciones efectuadas por todos o parte de los operadores económicos del mercado.

5.2.2. *Instrumentos de garantía de valores no económicos.*

*En particular, la garantía de la equidad
en el acceso a los bienes y servicios*

80. Junto a la garantía de la competencia, la regulación tiene por objeto conciliar el ejercicio de actividades económicas con otros valores constitucionalmente tutelados. Entre ellos se encuentra el aseguramiento del acceso por la ciudadanía a bienes y servicios básicos. En la prestación de servicios económicos de interés general, este acceso se garantizaba en el pasado mediante la asunción pública de la titularidad de la actividad prestacional, para su gestión directa por la Administración o indirecta a través de concesionario. En el régimen liberalizado de los servicios económicos de interés general, se espera que la propia competencia de los operadores del mercado propicie el acceso a los servicios en condiciones de calidad, asequibilidad y regularidad. Pero si esto no fuera posible, se asegura que cualquier ciudadano, con independencia de su emplazamiento, va a tener acceso al servicio en unas condiciones de calidad determinadas y con un precio razonable mediante la regulación del **servicio universal**.

81. La Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, define el servicio universal como “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los consumidores con independencia de su localización geográfica, en condiciones de neutralidad tecnológica, con una calidad determinada y a un precio asequible” (art. 37). Está integrado por el acceso a internet de banda ancha a una determinada velocidad y servicios de comunicaciones vocales, en ambos casos a través de una conexión subyacente en una ubicación fija. Por su parte, la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que define el concepto de servicio universal en términos muy parecidos, incluye en el mismo, las actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales nacionales y transfronterizos en régimen ordinario de cartas y tarjetas postales de hasta 2 kg de peso y paquetes postales de hasta 20 kg de peso, así como los servicios accesorios de certificado y de valor declarado (art. 21).

82. Un ulterior instrumento regulatorio es la **imposición de obligaciones de servicio público** a uno o varios operadores del mercado. Estas obligaciones pueden tener por objeto la prestación del servicio universal o, en su caso, cubrir otras necesidades asociadas a un servicio económico de interés general.

83. En el ámbito de las telecomunicaciones, el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, establece el procedimiento de designación de operadores obligados a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, que tiene lugar mediante licitación y, si el concurso quedara desierto, mediante designación directa. Hasta el 1 de enero de 2027 Telefónica de España S.A.U. es el operador designado para la prestación del servicio universal. La Ley General de Telecomunicaciones reconoce la posibilidad de imponer al operador designado otras obligaciones de servicio público no vinculadas a la prestación del servicio universal. Algo que también se reconoce en el ámbito de los servicios postales, donde el operador designado para la prestación obligatoria del servicio postal universal es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. por un período de veinte años desde la entrada en vigor de la Ley del Servicio Postal Universal (Disposición adicional primera).

84. La **regulación de precios y tarifas**, junto al papel que desempeña para garantizar el acceso de terceros a las infraestructuras y redes esenciales para la prestación de servicio, puede servir para garantizar un **acceso equitativo de los consumidores** en tanto el juego de la competencia no proporcione precios asequibles.

85. En los sectores eléctrico y del gas, junto a los precios libremente establecidos en el mercado, se fijan **precios máximos al suministro** para específicas categorías de consumidores determinados en la ley que tienen el derecho de acogerse a ellas si así lo deciden. Se trata del **precio voluntario para el pequeño consumidor** (PVPC) en electricidad y de la **tarifa de último recurso** en gas. Junto a estos precios, se contemplan tarifas especiales para los consumidores vulnerables bajo la fórmula del **bono social** en el sector eléctrico, cuyo coste se reparte todas las empresas que participan en el conjunto de actividades destinadas al suministro de energía eléctrica después de que la STS 130/2022, de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:130) declarara nulo el régimen precedente de financiación del bono. En el ámbito del gas, el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores creó el **bono social térmico**, cuya financiación se produce íntegramente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

6. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN REGULADORA

86. La incidencia de la regulación en los tipos de actividad administrativa no se proyecta únicamente en los instrumentos propios de la actividad de ordenación y control, en la sustitución de la actividad prestacional por la de garantía, en los nuevos límites jurídicos a la concesión de subvenciones y ayudas públicas o en las nuevas modalidades de la actividad de fomento, basadas en estímulos indirectos, sino que se refleja también en la **configuración institucional de la Administración** que ejerce estas actividades. El modelo burocrático y centralizado de Administración en el que se basaba la actividad autorizatoria clásica y el modelo gerencial con base en el cual se estructuró la prestación de servicios públicos han sido desplazados por otros modelos organizativos (*supra* § 1.32), entre los que ha adquirido especial protagonismo el modelo de las agencias y, en particular, el de las **agencias reguladoras** (*supra* §§ 1.34, 8.28 y 9.79),

87. En el ámbito de la policía administrativa, la sustitución de la actividad de control e inspección administrativa por la actividad de comunicación y certificación privada lleva aparejada la creación de **autoridades de acreditación** (*supra* § 22.31-33), al tiempo que la evaluación de riesgos previa a la adopción de las decisiones administrativas en materias técnicamente complejas ha comportado la necesidad de crear agencias u organismos altamente especializados, como la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios o la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (*supra* § 22.17).

6.1. Principio de separación de las actividades de regulación y de gestión

88. En el ámbito de la prestación de servicios públicos en el territorio y, en particular, de los **servicios de interés económico general** (como los servicios postales, la energía, los transportes o las telecomunicaciones), la supresión de los monopolios públicos derivada de la liberalización y la aplicación del principio de competencia no impide que las administraciones públicas sigan prestando servicios, pero, en el caso de que lo hagan, el Derecho europeo les impone la obligación de separar debidamente las actividades de **gestión** de las de **regulación**.

89. En España, algunos de estos servicios, como los servicios postales o los de transporte ferroviario, siguen siendo prestados por entidades del sector público estatal (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Renfe operadora) en concurrencia con entidades privadas. Desde la perspectiva de la garantía de la libre competencia es importante que todas las entidades prestadoras de servicios puedan acceder en igualdad de condiciones a las redes. La **gestión de las redes** necesarias para la prestación de los servicios de interés económico general está principalmente en manos de sociedades mercantiles con participación pública en su capital (como Red Eléctrica de España, ENAGAS o la Compañía Logística de Hidrocarburos para el sector de la energía, o AENA para la red aeroportuaria) o de entidades públicas empresariales (como ADIF, para la red ferroviaria). Estas entidades, junto al desarrollo de la actividad de regulación como titulares de infraestructuras esenciales, pueden desarrollar también sus propias actividades económicas, pero bajo un régimen de separación funcional. A su vez, se someten a la **regulación y supervisión** de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), que es la encargada de garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos, en condiciones de accesibilidad, seguridad, continuidad, mutabilidad e igualdad, así como la competencia en todos los mercados y sectores productivos y, en particular, los que han sido objeto de liberalización (energía -gas y electricidad-, comunicaciones electrónicas y audiovisuales, servicios de transporte ferroviario y aeroportuario y servicios postales).

6.2. La agencia reguladora como modelo institucional prevalente

90. La CNMC responde tendencialmente al modelo de **agencia reguladora** propio de la Administración norteamericana (*supra* § 1.35) y que se caracteriza por la autonomía y, eventualmente, **independencia** que ostenta, tanto respecto del Gobierno como respecto de los sujetos regulados. La existencia de este tipo de entidades, cuya autonomía se consagra en sus propias leyes de creación y se garantiza a través de su peculiar estatuto orgánico, ha sido reconocida en la legislación general y, en concreto, en el artículo 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que regula las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal y las define como “entidades de Derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley” (*supra* §§ 8.29 y 9.68).

91. La independencia de las agencias reguladoras —que se garantiza a través del carácter experto de sus miembros, de las particularidades de su nombramiento (que no queda en manos exclusivas del Gobierno, sino que puede tener participación el Parlamento), la duración de su mandato, la limitación de las causas de cese, la revisión jurídica de sus decisiones, la autonomía presupuestaria o la financiación de sus actividades—, se plantea como presupuesto ineludible para cumplir con la exigencia de **neutralidad** en su actuación e imparcialidad de sus decisiones. Una exigencia que conecta con el principio de separación de las actividades de gestión y de regulación y que cobra especial importancia si se tiene presente, de una parte, que pueden existir empresas públicas operando en el sector regulado, toda vez que el Derecho europeo no cuestiona el régimen de propiedad de los Estados miembros (art. 345 TFUE), y, de otra, la frecuente atribución de competencias de resolución de controversias entre operadores del sector regulado. Dicha garantía ha sido subrayada por el TJUE, que ha considerado que se oponen al Derecho europeo operaciones de reforma institucional consistentes en la fusión de organismos reguladores (como la que implicó la creación de la CNMC), en lo relativo al cese anticipado de los vocales de los órganos rectores por causas no contempladas en la legislación (STJUE de 19 de octubre de 2016, asunto C-424/15 – Ormaetxea Garai y Lorenzo Almendros, ECLI:EU:C:2016:780). Con todo, en la configuración de estas agencias el principal problema estriba en encontrar cuál es la **distribución óptima de funciones regulatorias** entre instancias que gozan de legitimidad democrática e instancias con legitimidad de tipo técnico, pues si bien la independencia o autonomía de las agencias se erige como un requisito para preservar la competencia en el mercado, su débil legitimidad democrática las hace inidóneas para adoptar decisiones que prioricen intereses públicos en conflicto. De ahí la importancia de que las agencias cuenten con unas competencias orientadas a la consecución de fines públicos bien definidos, así como que queden sujetas a mecanismos rigurosos de rendición de cuentas.

92. El modelo institucional de agencias reguladoras, configuradas como autoridades independientes no se limita a los **sectores** que han sido objeto de liberalización, sino que se extiende también a ámbitos vinculados a la protección de derechos fundamentales (Agencia Española de Protección de Datos), de especial complejidad técnica (Consejo de Seguridad Nacional) o señaladamente sensibles desde un punto de vista social (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno). Por descontado, en los sectores capaces de provocar un riesgo sistémico en la economía, en los que resulta particularmente exigible la adopción de decisiones técnicas, totalmente independientes de la acción política del Gobierno, como es el caso del sector bancario y los mercados de valores, la regulación también se instrumenta mediante agencias reguladoras independientes o con un alto grado de autonomía (Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores).

93. El impulso al modelo institucional de agencia reguladora dotada de independencia respecto a los gobiernos en parte responde también a la necesidad de garantizar una ejecución armonizada del Derecho sectorial de la Unión Europea. La armonización de los rasgos de estas administraciones es una operación de ingeniería organizativa auspiciada por la legislación europea de carácter sectorial con el objetivo de mejorar las posibilidades de cooperación transnacional de estas entidades, mediante fórmulas de **Administración en red**, a través de la cooperación transnacional de reguladores.

94. Para seguir con los mismos ejemplos que venimos analizando, las autoridades nacionales de regulación que operan en el ámbito de las telecomunicaciones y la energía coordinan su actuación a nivel europeo gracias a su participación, respectivamente, en el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas y la Agencia de Cooperación de Reguladores de Energía. En el ámbito de los mercados financieros, las autoridades nacionales de regulación bancaria y de los mercados de valores se integran en el órgano decisorio de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM). En ámbitos especialmente afectados por la globalización, como el de los mercados financieros, estas autoridades participan en los respectivos organismos reguladores globales, como el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (*Basel Committee on Banking Supervision*, BCBS) y la Organización Internacional de Comisiones de Valores (*International Organization of Securities Commissions*, IOSCO).

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

- Gaspar ARIÑO ORTIZ, “Fallos y logros de los sistemas regulatorios”, en VV. AA., *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Círculo de Empresarios, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 23-40.
- José ESTEVE PARDO, “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”, en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (Directores), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 387-405.
- José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2013.
- Claudio FRANZIUS, “Der „Gewährleistungsstaat“- Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat”, *Der Staat*, vol. 42, núm. 4 (2003), pp. 493-517.
- Juan José MONTERO PASCUAL, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, 5.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- John WILLIAMSON, *Latin America Adjustment: How Much Has Happened?*, Institute for International Economics, Washington, 1990.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

- Anthony OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004.
- Gaspar ARIÑO ORTIZ (Autor), Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (Colaboradores), *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Fundación de Estudios de Regulación y Comares, Granada, 1999.
- M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Juan DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- Elisenda MALARET i GARCÍA, “Administración pública y regulación económica”, en *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 127-160.
- Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (Directores), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.

- Cass R. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1997.
- Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Penguin, Londres, 2009.
- Karen YEUNG y Sofia RANCHORDAS, *An Introduction to Law and Regulation. Text and Materials*, 2.^a edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2024.