

SEGUNDA PARTE

**APROXIMACIÓN A LA TEORIA DE LA
REGULACIÓN**

CAPÍTULO CUARTO

DEFINICIÓN, DESARROLLO Y TIPOS DE REGULACIÓN

- I. DEFINICIÓN Y SENTIDO DE LA REGULACIÓN.
- II. LAS ETAPAS DE EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.
 - 1. Etapa promocional.
 - 2. Etapa competitiva.
 - 3. Etapa del monopolio regulado.
 - 4. Etapa de la competencia organizada y regulada.
- III. EL AUMENTO DE LA REGULACIÓN DURANTE EL SIGLO XX.
 - 1. El cambio en la concepción del Estado en relación con la economía.
 - 2. El sufragio universal.
 - 3. Los riesgos de los desarrollos tecnológicos.
 - 4. La “revolución de los derechos”.
- IV. TIPOS DE REGULACIÓN.
 - 1. Regulación civil, de policía administrativa o social, económica y burocrática.
 - A) Regulación civil e institucional.
 - B) Regulación de policía administrativa o regulación social.
 - C) Regulación económica.
 - D) Regulación burocrática.
 - 2. Regulaciones de estructura y de conducta.
 - A) Regulaciones estructurales.
 - B) Regulaciones de conducta.

I. DEFINICIÓN Y SENTIDO DE LA REGULACIÓN.

El término “regulación”, acuñado por los economistas anglosajones¹, se ha incorporado al acervo jurídico continental al hilo de las políticas públicas de liberalización de la economía². En una primera aproximación, la regulación se ocupa de analizar el Derecho en una perspectiva dinámica, en cuanto proceso de elaboración, aprobación y aplicación de normas jurídicas o de actos o contratos con eficacia normativa.

Desde el Derecho Público, la regulación debe ser el instrumento previo de cualquier actividad pública de intervención en las actividades privadas, puesto que el principio del Estado de Derecho, presidido por el principio de legalidad, exige una norma con rango legal para limitar los derechos de los ciudadanos; norma legal que podrá ser desarrollada por reglamentos de las Administraciones Públicas y posteriormente ejecutados a través de las concretas medidas de intervención diseñadas en las normas.

El ordenamiento jurídico de la economía resulta imprescindible para que los agentes económicos tengan “seguridad jurídica” o certeza respecto de las reglas del juego que deben respetarse en el mercado (derechos de propiedad, contratación, responsabilidad) y puedan reducir la incertidumbre y el riesgo a las decisiones estrictamente empresariales. Una de las funciones esenciales del Estado es desarrollar la base institucional y el ordenamiento jurídico básico sobre los que descansa cualquier actividad humana.

En su vertiente económica, la expresión “regulación” se ha venido refiriendo a una de las formas de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos por razones de equidad, para alterar la distribución del ingreso, o de eficiencia, para mejorar la asignación de recursos. Según BUSTAMANTE³, en las regulaciones subyace una visión crítica en cuanto al funcionamiento del libre mercado y de los intercambios voluntarios. En consecuencia, las regulaciones procuran alterar sus resultados a favor de unos u otros, buscando la equidad o la eficiencia. Para MITNICK (1989: 22), el elemento central del concepto de regulación es la “interferencia” pública intencional en las opciones abiertas al sujeto en

¹ La expresión anglosajona “regulation” aplicada a la economía equivale al Derecho Administrativo o Derecho Público Económico continental, como explica OGUS (1994: 2). Desde una perspectiva más amplia, también puede comprender la autorregulación efectuada entre particulares.

² Vid. ARGANDOÑA (1990); VELARDE, GARCIA DELGADO, PEDREÑO (1995).

³ BUSTAMANTE (1993: 15)

el desarrollo de una actividad⁴. De una manera más precisa, se puede definir la regulación como un conjunto de normas o de acciones específicas, impuestas por una autoridad pública, que interfieren directamente el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente, alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y empresas⁵.

Estas definiciones plantean una visión estática de la regulación que, sin embargo, no es un resultado sino un proceso dinámico. Asumiendo esta perspectiva dinámica, MITNICK (1989: 29) considera la regulación como un proceso de restricción intencional de la elección. En el mismo sentido, José María SERRANO SANZ (1995: 24) plantea la sustitución de la pregunta de por qué se regula por un examen de los procesos de elaboración de políticas públicas que desembocan en regulaciones. El proceso mediante el que se establecen las regulaciones, como otras decisiones del sector público, tiene tres etapas, que conviene separar -motivación, decisión y ejecución- y que poseen una lógica particular.

Una vez presentado el concepto, la extensión de la intervención reguladora del Estado, las consecuencias que ha tenido en el desarrollo de los mercados y la reciente revisión doctrinal de principios y actuaciones que hace unos años eran mayoritariamente aceptados, exigen analizar las causas que se encuentran en la base de la regulación económica⁶. Como señala OGUS, los juristas han aceptado sin discusión que la regulación se explica por el interés público y apenas han indagado más en las causas y motivaciones de por qué se elaboran y aprueban las normas que disciplinan la actividad económica⁷. Miguel Angel FERNANDEZ ORDOÑEZ (1995) ha apuntado, incidentalmente pero con toda intención, que en los manuales de Derecho administrativo no se habla de la función de regulación, de por qué, "en la práctica, los órganos administrativos no paran de proponer cambios legales que las más de las veces, desgraciadamente, sólo responden a los intereses sectoriales de conseguir una protección especial, algún privilegio".

⁴ Resulta interesante observar que este elemento teleológico también se encuentra presente en una de las acepciones del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia: regular es ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines.

⁵ GONZÁLEZ BLANCH (1997: 11). El término "regulación" ha sido definido por diversos autores, con mayor o menor amplitud, pero incorporando la nota de limitación de las libertades individuales. Por ejemplo, SHUGART (1990) considera que la actividad de regulación es la actividad pública de control de precios y de imposición de restricciones en el ejercicio de ciertas actividades económicas. Por su parte, HARRINGTON y otros (1995) definen regulación como "la limitación impuesta por el sector público para restringir las elecciones de los agentes económicos".

⁶ Vid. BALDWIN, SCOTT, HOOD (1998).

⁷ OGUS (1994: 55)

Una de las características de nuestro Derecho Administrativo ha sido y es la frondosidad de sus disposiciones normativas y la rapidez con que se suceden los cambios: el fenómeno de la "legislación motorizada", en expresión de Carl SCHMITT. Esta característica de la aceleración vertiginosa de la regulación se repite constantemente en libros y explicaciones de clase, pero sin indagar apenas en sus causas.

El panorama es poco más alentador en su perspectiva económica y ARGANDOÑA (1990) explica que "la sensibilidad de las economías occidentales modernas hacia la regulación es un fenómeno relativamente reciente que tiene que ver con la conciencia de sus costes, la pérdida de eficiencia resultante de las reglamentaciones inadecuadas y una particular actitud hacia la injerencia de la autoridad en las esferas de acción propias de la persona". SERRANO SANZ (1995) ha subrayado "la desproporción entre la presencia casi ubicua de las regulaciones en la realidad económica y el relativamente reciente -y en todo caso limitado- lugar que la cuestión ha ocupado hasta ahora en la atención de los economistas". Situándose entre el Derecho y la Economía, Cento VELJANOVSKI (1996) afirma que el jurista ha sido notoriamente reacio a admitir la relevancia de las ciencias sociales para su disciplina y que, de forma similar, los economistas han ignorado los estudios de Derecho o la relevancia de la regulación legal para el desarrollo económico. En el discurso pronunciado con motivo de recibir el Premio Nobel de Economía en Estocolmo en 1991, Ronald COASE dijo: "hasta hace poco tiempo, parecía que la mayoría de los economistas no habían tomado conciencia de la relación entre los sistemas económico y legal, sino en sus generalidades"⁸.

En los últimos años se ha producido un renovado interés por la regulación desde diferentes ciencias y disciplinas: especialmente el Derecho, pero también la Economía, la Ciencia Política, la Sociología, la Historia, la Psicología, la Geografía, la Gestión Empresarial y la Gestión Pública. Porque, en efecto, la regulación exige un enfoque multidisciplinar. Diseñar un modelo de regulación teniendo en cuenta solamente criterios económicos, e ignorando las exigencias jurídicas, las circunstancias políticas, los condicionantes sociales o las propias condiciones tecnológicas de una industria determinada, es apostar por un modelo con muchas posibilidades de fracaso⁹. Además, parece lógico que las conclusiones obtenidas por otras ciencias sobre los modelos de regulación puedan resultar de alguna utilidad para la ciencia jurídica; aunque ello exige una notable dosis de curiosidad, apertura mental, riesgo y prudencia en esas expediciones a tierras extrañas y en el correspondiente regreso a la ciencia propia.

⁸ Recogido en R. COASE (1994: 214).

⁹ Vid. BALDWIN y CAVE (1999).

Nos parece, por tanto, que merece la pena apuntar por lo menos algunos aspectos básicos de la regulación: en este primer capítulo nos centramos en primer término en las etapas de la regulación de los servicios públicos; para abordar después con más detalle las razones políticas y sociológicas del aumento de la regulación en el siglo XX y, finalmente, los diferentes tipos de regulación en función de su incidencia sobre las libertades.

II. LAS ETAPAS DE EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

El desarrollo de los servicios públicos o “public utilities”, asentados sobre “infraestructuras con tecnología de red” (agua, transportes, telecomunicaciones, energía) en las que no pareció posible el desarrollo de libre competencia por ser “monopolios naturales”, ha constituido un sector troncal y clave para el desarrollo de la teoría de la regulación. No en vano, las primeras y principales Comisiones Regulatoras Independientes en Estados Unidos se establecen para regular estos servicios¹⁰. Realizamos seguidamente una aproximación a las etapas de su regulación.

MITNICK (1989:56) expone y valora las etapas de evolución de los servicios públicos identificadas por GLAESER (1957), FARRIS y SAMPSON (1973) y SHEPHERD (1975). Los propios autores reconocen que las categorías están sólo bosquejadas; no han sido descritas ni desarrolladas plenamente. Las etapas son resúmenes genéricos de interacciones complejas que necesitarían un análisis formal completo. Tampoco se pueden situar cronológicamente estas etapas porque los ritmos de evolución varían en función del desarrollo tecnológico de cada servicio y del desarrollo económico de cada país. Lógicamente, estos autores tienen en cuenta la experiencia norteamericana. Contrastando los análisis de estos autores y algunas otras apreciaciones y actualizaciones posteriores, pueden identificarse las siguientes etapas.

1. Etapa promocional.

Los servicios públicos (energía, transportes, comunicaciones) constituyen las infraestructuras para el crecimiento económico: son el capital social básico del que dependerá el desarrollo (ROSTOW:1961). Por ello, la inversión, construcción de infraestructuras e implantación de los servicios es estimulada por todos los gobiernos. La etapa promocional "en la mayoría de los sentidos era un período inicial en el establecimiento de servicios, en la exploración de sus técnicas, en la comprensión de los

¹⁰ Por ello, en Estados Unidos, la regulación de las “public utilities” ha dado lugar al surgimiento de una disciplina propia: vid. Por ejemplo el Tratado de PHILLIPS (1993)

principios económicos de las operaciones" (GLAESER). Para su promoción, los gobiernos otorgan ventajas fiscales, concesiones de tierras, subsidios y otros incentivos. Los servicios estaban sujetos a pocas regulaciones restrictivas, "un mínimo de control social", e incluso en algunos casos había una "disposición a soslayar los abusos". La tecnología era burda y el servicio errático (FARRIS y SAMPSON).

2. Etapa competitiva.

Si los gestores de servicios públicos no consiguen obtener de la Administración derechos de exclusiva, aparece una segunda etapa en la que existe competencia, incluso en servicios con tecnología de redes como la electricidad y las telecomunicaciones. Si la Administración lo permite, las Compañías que operan en estos sectores se han visto obligadas a competir, logrando costes más reducidos que las que operan con derechos de exclusiva bajo regulación económica¹¹. Este hecho puede fundar la hipótesis de que solamente después de que los gobiernos otorgaran a comienzos del siglo XX derechos de exclusiva a algunas compañías, comenzó a elaborarse, con la ayuda de algunos economistas influyentes, la teoría del monopolio natural, como una racionalización a posteriori del nuevo privilegio conseguido¹². La investigación histórica de esta etapa permitiría aclarar el origen de determinadas características del servicio público: así, por ejemplo, cuando Theodore VAIL, presidente de AT&T acuñó la expresión "servicio universal" en 1904 parece que se refería al derecho de una sola compañía a prestar el servicio sin competencia en una región, y no al derecho de cada persona en la región a recibir un servicio asequible¹³.

Ahora bien, FARRIS y SAMPSON observan que, durante esta etapa competitiva, los servicios y la administración fueron deficientes y aunque se mejoraron las prácticas en el establecimiento de precios, las empresas no habían aprendido las ventajas de las economías de escala y conservaron un tamaño pequeño.

3. Etapa del monopolio regulado.

En la etapa "monopólica" se reconocen y persiguen con éxito los beneficios de las economías de escala y de los monopolios, bien mediante la progresiva adquisición de otras empresas del sector, bien por una inversión intensiva. Empezando con el transporte,

¹¹ Cfr. DENNING y MEAD (1991).

¹² Cfr. DILORENZO (1996), MONTERO PASCUAL (1996).

¹³ MUELLER (1993).

comenzó a calar en la mentalidad económica y social la idea de que el monopolio era inevitable dentro del área de los servicios públicos. Dado que la clave para maximizar los beneficios y rendimientos económicos del monopolio era una regulación efectiva, en Estados Unidos se establecieron Comisiones reguladoras tanto de ámbito estatal como federal, para asegurar las ventajas del monopolio y para librar al público de sus abusos. Bajo la regulación económica, la imagen pública de los servicios fue buena a medida que mejoró la calidad del servicio y su extensión y según fueron reduciéndose los precios debido a la regulación y a las economías de escala. También mejoró la capacidad técnica de los reguladores, aunque las empresas también descubrieron maneras de evadir la regulación y de mantener "relaciones públicas eficaces" (lobby)¹⁴.

Cabe destacar en esta etapa, que la iniciativa para obtener los derechos de exclusiva a cambio de la regulación ("regulatory compact") parte de las compañías. El servicio busca activamente ser regulado a fin de alcanzar la permanencia, la legitimidad y el dominio del mercado. En muchos casos, los reguladores promueven el servicio y reconocen su "universalidad" cuando, de hecho, las compañías ya lo habían extendido por su propia iniciativa. Eso sí, la estructura de precios contiene subsidios cruzados entre los usuarios del sistema, en favor de los más alejados y de los grandes consumidores o usuarios industriales a los que se quiere beneficiar. La regulación de los monopolios se inicia "en armonía" con el interés regulado. De hecho, la estructura de los intereses mutuos, las expectativas de ganancias y los términos básicos de intercambio preceden a la regulación. Entonces, la regulación simplemente legitima y suaviza los arreglos de los grupos de interés¹⁵.

Esta etapa inicia una profunda crisis en los años setenta con una revisión de los fundamentos teóricos del modelo y de sus consecuencias económicas. La influencia de la Unión Europea y del Derecho Comunitario Europeo ha sido esencial a la hora de liberalizar distintos sectores de la economía de los Estados miembros: la propia dinámica del Mercado Interior ha supuesto una importante presión liberalizadora¹⁶

¹⁴ Cfr. FARRIS y SAMPSON (1973).

¹⁵ Cfr. SHEPHERD (1975), MITNICK (1989).

¹⁶ En este sentido, la Recomendación de la Comisión de 25 de mayo de 1997, relativa a las grandes orientaciones de las políticas económicas de los Estados miembros de la Comunidad, recomienda las privatizaciones para mejorar la competitividad de las empresas. También la recomendación del Consejo del 7 de julio de 1997 insiste en la importancia de la liberalización de los sectores regulados para la mejora de la competencia y la eficiencia en el mercado de bienes y servicios.

4. Etapa de competencia organizada y regulada.

A nuestro modo de ver, la salida de la crisis del modelo de monopolio no consiste en volver a la etapa de "competencia espontánea": se requiere un nuevo modelo donde la iniciativa empresarial y la competencia quedan liberadas de la regulación económica; pero proporcionando un nuevo marco de regulación civil (organización de la contratación y de los nuevos mercados), que articule las actividades competitivas con las que todavía no lo son (gestión de las redes exclusivas); y manteniendo la regulación administrativa necesaria para seguir garantizando la seguridad, salubridad, protección del medio ambiente, etc.

III. EL AUMENTO DE LA REGULACIÓN DURANTE EL SIGLO XX.

Con carácter general, durante la mayor parte del presente siglo XX se ha producido un aumento vertiginoso de la regulación que alcanzó su máxima expresión durante los años 60 y 70. Varios factores han influido en este aumento.

1. El cambio en la concepción del Estado en relación con la economía.

En el Capítulo Segundo ya hemos analizado la voluntad del Estado durante el siglo XX de dominar la economía, entre otros medios, a través de un espectacular aumento de la regulación.

2. El sufragio universal.

Como resultado de la ampliación de la democracia, los gobiernos recibieron presiones mucho más amplias de diversos sectores de la población para responder rápidamente a problemas que surgían de forma aguda y que por lo tanto recibían una cobertura muy amplia en los medios de comunicación. A menudo, la regulación ha sido una solución espectacular, aunque más aparente que real. Como ya observó DICEY, "los beneficios de la intervención del Estado, especialmente en forma de legislación, son directos, inmediatos, y por decirlo de esta forma visibles, mientras que sus efectos perversos son graduales, indirectos y quedan fuera del alcance de la vista"¹⁷. Esta observación del jurista inglés coincide exactamente con la del economista norteamericano HAZLITT que, en gran medida, centró sus críticas sobre la intervención del Estado en la economía en que estas intervenciones, a menudo reclamadas por la opinión pública y los medios de comunicación, producen efectos para algunos grupos reducidos de interés, que

¹⁷ Citado por OGUS (1994: 9).

son los más interesados en estas intervenciones, mientras que no se conoce el impacto que podrán tener estas intervenciones sobre los intereses generales de la comunidad; además, se buscan los efectos inmediatos y a corto plazo, no teniendo en cuenta los efectos mediatos a medio y largo plazo; y finalmente se buscan los efectos visibles mientras que se descuidan efectos que aparecerán más tarde y que no se tienen en cuenta a primera vista¹⁸. No deja de ser llamativa la coincidencia de estas dos perspectivas de un jurista y de un economista.

3. Los riesgos de los desarrollos tecnológicos.

Los rápidos avances de la tecnología han planteado graves riesgos y amenazas para la salud y para la seguridad, creando problemas para la protección de los consumidores individuales. Estas cuestiones no podían dejarse de lado por las Administraciones Públicas, ni quedar a resultas de una solución meramente de Derecho privado porque resultaba absolutamente imprescindible la capacidad tecnológica, la experiencia y la autoridad de las Administraciones Públicas.

4. La "revolución de los derechos".

Durante los años 60 y 70 se produjo el movimiento descrito en América como la "revolución de los derechos": es decir la organización de los grupos de interés representando por ejemplo al medio ambiente, a los consumidores, a los miembros más desfavorecidos de la comunidad... que surgieron como grupos políticos muy significativos y que pedían una protección adicional de sus derechos.

Los anteriores factores contribuyeron a un aumento exponencial de la regulación económica y de la regulación administrativa. Este aumento alcanza su punto de inflexión a finales de los años 70 cuando convergen factores de diverso tipo para entrar en el proceso inverso de desregulación. En este momento se alcanza un cierto grado de consenso entre diversas escuelas económicas sobre los fallos de regulación, a lo que se unen las ideologías políticas que alcanzan el poder durante esta época; y a lo que habría que añadir el desarrollo del mercado interior europeo, incompatible con los monopolios nacionales.

¹⁸ Cfr. Henry HAZLITT (1946-1996).

IV. TIPOS DE REGULACION.

No todas las normas jurídicas inciden de la misma manera sobre los derechos, libertades y obligaciones de los agentes sociales y económicos; por lo que suponen condicionamientos de distinto sentido y alcance respecto de sus posibilidades de actuación. Seguidamente efectuamos dos clasificaciones de la regulación que nos parecen útiles analíticamente: la que distingue entre el carácter civil, administrativo, económico o burocrático de la regulación y la que distingue entre regulaciones de estructura y regulaciones de conducta.

1. Regulación civil, de policía administrativa o social, económica y burocrática.

No existe acuerdo entre los diferentes autores o instituciones, que analizan el objeto de la regulación, sobre las diferentes denominaciones que pueden darse, ni sobre el contenido preciso del alcance de cada tipo de regulación¹⁹. Sin embargo, es una cuestión extraordinariamente relevante para determinar qué posición corresponde al Estado y a los ciudadanos, qué relaciones se derivan de estas posiciones y cuáles son los condicionamientos recíprocos. Un criterio de innegable utilidad tanto jurídica como económica consiste en intentar precisar la incidencia de la regulación sobre la posición del ciudadano: sobre el contenido de sus derechos u obligaciones.

A) Regulación civil e institucional.

Es frecuente que las escasas clasificaciones de la regulación no recojan expresamente la regulación civil o institucional básica, aunque posteriormente aparezca de alguna forma identificada, subrayándose su importancia²⁰. Ronald COASE explicó en "El problema del coste social" (1960-1994) que "lo que se intercambia en el mercado no son, como suelen suponer los economistas, entidades físicas, sino los derechos para realizar ciertas acciones; y los derechos de los individuos son establecidos por el sistema legal... De ello resulta que el sistema legal tiene una gran influencia en el funcionamiento del sistema económico, y en algún sentido, puede decirse que lo controla". De ahí, que la función esencial del Estado sea el reconocimiento y la protección de los derechos²¹.

¹⁹ El Informe de la OCDE (1997) sobre la reforma de la regulación reconoce expresamente esta inexistencia de definiciones generalmente admitidas.

²⁰ Vid. OGUS (1994: 4-5), que al analizar las formas de la regulación distingue entre regulación social y regulación económica, aunque todo el capítulo siguiente se dedique al contexto de la regulación: el mercado y el Derecho privado. Tampoco se menciona expresamente en el Informe de la OCDE (1997).

²¹ Vid. Gaspar ARIÑO (1993: 68 ss) y expresamente sobre el proceso de surgimiento del Estado

En la perspectiva de los economistas clásicos²², el sistema de libertad es esencialmente una creación legal: los mercados no surgen ni funcionan en el vacío, sino que necesitan para existir "un intrincado sistema de normas y regulaciones" (COASE). Las normas básicas del ordenamiento de una sociedad, como el reconocimiento de los derechos de propiedad y las garantías sobre el cumplimiento de los contratos con la sanción de eventuales incumplimientos, harán posible que existan los mercados²³.

El reconocimiento y definición de los derechos se sitúa en la esfera del Derecho Constitucional (derechos fundamentales y libertades públicas) y del Derecho Civil-Mercantil; mientras que su protección, además de en los anteriores ordenamientos, se lleva también al Derecho Penal y al Derecho Administrativo.

Ahora nos interesa destacar la trascendencia de la regulación institucional, civil o mercantil y su carácter predominantemente "facilitativo"²⁴: la regulación legal de los derechos de propiedad (reales), de los contratos, de las formas de organización social (familia, asociaciones, sociedades mercantiles...), de los mercados organizados (bolsas, ferias, lonjas de contratación) constituye el primer instrumento de intervención pública (aunque mayoritariamente dispositivo: autonomía de la voluntad) para permitir y facilitar que los individuos configuren el orden social y económico, como un "orden espontáneo" (HAYEK), que permite disponer los medios para conseguir los fines personales, en un entorno de información limitada y de incertidumbre sobre lo que acaecerá en el futuro. Este carácter predominantemente dispositivo y facilitativo de la regulación civil permite alcanzar fines públicos sin que la intervención administrativa anule o limite las libertades y su creatividad; si no que, más bien, facilita a los individuos que superen los obstáculos derivados de la falta de información y de los costes de transacción²⁵ que, sin instituciones de organización y negociación les impedirían actuar, y que cuando existen amplían notablemente los cursos de la iniciativa, de la libertad y de la creatividad, al prestar seguridad jurídica. Socialmente, la regulación civil institucional incentiva la libertad y el

LAMSDORFF (1989: 209 ss).

²² Cfr. en este sentido, por ejemplo, la exposición histórica que realiza HAYEK (1990: 69 ss) bajo el título "El legado clásico de la civilización europea".

²³ Cfr. SERRANO SANZ (1995).

²⁴ OGUS (1994: 26).

²⁵ COASE (1937-1994) descubre este aspecto crucial y lo define como la necesidad de llevar a cabo negociaciones, establecer contratos, realizar inspecciones, hasta lograr acuerdos. Para una explicación de la enorme trascendencia jurídico-económica de los costes de transacción, cfr. POSNER (1992:8).

Si no existiera la regulación-codificación civil, toda la asignación de derechos y obligaciones que realiza recaería sobre los negocios jurídicos imponiendo unos costes tremendos de elaboración y negociación. Si tampoco existieran los mercados organizados, las transacciones multilaterales y en masa que permiten no serían posibles de realizar más que a través de contratos bilaterales, etc.

pluralismo; económicamente, incentiva la iniciativa empresarial, el volumen de transacciones, la creación de riqueza y la competencia, al facilitar una correcta asignación de recursos²⁶.

En conclusión, y desde la perspectiva de la incidencia sobre los derechos, una correcta regulación civil que, con carácter predominantemente dispositivo, articule vías de negociación y organización social y económica incide sobre la esfera jurídico-económica propiciando la seguridad jurídica y facilitando actuaciones que no serían posibles en el simple marco de la autonomía de la voluntad y de una actuación exclusivamente individual-contractual.

B) Regulación de policía administrativa o regulación social.

Su objetivo consiste en lograr un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, evitando que las consecuencias del ejercicio de determinados derechos perjudiquen a los derechos de terceros, que se formalizan como intereses públicos o de la colectividad: seguridad, sanidad, medio ambiente, protección del consumidor, cohesión social, etc. Con frecuencia, en el ámbito de la ciencia económica y en el ámbito anglosajón, se denomina a esta regulación como "social"²⁷. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Administrativo continental, constituye la clásica y típica "regulación de policía administrativa"²⁸.

Esta regulación suele fundamentarse, entre otras causas, en dos grandes justificaciones²⁹:

- * La producción por una actividad de "*externalidades*" o efectos perjudiciales para terceros, que no entran en relación jurídica ni económica con quien la produce (por ejemplo la contaminación).
- * "*Asimetría informativa*": los individuos, ante una relación contractual existente o potencial con las empresas que suministran bienes o prestan servicios, pueden adolecer de una información insuficiente o inadecuada sobre esas empresas o sobre sus productos y servicios, lo cual crea una asimetría negociadora y dificulta la correcta formación de la voluntad (conocimiento del objeto-consentimiento).

²⁶ Según el "teorema de COASE", en una situación de costes de transacción nulos, la asignación inicial de un derecho no afectará a su destino final, pues las negociaciones entre las partes conducirán a efectuar aquellas transacciones que maximizan la riqueza, destinando los recursos a los usos más valiosos: vid. COASE (1994: 213), POSNER (1992: 10).

²⁷ Cfr. OGUS (1994: 4), SERRANO SANZ (1995), OCDE (1997).

²⁸ Cfr. Gaspar ARIÑO (1993: 50).

La situación de asimetría también puede darse a la inversa.

Para intentar solventar estos problemas, cuando se entiende que no existen remedios idóneos en el campo del Derecho privado, la regulación administrativa diseña diferentes técnicas:

- 1) *obligaciones de información* sobre la empresa, sus productos o sus servicios;
- 2) *la autorización previa* (licencias) o, en su caso, *la comunicación* de la realización de determinadas actividades personales o materiales, o de la comercialización de productos;
- 3) la imposición de normas de conducta a las actividades y de requisitos a los productos y servicios (normalización, fijación de estándares), etc.³⁰

Desde el punto de vista de la incidencia sobre los derechos de los particulares, suele entenderse que la regulación administrativa es una "regulación externa" de la actividad económica de que se trate, sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales³¹. Esta regulación del ejercicio del derecho, mediante la imposición de obligaciones, tiene por objeto -como regla general- proteger los derechos de terceros y los intereses sociales (el orden público), evitando (o restableciendo: medio ambiente) efectos perjudiciales que, lógicamente, no entran dentro de las facultades del titular del derecho que desarrolla la actividad potencial o realmente lesiva o nociva ("*alterum non laedere*").

C) Regulación económica.

La regulación económica penetra en el interior de la actividad empresarial y profesional y sustituye las condiciones de funcionamiento de los mercados, estableciendo barreras de entrada y de salida sobre las actividades, número de operadores, e imponiendo las decisiones esenciales de la producción: qué, cómo, cuándo, dónde y a qué precio producir.

La regulación económica ha pretendido sustituir a la competencia, persiguiendo efectos que se suponen similares, mediante tres grandes técnicas:

- 1) la creación de empresas públicas, con o sin nacionalización y reserva en monopolio de la actividad, con la expectativa de que los mecanismos de dirección y responsabilidad política serían suficientes para conseguir los fines públicos;

²⁹ Vid. Infra Capítulo quinto.

³⁰ Cfr. OGUS (1994).

³¹ ARIÑO (1993: 50).

- 2) la regulación coactiva de las condiciones de producción, calidad y precios de los bienes y servicios prestados por empresas públicas o privadas;
- 3) la regulación de la estructura empresarial del sector, limitando el número de operadores que puedan acceder al mismo³².

El fundamento de la regulación económica se ha justificado en la existencia de los denominados "fallos del mercado", que estudiaremos en el Capítulo siguiente.

La regulación económica priva de facultades propias a los derechos y libertades económicas (propiedad, libertad profesional, libertad de empresa, derechos de consumidores...) -que constituyen el soporte material del resto de derechos y libertades³³. Cada vez es más difícil encontrar causas reales y efectivas que justifiquen esas limitaciones de los derechos y libertades, lo cual enerva su legitimación jurídica y económica.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (2000:8) ha escrito "conviene ocuparse algo de cuál ha sido la historia de la regulación económica y, en especial el abismo entre lo que se propuso y lo que consiguió, para entender el movimiento reciente en contra de ella. En realidad la regulación económica de los países occidentales era una incrustación del sistema soviético de planificación dentro de nuestras economías llegando incluso a veces a establecer la propiedad pública de los medios de producción y, por lo mismo, los procesos de desregulación en Occidente tienen muchas similitudes con los procesos de transición de los antiguos países comunistas".

Queda así explicado el fenómeno de la supresión y consiguiente aumento de la regulación, que produce perplejidad a más de un observador: mientras la regulación económica pierde su razón de ser, quedando sometida a las técnicas de la desregulación, no sucede lo mismo con la regulación civil ni con la regulación administrativa que, ante determinadas circunstancias, deben desarrollarse y perfeccionarse para seguir garantizando -en un entorno de competencia y no de intervención administrativa sobre el mercado- los intereses públicos.

D) Regulación burocrática.

Aunque se presenten unidas a la regulación administrativa, resulta imprescindible distinguir e identificar, como hace con todo acierto el Informe de la OCDE (1997), las formalidades administrativas o "trámites burocráticos" que imponen las Administraciones Públicas sobre los agentes económicos y sobre cualquier ciudadano. Estas imposiciones

³² Cfr. ARIÑO (1993: 47 ss), OGUS (1994: 5).

³³ Cfr. ARIÑO (1993: 66 ss.)

administrativas, que en general pueden considerarse técnicamente como "cargas" para el ejercicio de los derechos, pueden tener y en determinados casos tienen, una incidencia gravemente negativa sobre el desarrollo de actividades, proyectos e iniciativas que se ven entorpecidas, dilatadas o incluso impedidas. Solamente la demora temporal que imponen, arruina con frecuencia proyectos en los que la agilidad financiera o competitiva resultan imprescindibles³⁴. De ahí que un objetivo esencial de la liberalización y, en concreto de la desregulación, sea suprimir los trámites que no sean indispensables, racionalizar y simplificar los que sí lo son, hacer su aplicación más ágil y transparente, y analizar qué técnicas de intervención pueden seguir resultando eficaces pero imponiendo menores restricciones y entorpecimientos³⁵.

2. Regulaciones de estructura y de conducta.

ARGANDOÑA (1990) presenta esta clasificación que resulta imprescindible a efectos de análisis ulteriores. La clasificación contempla un aspecto formal, por lo que ambos tipos de regulaciones pueden ser vehículo tanto para la regulación administrativa, como para la económica.

A) Regulaciones estructurales.

Su objetivo consiste en crear condiciones que eviten conductas indeseables, estableciendo normas sobre la propiedad, número de empresas, requisitos exigidos a éstas, actividades que pueden desarrollar, etcétera. Diferentes técnicas pueden ser:

- 1) La empresa pública y la nacionalización:** en Europa ha sido una forma tradicional de regulación del monopolio natural o de sectores que se consideraban estratégicos. Se suponía que eliminaba la necesidad de otras regulaciones, pero su fracaso ha conducido a la privatización.
- 2) Restricciones a la propiedad:** exclusión de socios extranjeros (por -supuestas- razones de seguridad nacional); limitaciones de participación (ej.: Bancos en otras entidades financieras); comunicación de participaciones (Mercado de valores), etc.
- 3) Regulaciones o barreras de entrada:**

³⁴ Vid. las acertadas observaciones y experiencias expuestas por BULLINGER (1991).

³⁵ Cfr. OCDE (1997) y LAMSDORFF (1989: 368 ss).

- ? **Limitación del número de operadores con o sin derechos de exclusiva** (concesiones administrativas): concesión en exclusiva de servicios públicos económicos por monopolio natural (energía, comunicaciones, transportes); limitación del número de operadores por escasez de recursos y por razones técnicas (limitaciones del espectro: emisoras de radio y televisión; operadores de telecomunicaciones); por un supuesto riesgo de competencia excesiva y presiones del sector (tradicional en los transportes), etc. Se tiende a suprimir estas limitaciones, para fomentar la competencia, salvo cuando no hay más remedio que adjudicar recursos escasos.
- ? **Fijación de requisitos para el desarrollo de una actividad:** pago de licencia fiscal, colegiación, título, licencia o autorización, inscripción en un registro, capital mínimo. La tendencia es a mantenerlos y, en algunos casos a intensificarlos.
- ? **Derecho de la Competencia:** condiciones para la absorción, fusión, concentración de empresas. Mercado de valores: información o limitaciones sobre el control de empresas, OPAS, etc.
 - * Limitación del tipo de actividades que pueden realizarse (instituciones financieras, seguros, etc.).
 - * Separación contable, funcional, jurídica o de propiedad ("unbundling") de actividades, por ejemplo: para evitar información privilegiada; para evitar el abuso de posición dominante o la canalización de subsidios cruzados con la consiguiente restricción de competencia (operadores de redes de energía, comunicaciones o transportes); para mantener la solvencia de instituciones financieras, etc.

La separación contable de actividades exige distinguir sus respectivos costes; la separación funcional exige que cada actividad se realice con recursos personales y materiales distintos; la separación jurídica exige que una determinada actividad deba realizarse mediante una empresa específica con su propia personalidad jurídica separada, aunque la propiedad de esta empresa puede corresponder a otra empresa holding que, a su vez, es titular de otras empresas que realizan actividades diversas; finalmente, la separación de la propiedad exige que una determinada actividad (por ejemplo, la transmisión de electricidad) se realice por una empresa realmente independiente, que no dependa de otra u otras, a través de participaciones que permitan el control, imponiendo para ello limitaciones a las cuotas de participación (ejemplo: operadores independientes de los sistemas de operación y transmisión de electricidad como Red Eléctrica de España o la National Grid Company del Reino Unido).

B) Regulaciones de conducta.

Hacen referencia a cómo se realiza la actividad regulada. Aunque las regulaciones estructurales son más sencillas de establecer para la Administración, imponen mayores costes sobre los operadores y son más proclives a constituir un freno a la competencia y a la innovación. Por ello, en muchos casos, es preferible buscar regulaciones de conducta antes que de estructura. Algunos ejemplos pueden ser:

- 1) **Reconocimiento de costes y fijación de precios:** Ha sido la técnica típica de la regulación económica para sustituir la competencia y regular a los operadores con concesiones de exclusiva. También se ha utilizado por razones de política social o para frenar la inflación. La tendencia es a abandonarlos, aunque resulta inevitable cuando un operador controla en exclusiva un recurso o una infraestructura.
- 2) **Establecimiento de estándares o normas de producto o servicio (normalización), licencias, certificaciones, etc.:** han tenido un enorme desarrollo en los últimos años. La imposición de estándares no es siempre la medida más eficaz. Puede ser preferible la regulación civil sobre calidad, fraudes, cumplimiento de contratos, etc., acompañada de procedimientos rápidos y baratos de arbitraje o reclamación (consumo). La existencia de normas puede llevar a su cumplimiento estricto en perjuicio de la atención al cliente. Las empresas prefieren los estándares porque su cumplimiento les exime de responsabilidad. También la opinión pública es favorable, al parecer que protegen mejor al usuario o consumidor.

En determinadas ocasiones, la fijación de estándares puede constituir una barrera de entrada a un mercado y también cabe el riesgo de "captura" de la Administración por los regulados.

- 3) **Facilitar información:** sobre la empresa, productos, servicios, etc. Cada vez es más utilizada para sustituir otros tipos de regulación.