

CUADERNOS

DOCUMENTO 4

Regular en tiempos
de crisis



Editado por CÍRCULO CÍVICO DE OPINIÓN
En Madrid, 24 de mayo de 2012
publicaciones@circulocivicodeopinion.es
Impreso: Gráficas San Enrique (Madrid)
Depósito Legal: M-7615-2012
ISSN 2254-1837
Editado en España

CUADERNOS

DOCUMENTO 4

Regular en tiempos
de crisis

Mayo 2012



El CÍRCULO CÍVICO DE OPINION asume como propios únicamente los textos de los *Documentos* que, tras la correspondiente deliberación y aprobación, se publican con su firma.

Las opiniones contenidas en los *Informes* encargados por el CÍRCULO CÍVICO DE OPINIÓN, y firmados por sus respectivos autores, son de la exclusiva responsabilidad de éstos.

ÍNDICE

Documento 4	
LA REFUNDICIÓN DE LOS REGULADORES	5
Informes	
Sobre la estabilidad de la regulación. Fórmulas de equilibrio y frentes de riesgos José Esteve Pardo	19
Estabilidad regulatoria Francisco José Villar Rojas	27
Mínimos reguladores, mínima regulación, mínima restricción y mínima distorsión a los mercados Andrés Betancort	35
La estabilidad de la regulación económica Juan de la Cruz	43

LA REFUNDICIÓN DE LOS REGULADORES

I. EL PROYECTO DE REORGANIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS DE REGULACIÓN ECONÓMICA

Uno de los proyectos de reestructuración administrativa más importantes que ha puesto en circulación el Gobierno es el relativo a la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, actualmente en tramitación como Anteproyecto de Ley. El objetivo de esta norma, según declara su preámbulo, es agrupar "las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales".

La operación de reforma se justifica, en el Anteproyecto, en la economía de escala que se conseguirá con la refundición de organismos, que se espera que permita una sustancial reducción del número de consejeros y directivos, y utilizar en común el personal con funciones meramente burocráticas. También se invoca la mayor independencia de que disfrutará el nuevo organismo y, no en último lugar, la mayor eficiencia y racionalidad de su trabajo. Se aduce que la reforma evitará las contradicciones que se han venido observando en los informes y decisiones de unos organismos en relación con los demás y, en no menor grado, las interferencias y efectos no deseados que las resoluciones de las Comisiones que se van a agrupar producen en sectores sometidos a la supervisión de otras distintas.

El enunciado de propósitos parece impecable y es plausible: si se quiere contar con una regulación de calidad, lo primero que hay que hacer es revisar la idoneidad de los organismos que tienen confiada esa función.

Hay otra razón, no explicitada en el indicado texto, que puede haber animado una reforma de tanto calado. Los organismos reguladores acumulan funciones de enorme importancia sobre cada uno de los sectores económicos sometidos a su supervisión. Controlar políticamente esos organismos puede ser absolutamente decisivo para que se puedan formular regulaciones integradas y coherentes por el propio Gobierno legítimamente constituido. Si los organismos reguladores siguen directivas políticas distintas de las del Gobierno, o se resisten a la aplicación de sus programas, aquél pierde capacidad de orientación política y de influencia en la ordenación de los sectores regulados. Uno de los remedios posibles para superar esta situación es refundir todos o buena parte de los organismos reguladores en uno solo. De esta manera, los Consejos anteriores desaparecerán y habrá que nombrar uno nuevo en el organismo resultante de la refundición.

Es posible que este objetivo, no confesado, también haya alimentado la reforma que el mencionado Anteproyecto está impulsando.

Sin embargo, en tiempos de tribulación o de destemplanza no suelen ser recomendables las mudanzas, y creo que dicho proyecto, ideado con tan buenas intenciones, se ajusta al proverbio canónicamente.

Para argumentar esta observación, lo primero que procede es recordar que los organismos reguladores son en España (también en toda la Europa continental) una novedad administrativa con muy pocos años de experiencia.

Hasta recientemente, los Estados europeos, y España desde luego, aplicaban una solución bastante sólida para ordenar sus relaciones con los sectores económicos en los que se desarrollan actividades consideradas de utilidad pública, como las telecomunicaciones, los correos, la televisión, los ferrocarriles o los aeropuertos: declaraban que esas actividades eran servicios públicos con la consecuencia de que las Administraciones Públicas asumían la titularidad de los mismos y se ocupaban directamente de su gestión. Encomendaban la tarea a organismos o empresas propias de la Administración titular del servicio (gestión directa) o la confiaban a concesionarios u otra clase de contratistas (gestión indirecta).

Los tiempos del Estado gestor y su presencia en la actividad económica general como titular de servicios han concluido casi por completo y la gestión pública ha sido sustituida en los indicados sectores, entre otros, por la supervisión continua sobre



las actividades de las empresas. Esta función pública es conocida con el nombre de regulación económica. Comprende competencias de elaboración y aprobación de normas, información, inspección, vigilancia, imposición de obligaciones de servicio público, resolución de controversias, aprobación de tarifas, etc.

El itinerario recorrido en España para llevar a cabo esta gran mutación, tan significativa económica y jurídicamente, ha sido justamente el contrario que el seguido por la economía de los Estados Unidos. En los mismos grandes sectores indicados no hubo en aquella nación, por razones vinculadas a su Historia, servicios públicos de titularidad estatal, como en la Europa continental, sino libertad de empresa. Los empresarios pudieron desarrollar con libertad sus negocios en cualquier sector. Lo hacían en ejercicio de su libertad económica. Y si, al disfrutarla, vulneraban o hacían imposible la actuación de otros empresarios o chocaban con los derechos de terceros, las controversias las había de resolver un juez. Eran conflictos que concernían a la empresa y a la propiedad y, por tanto, solo podían solucionarse en el marco de un procedimiento judicial como mandaba la enmienda constitucional sobre el *due process of law*. Los primeros reguladores, es decir, los únicos que podían constreñir la libertad de empresa en América, fueron los jueces.

Desde finales del siglo XIX, se crearon, sin embargo, primero en los Estados y luego a escala federal, comisiones o agencias que se ocuparían de supervisar las empresas que desarrollaban actividades de utilidad pública, imponiéndoles restricciones y obligaciones que salvaguardaran sus intereses particulares, radicados naturalmente en el beneficio, y los intereses generales. Algunas de las primeras intervenciones de este tipo fueron contestadas por algunas empresas importantes argumentando que los nuevos organismos de carácter administrativo habían asumido tareas que correspondían, según la Constitución, a los jueces o, incluso, al Congreso, cuando se atrevían a dictar normas. Pero desde que la Sentencia del Tribunal Supremo *Munn v. Illinois* de 1876 confirmó que la actividad de las agencias no podía considerarse contraria al *due process of law*, el nuevo sistema regulatorio quedó constitucionalmente avalado y, desde entonces, no ha hecho más que crecer y consolidarse, especialmente, por lo que concierne a los organismos con competencia en todo el territorio federal, a efectos de ejecutar las políticas anticrisis de la época del *New Deal*.

Se dotó a estas agencias de un estatus de independencia del Gobierno federal, para librarlas de la influencia de las coyunturas políticas partidistas, pero también para evitar el control de los organismos gubernamentales por los grupos de interés y sus acólitos.

Nótese, pues, que la regulación económica a través de agencias apareció en Estados Unidos para delimitar y acotar la libertad de empresa, acompasándola con los intereses generales y asegurando el libre juego de la competencia en los mercados. En Europa, en cambio, la regulación a través de agencias ocurrió en sectores

donde no existía libertad de empresa ni mercados, y se ha acudido a ella para asegurar esas libertades bisoñas, cuando se han establecido en sectores antes dominados por monopolios y empresas públicas, e impedir un uso de la misma incompatible con la competencia. Además, desde luego, de para mantener la obligación de las empresas de atender las misiones de servicio público que, en la etapa previa a la liberación económica, correspondían a la competencia de las Administraciones Públicas.

En nuestro país todas las agencias y comisiones reguladoras a que alude ahora el Anteproyecto de Ley que se propone refundirlas en una sola fueron establecidas con carácter sectorial. Ninguna de las normas que las creó justificó esta opción con demasiados detalles: se creaban Comisiones al tiempo, más o menos, que desaparecían los monopolios, la actividad económica dejaba de configurarse como servicio público y se liberalizaban los mercados. Y como esto no sucedió simultáneamente en todos los sectores, en unos surgieron los nuevos reguladores antes que en otros. Además, las enormes diferencias técnicas y las peculiaridades de funcionamiento de los respectivos mercados conducían de modo natural a la sectorialización.

Pero también debe constatarse que en algunos sectores se crearon Comisiones reguladoras solo por seguir la moda. Sin que concurriera ninguna de las razones que justifican técnica y jurídicamente su implantación.

Por todos estos motivos era impensable que se planteara en serio la opción de constituir un solo organismo, de carácter multisectorial, que se ocupara de la regulación de todos los mercados liberalizados. Además, en la añorada época de la reciente y extinguida opulencia, que fue cuando nacieron, tal vez importara más contar con muchos Consejos para retribuir a leales colaboradores de los detentadores del poder.

La propuesta de unificar la mayor parte de los organismos reguladores existentes se enfrenta, sin embargo, con muchos problemas serios. Tal vez algunos insuperables, pero todos merecedores de un examen atento.

II. INDEPENDENCIA Y ESPECIALIZACIÓN

Los más destacados son, naturalmente, los que tienen una vinculación más directa con los fundamentos de la creación de Comisiones o Agencias reguladoras. Entre ellos, los que sostienen la conveniencia, o necesidad, de que la función regulatoria esté atribuida a entidades que cuenten con un estatuto de independencia tanto de los Gobiernos que designan a sus miembros como de las empresas que actúan en los mercados regulados. Junto a la independencia, se invoca habitualmente, como justificación de la existencia de organismos reguladores, la especialización que es



imprescindible para supervisar, con fundamento y eficacia, mercados y empresas que manejan un utillaje técnico y económico muy complejo.¹

El requisito de la independencia puede cumplirse satisfactoriamente tanto se opte por el establecimiento de un regulador sectorial como si se implanta uno multisectorial. Los autores del Anteproyecto que pretende la refundición de los reguladores creen que la concentración permitirá asegurar mejor la independencia. Mi opinión es, en cambio, la contraria: el Anteproyecto no solo refunde organismos, sino que también reordena sus competencias. Del nuevo reparto resulta que los Ministerios competentes en cada sector asumen bastantes atribuciones que antes pertenecían a la Comisión sectorial correspondiente. Esta simple traslación permite concluir, sin necesidad de más demostraciones, que, al menos desde el punto de vista político, la independencia respecto del Gobierno se reduce.

Es posible que la solución gubernamental guste más, sin embargo, a algunas empresas de sectores regulados. La relación suele ser más fácil, el *lobbying* también y, por lo normal, los Ministerios mantienen una intensidad de supervisión menor porque tienen muchas más competencias que atender que los organismos especializados, dedicados en exclusiva a aquella tarea.

Además, algunos Ministerios ostentan la representación del Estado en empresas con participación pública que actúan en los mercados regulados (por ejemplo, la televisión pública en el sector audiovisual). El principio de separación de los reguladores y los operadores económicos del sector correspondiente se considera, tanto en el Derecho comunitario como en la legislación estatal correspondiente, como una directiva esencial de carácter organizativo. El fundamento de esta regla es, en casi todos los sectores, el mismo: si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión se sitúan en una posición de ventaja que resulta incompatible con la competencia.

En el ámbito comunitario europeo, las argumentaciones sobre la necesidad de mantener separados a reguladores y operadores se han incorporado a la normativa concerniente a todos los sectores liberalizados. Las argumentaciones proceden en general de la fundamentación teórica que estableció el Libro Verde sobre las Telecomunicaciones de 30 de junio de 1987, cuyos principios, en este punto, recogió la Directiva de la Comisión 90/388, de 28 de junio, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, cuya regulación en este aspecto se ha mantenido en las normas que la han sustituido. Lo mismo que se ha mantenido la doctrina que, en el mismo sentido, estableció el Tribunal de Justicia comunitario, precisamente en la Sentencia *Reino de España y otros contra Comisión* de 17 de noviembre de 1992.

¹ La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece con carácter general la aplicación del principio de independencia a todos los organismos reguladores: "1. Los Organismos Reguladores actuarán en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial..."

Por lo que concierne a la especialización, se invoca siempre como una de las justificaciones más determinantes de la existencia de organismos reguladores. La complejidad creciente de las relaciones económicas impone a las Administraciones Públicas actuaciones que requieren conocimientos especializados y la atención de problemas muy específicos que afectan a mercados que siguen pautas de funcionamiento muy complejas desde el punto de vista técnico y económico. Teniendo en cuenta esta exigencia de especialización, que está inmediatamente conectada con la calidad de la regulación, puede también ponerse en duda que la creación de organismos reguladores multisectoriales sea una alternativa idónea. Mientras más concentradas estén las funciones reguladoras concernientes a sectores económicamente muy diferentes, mayor será el retorno de las formas del modelo de administración burocrática tradicional y más decaerá la especialización. Puede sostenerse que la refundición conlleva la ventaja de la posible utilización en común de todo el personal que desarrolla funciones burocráticas ordinarias, lo que es innegable. Pero es reducido el porcentaje de personal al servicio de las Comisiones reguladoras que desarrolla tareas de esta clase. La mayoría aplican conocimientos especializados de los que no disponen, por lo general, los funcionarios de la Administración General. Sencillamente, porque no han sido preparados para ello y carecen de experiencia.

También puede contradecirse la conclusión de que la concentración repercute en el principio de especialización del regulador, sosteniendo que la creación de una Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la que se ubiquen diversas Comisiones preexistentes, es compatible con el establecimiento, dentro del nuevo macroorganismo, de divisiones o direcciones por sectores, donde se mantenga la especialización precisa. Pero se convendrá que si dichas divisiones tienen el mismo tamaño aproximado que cada una de las Comisiones o Agencias que son objeto de fusión, no se entiende muy bien cuáles serán los beneficios de una operación de reorganización tan compleja, ni cómo se podrá llevar a cabo la coordinación de las divisiones o direcciones reguladoras de los diferentes sectores económicos en el seno del nuevo, y previsiblemente descomunal, organismo.

Un problema añadido resulta de la unión de competencias transversales, como las que ejerce actualmente la Comisión Nacional de la Competencia, con las competencias sectoriales de regulación. Conceptualmente, *supervisión de la competencia en el mercado y regulación de los mercados* son dos funciones públicas caracterizadas y distintas, que no se desenvuelven con arreglo a las mismas técnicas jurídicas ni atienden tampoco a postulados económicos siempre intercambiables.

III. LAS OPCIONES DE CONCENTRACIÓN MULTISECTORIAL TIENEN QUE ESTAR EN RELACIÓN CON LA EXTENSIÓN TERRITORIAL DE LA COMPETENCIA DEL REGULADOR

No deberían crearse organismos administrativos nuevos si no están claras las funciones que van a ejercer, los créditos presupuestarios que se van a aplicar al ejercicio de sus competencias o si suponen cualquier clase de duplicación. Estos principios, que tienen su consagración legal en el artículo 11 de la Ley 30/1992, de 26 de



noviembre, son concordantes con lo que establece el artículo 31.2 de la Constitución: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. Las estructuras administrativas deben dimensionarse, por tanto, de forma que los organismos a los que se atribuyen funciones públicas tengan una justa proporción con la relevancia de dichas tareas.

El establecimiento de organismos reguladores sectoriales o la elección del modelo multisectorial están en íntima relación con los indicados principios. En Estados Unidos, de donde procede el modelo de la regulación económica por agencias independientes, como ya se ha indicado, es simple la verificación de cómo se ha aplicado dicho criterio: las Agencias federales que extienden su competencia a todo el territorio de Estados Unidos son todas sectoriales. Son de tal complejidad los mercados concernidos y tan acentuada su especialización, que sería organizativamente imposible concentrar la regulación de todos ellos en un único organismo. En cambio, muchos Estados miembros de la Federación, que tienen sus propios organismos reguladores, han seguido la solución contraria, salvo algunas excepciones en Estados de gran envergadura territorial. La razón es, naturalmente, la inversa.

La operación de refundición de las Comisiones reguladoras que pretende llevar a cabo el Anteproyecto de Ley que estamos considerando, puede conducir a que en España se establezca, sin ningún fundamento posible, justamente la solución contraria a la que acaba de indicarse: un organismo multisectorial, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, se ocupará, a escala estatal, de la supervisión de sectores económicos muy diversos (de las telecomunicaciones, al juego; de la televisión, a la energía o la competencia) mientras que las Comunidades Autónomas mantendrán Comisiones sectoriales en los mercados que consideran económicamente más relevantes para el interés general.

La situación, además de absurda, tiene difícil remedio, porque algunos de estos organismos autonómicos, reguladores de carácter sectorial, han sido contemplados en los propios Estatutos de Autonomía reformados a partir de 2006. Considerando que los Estatutos son normas rígidas cuya modificación requiere seguir un procedimiento particularmente complejo, no podrá el legislador ordinario evitar la aparatosa contradicción referida. La única solución podrá ser dejarlo sin funciones o vaciarlo de contenido o, si el Estatuto lo permite, no crearlos.

Otros muchos organismos reguladores autonómicos de carácter sectorial, operantes en los mismos mercados que los estatales (pero con competencias limitadas a la escala territorial propia), han sido creados por leyes de las Comunidades Autónomas. Su supresión o refundición no está tampoco disponible para el Estado y cualquier reforma dependerá de que el legislador autonómico la acuerde. Pero puede augurarse que no será difícil que la corriente refundidora impulsada por el

Gobierno del Estado se aplique o no en las Comunidades Autónomas dependiendo del signo político del partido que domine sus instituciones.

Organismos reguladores consagrados en los propios Estatutos de Autonomía son los Consejos Audiovisuales (por ejemplo, artículo 82 del Estatuto catalán aprobado por Ley Orgánica 6/2006 y artículo 31 del Estatuto de Andalucía aprobado por Ley Orgánica 2/2007, o los Tribunales de Defensa de la Competencia –artículos 154 y 164 respectivamente de los mencionados Estatutos–). Sin mediar una previsión estatutaria, otras muchas Comunidades Autónomas han creado los mismos organismos: Ley de Navarra 15/2011, de 21 de octubre, que crea el Consejo Audiovisual de Navarra; Ley del País Vasco 1/2012, de 2 de febrero, que crea el Tribunal y el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia; Ley 1/2011, de 28 de febrero, de Galicia, que crea el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia; Ley de Andalucía 1/2004, de 17 de diciembre, que crea el Consejo Audiovisual de Andalucía; Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que regula la Agencia de Defensa de la Competencia, etc.

IV. LA INFLUENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA ORGANIZACIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Las dificultades mayores que se opondrán a la bienintencionada decisión de unificar en un solo organismo la tarea de regular mercados diversos proceden, sin embargo, del Derecho Comunitario. Las normas europeas imponen en algunas ocasiones qué clase de organismos tienen que existir e impiden reordenaciones de funciones como las que pretende llevar a cabo el Anteproyecto.

Referiremos para ilustrarlo dos ejemplos, uno concerniente a los reguladores del sistema financiero, que han quedado al margen del Anteproyecto que se está analizando, y otro relativo a la regulación del sector energético, comprendido de plano en el mismo.

Por lo que concierne al sector financiero, diversos Reglamentos y Directivas europeas de 24 de diciembre de 2010 determinaron la creación del Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF). La nueva ordenación de este regulador europeo del sistema financiero fue la respuesta al fallo general de los sistemas de control de los mercados debido, entre otras diversas razones, al defectuoso ejercicio de los deberes de vigilancia que correspondían a las autoridades públicas de supervisión. Se atribuye buena parte de la crisis financiera global a los fallos de vigilancia. Uno de los problemas esenciales que se han tratado de corregir con el nuevo dispositivo es el de la fragmentación de la supervisión pública de los mercados financieros. Cada Estado cuenta con autoridades supervisoras de los mercados bancarios, de valores, y de seguros y pensiones, que no siempre actúan de un modo coordinado, lo que permite la existencia de acciones importantes de empresas e intermediarios que operan en zonas intersticiales o vacías de control.



Ante la alternativa de establecer un operador unitario o multisectorial, o mantener el sistema de reguladores sectoriales, el SESF se configura como una red de autoridades de supervisión financiera nacionales y comunitarias compuesta por la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS), encargada de la supervisión macroprudencial, y las Autoridades Europeas de Supervisión (AES), competentes para la supervisión microprudencial. Ésta se desarrolla en el sector bancario por la Autoridad Bancaria Europea (ABE), en el sector asegurador por parte de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ) y en el sector de los instrumentos financieros por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM). Por tanto, se tiene en cuenta que el sistema financiero europeo está organizado en tres mercados susceptibles de regulación diferenciada: el bancario, el de los instrumentos financieros, y el de seguros y pensiones. La reestructuración del sistema de supervisión financiera ha sido consecuente con esta estructura tridimensional de los mercados, pero no ha renunciado, sin embargo, a establecer una supervisión concentrada concerniente al conjunto. Por eso, el SESF queda estructurado sobre la base de un organismo unitario, la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS), que se ocupa de la supervisión macroprudencial, dejando la supervisión microprudencial a cada una de las tres autoridades europeas de supervisión que atienden respectivamente a los sectores bancario, financiero y asegurador.

Aunque, como antes se ha indicado, los reguladores del sistema financiero quedan fuera de la operación de reestructuración contemplada por el Anteproyecto que se está analizando, existen otros, como la Comisión Nacional de Energía o la Comisión Nacional de la Competencia, directamente involucrados en la operación de refundición, respecto de cuya organización y funciones existen normas comunitarias europeas que condicionan seriamente cualquier regulación nueva, de carácter estatal, que afecte a su organización y funciones.

El ejemplo de la Comisión Nacional de Energía puede ser suficientemente expresivo de lo indicado. El contenido del Anteproyecto afecta a diversas previsiones de las Directivas 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y la directiva y 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Especialmente, los artículos 35, de la primera Directiva citada, y 39, de la segunda, establecen las condiciones mínimas de independencia y autonomía de que deben disfrutar las Autoridades Reguladoras Nacionales (ARN) con competencias en los sectores energéticos. Son muchas las previsiones que pueden afectar a la refundición que se pretende de la Comisión Nacional de Energía, como ARN del sector energético, en la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, que ha traspuesto las Directivas citadas al ordenamiento jurídico español, ha llevado a cabo un cuidadoso reparto de atribuciones entre la actual Comisión de Energía y el Ministerio de Industria o el Consejo

de Ministros, en términos aparentemente compatibles con las normas comunitarias, pero que implican una fuerte absorción de competencias por parte del Ministerio que seguramente podrá ser puesta en cuestión desde las dos perspectivas que venimos indicando: la independencia política del regulador en el ejercicio de sus funciones y la especialización técnica, que ha sido la justificación principal del establecimiento de esta clase de organismos.

La Comisión Nacional de Energía, en el Informe que aprobó el pasado 15 de marzo de 2012 en relación con el Anteproyecto que analizamos, advirtió pormenorizadamente, entre otros, de esos problemas.

V. CONCLUSIONES Y ALTERNATIVAS

El Anteproyecto de Ley de la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia está todavía en fase de tramitación y, sin duda, será objeto de muchas mejoras. Las ideas en que se basa son razonables. En España se han creado muchos organismos reguladores innecesarios. También se han distribuido las competencias de regulación entre los Ministerios y los organismos reguladores de forma conflictiva y generadora de muchas ineficiencias. Algunas veces ponen en cuestión la independencia de los reguladores, cuando las normas europeas exigen que se garantice efectivamente. Desde el punto de vista de la formulación de políticas regulatorias coherentes, es comprensible el objetivo político del Gobierno de aprovechar la refundición para poner al frente de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a profesionales técnicos o políticos avezados y de su confianza. Esta clase de cambios en el número de consejeros o sustituciones de los anteriores es casi tan vieja como las crisis económicas. La experiencia histórica más conocida a este respecto es la que enfrentó al Presidente Roosevelt con el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, con ocasión de la aplicación de muchas de las medidas económicas que formaron parte del *New Deal*. Un Tribunal Supremo conservador, y muy protector de la libertad de empresa y la propiedad, anuló sucesivamente decisiones económicas del Presidente. La forma por parte de Roosevelt de atajar esa actitud negativa fue amenazar con una reforma del Tribunal Supremo ampliando el número de los Magistrados que lo integraran e incorporando nuevos jueces que compartieran su ideología económica reformista. Bastó con la amenaza y con que se produjera inmediatamente la posibilidad de designar nuevos jueces próximos a las posiciones del Presidente para que el problema quedara resuelto y la jurisprudencia del alto Tribunal tomara una orientación deferente con las nuevas políticas económicas.

No obstante lo anterior, no es seguro que la reforma permita ganar la eficiencia y coordinación que se persigue. Dadas las dimensiones orgánicas de la nueva entidad, la relación entre las diferentes divisiones o direcciones sectoriales será tan complicada como la que actualmente dificulta la fluidez de los contactos entre la Comisión Nacional de Energía, o la de las Telecomunicaciones con la Comisión Nacional de la Competencia o cualquier otra.



Para concluir el análisis, puede decirse, en fin, que tal vez el Anteproyecto debería moderar sus ambiciones de refundición. Por otra parte, el Gobierno debería incorporar, a su programa político de reformas de la función regulatoria, algunos aspectos que en aquella primera entrega han quedado marginados.

La moderación puede aplicarse en varios sentidos: antes de refundir organismos, debería plantearse la cuestión de si ha sido necesario, por razones jurídicas, económicas o prácticas de cualquier clase que sean estimables, crear alguno de los organismos reguladores existentes. Si no se encuentran, lo mejor es prescindir de refundirlos y, pura y simplemente, proceder a eliminarlos, devolviendo las competencias correspondientes a los Ministerios que operan en el sector correspondiente del mercado. En el polo opuesto, si en el Derecho Comunitario existen prescripciones que obligan a mantener organismos reguladores separados del Gobierno, deberían mantenerse. Su refundición con otros en un macroorganismo depende de la medida en que la organización y funcionamiento de éste resulten razonables.

Tan problemática como la refundición aludida es evitar la creación, o procurar la supresión, de los organismos reguladores sectoriales que se han creado, o está previsto crear, en todas las Comunidades Autónomas. Es una enorme contradicción organizativa establecer criterios de concentración multisectorial a escala estatal y no impulsar reformas en el ámbito de las Comunidades Autónomas, donde se multiplican organismos sectoriales. Como se ha indicado más arriba, existen más razones para la concentración cuando el ámbito territorial donde se extienden las competencias es más reducido.

Por último, la parte importante de los problemas de la regulación económica en España que el Anteproyecto no atiende, y el Gobierno probablemente ha dejado para más adelante, es la relativa a la calidad de la función de regulación. Las empresas, para desarrollar su actividad de un modo adecuado, necesitan no sólo que los sectores económicos en los que actúan estén supervisados por organismos eficientes y bien dotados, sino también que acomoden sus decisiones a los principios de claridad, transparencia, participación, racionalidad, estabilidad, predecibilidad, responsabilidad, proporcionalidad, simplificación, etc., todos los cuales influyen decisivamente en la seguridad de las inversiones, y en el desarrollo y cumplimiento de los objetivos que los operadores económicos se proponen alcanzar.

CÍRCULO CÍVICO DE OPINIÓN
Madrid, 14 de mayo de 2012





INFORMES

Informes preparados para el Círculo Cívico de Opinión.





SOBRE LA ESTABILIDAD DE LA REGULACIÓN. FÓRMULAS DE EQUILIBRIO Y FRENTE DE RIESGO

José Esteve Pardo

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Barcelona

Uno de los objetivos, posiblemente el principal, que se marcó el Derecho en la cultura occidental moderna fue el de conseguir la máxima seguridad, la seguridad jurídica, la fijación de referencias estables en el tráfico jurídico privado –en la contratación, en la delimitación de la propiedad, en los registros, etc.– y en el Derecho público: en las normas precisas, escritas, publicadas; en la firmeza de las declaraciones y actos de la Administración, de las sentencias de los Tribunales, etc.

1. La estabilidad de los operadores en el modelo tradicional de regulación en monopolio y en el sistema europeo de gestión de servicios situados bajo titularidad pública y excluidos del mercado

Esta seguridad y estabilidad contribuyó decisivamente al desarrollo de la industria y de la actividad económica. La seguridad era un elemento decisivo en las inversiones y el sistema jurídico contribuía poderosamente a ella.

Sin embargo, entrado ya el siglo XX, se produjeron importantes y significativas reformas, sobre todo en los sectores económicos más vinculados a la satisfacción de necesidades colectivas y generales; los sectores que, sobre todo en la Europa continental, comenzaron a definirse y caracterizarse como servicios públicos. Pero lo cierto es que al otro lado del Atlántico se percibió también la incuestionable relevancia pública de estos sectores económicos que vienen a coincidir con los que allí se conocen como *public utilities*.

Fue precisamente en Estados Unidos donde se desarrolló la actividad pública de regulación en su más estricto y genuino sentido que se proyectaba sobre esos sectores económicos de interés general o *public utilities*. La regulación atiende prioritariamente a toda una serie de referencias de tipo económico que, por su propia naturaleza, son cambiantes y mutables, destacando entre ellas los costes reales en los que incurren los operadores o la estructura de los mercados. Esa atención prioritaria a las mutables referencias económicas alteró considerablemente el entorno jurídico marcado hasta entonces por la rigidez de las referencias, la estabilidad y la seguridad. Los sectores regulados se convierten entonces en sectores inestables en sus referencias jurídicas: la tipificación de conductas se difumina, los contratos se reforman, las tarifas se modifican, etc.

Sin embargo, esa inestabilidad es aparente, pues el eje central permanece estable. Este eje



es el que se conoce como *rate of return* o tasa de retorno, de la que resulta la retribución del operador. Se conocen y determinan, primero, por el regulador público los costes reales en los que incurre y sobre ello se establecen las tarifas y su cuadro de retribuciones de tal manera que obtenga una retribución razonable y proporcionada, nunca excesiva. De este modo se mantenía una estabilidad muy digna de valoración, sobre todo por el mercado financiero y los inversores. La garantía de unos beneficios no excesivos, pero seguros, era un elemento de estabilidad de la regulación que atrajo capitales de los mercados financieros.

En la Europa continental, aunque los presupuestos eran diferentes, se alcanzaron resultados similares en lo que es la flexibilidad y la relativización de las referencias jurídicas. Aquí se optó por atribuir la titularidad de estos sectores a la Administración Pública, que frecuentemente encomendaba la gestión económica a concesionarios a través de contratos. Lo que ocurrió fue que los Tribunales administrativos flexibilizaron la teoría del contrato, basada en el principio de seguridad jurídica, para introducir en ellos criterios y mecanismos de mutabilidad. Así, ante un incremento no previsible de los costes por causas ajenas al concesionario, podía recomponerse el contrato para darle cobertura y mantener la prestación del servicio. También aquí, bajo la apariencia, y el hecho, de la mutabilidad y la inestabilidad, se escondió un eje central que se quiere sea del todo inmutable: la llamada ecuación financiera. Si los costes se alteran superando ciertos límites, también habrían de alterarse las retribuciones, pero alterarse en la misma proporción. Esa proporción entre costes e ingresos, que habrán de ser razonables, nunca excesivos, es la que se conoce como ecuación económica financiera que resulta del contrato. Hay que significar que esos mecanismos de compensación y equilibrio sólo se activan si la gestión del operador ha sido correcta; en caso de incumplimiento o mala gestión, no puede pretenderse compensación alguna.

En cualquier caso, lo que prioritariamente nos interesa destacar es que esos mecanismos de equilibrio y estabilidad absorben las alteraciones que puedan producirse en el ámbito externo, particularmente en el marco normativo del servicio. Así, un cambio legislativo con incidencia directa puede que conlleve un incremento de los costes; en tal caso jugarían los mecanismos compensatorios, que conceden así una considerable estabilidad a los operadores.

Por lo demás, estas fórmulas centrales –*rate of return*, mantenimiento de la ecuación financiera– eran un elemento fundamental de estabilidad en la gestión de servicios públicos e incentivaban el apoyo financiero a estas empresas de gestión que tienen, salvo gestión errática por su parte, asegurado un nivel razonable de ingresos. Ello hizo a estas empresas, gestoras y operadores de sectores tan relevantes como la telefonía, la electricidad, la energía, las aguas y su abastecimiento, unas empresas particularmente seguras y sólidas, muy atractivas para el sistema financiero y para los pequeños inversores que valoran sobre todo una rentabilidad segura aunque no resulte muy elevada.

2. La cuestión en el “nuevo” modelo de regulación en competencia

Ese modelo de regulación, tendente al monopolio y dominante en Estados Unidos hasta finales de los años setenta del pasado siglo, presenta a partir de entonces toda una serie de disfunciones que lo hacen objeto de crítica: precios no ajustados a los costes, incapacidad para incorporar avances tecnológicos, extensión del monopolio a fases del servicio en las que no



está justificado, concurrencia promiscua de consideraciones políticas y económicas en la regulación, etc. Es entonces cuando se transforma el modelo de regulación en monopolio por el modelo de regulación en competencia.

Se considera que todas estas cuestiones claves –el ajuste de precios, la adaptación tecnológica, la calidad y seguridad en las prestaciones– alcanzarán su solución óptima si se permite la libre entrada de operadores actuando en régimen de competencia. La actividad del legislador consistirá entonces en mantener las condiciones que hagan efectiva la competencia con medidas tales como la corrección de posiciones de ventaja por parte de ciertos operadores –ordinariamente los que ocupaban posiciones de monopolio en el anterior sistema–, en garantizar su acceso a redes en condiciones de igualdad, en imponer las llamadas obligaciones de servicio público allí donde no llega el interés comercial de los operadores, etc. Se trata de un modelo de regulación que podemos calificar de horizontal, puesto que la actuación del regulador se proyecta prioritariamente en el plano de las relaciones entre operadores. Lo que pretende este modelo vigente de regulación es mantener y garantizar la competencia entre operadores, corrigiendo los llamados fallos de mercado. Este modelo no pretende así garantizar la estabilidad como el anterior modelo de regulación en monopolio, que aspiraba a garantizar una prestación continuada a precios razonables garantizando, asegurando, la posición del operador monopolista que, por su parte, no podía pretender unas ganancias elevadas.

Es ese modelo de regulación –el segundo que se genera en Estados Unidos– el único que se conoce en la Europa continental. El modelo europeo de titularidad pública de sectores económicos gestionados por empresas privadas en régimen concesional no sólo generaba las mismas disfunciones, que afloraron sobre todo en los años noventa, sino que además los postulados de la Unión Europea rechazaban un modelo en que las empresas gestoras pudieran disfrutar de un régimen protector, al margen de la competencia y el mercado. Por estas razones se tendió la vista al modelo norteamericano en el que nunca fue un presupuesto la titularidad pública del servicio y que ahora se abría de lleno a la competencia entre operadores.

Este modelo de regulación en competencia, todavía relativamente novedoso entre nosotros, no pretende mantener a los operadores en una posición estable, confortable, con las coberturas propias que ofrecían las fórmulas de equilibrio financiero o la tasa de retorno de los operadores monopolistas. Ahora es la competencia efectiva entre operadores la que constituye el objetivo de la regulación porque se confía en que sea esa competencia el mecanismo de ajuste y racionalización de los precios, de la calidad, de la seguridad, de la amplitud y accesibilidad de oferta para los usuarios, que es el objetivo último de la regulación.

3. El mercado como referencia. La regulación orientada a superar los fallos del mercado y a reconstituir la competencia.

La estabilidad no será predicable ya de la posición en que el operador se sitúa, sino de las reglas que rigen la actuación de los operadores, que son las reglas de la competencia. El último episodio del sistema regulatorio centrado en la estabilidad de los reguladores es el que se produjo en la década de los 90 con los costes de transición a la competencia: cuando a las empresas situadas en la estable posición monopolista se les abrió el frente de la libre competencia; con los costes de transición a la competencia se pretendía compensarlas por la pér-

didada de expectativas que razonablemente vislumbraban desde su posición protegida, normalmente de monopolio, al socaire de los rigores del mercado.

Lo estable de la regulación será a partir de entonces el mantenimiento del mercado, la competencia entre operadores. La tarea de las autoridades reguladoras será justamente la de mantener la plena operatividad del mercado en unos sectores que ordinariamente tienen una serie de condicionantes congénitos que limitan el número de los operadores o los hacen dependientes de unos recursos escasos, como son las redes o las infraestructuras. La regulación consistirá en establecer fórmulas para que esas limitaciones no afecten a la competencia o en obviar los que se conocen como fallos de mercado; ello conducirá con frecuencia a una regulación consistente en recrear la competencia en entornos donde ésta no puede desenvolverse de manera natural.

La estabilidad de los operadores será entonces la que pueda dispensarles el mercado. Obviamente ese mercado podrá ser más o menos estable, más o menos volátil, pero ya sería una referencia segura, un elemento de estabilidad, que fuera el mercado y sólo el mercado –aunque se tratase de un mercado recreado, simulado, como suelen ser los sujetos a regulación– el único elemento a considerar.

4. Riesgo de mercado y riesgo normativo como posibles factores de inestabilidad

Los mercados se desenvuelven en un marco legislativo susceptible de modificaciones que pueden ser de gran calado. Así es como en los análisis de riesgo que realizan los operadores se distingue con toda normalidad entre riesgos de mercado y riesgos normativas. Son dos posibles fuentes de inestabilidad: una, la que tiene su origen en el propio mercado; y otra, la que procede de los cambios que puedan producirse en el marco normativo en el que ese mercado se desenvuelve.

Los riesgos de mercado son plenamente asumibles por los operadores. Son sus riesgos característicos, para los que están preparados y en cuya correcta gestión radica buena parte del éxito de su actividad económica. Con independencia de que sean más o menos previsibles, es incuestionable que los riesgos de mercado entran de lleno en la órbita de los operadores, que para ello disponen, o pueden disponer, de mecanismos de gestión y reacción.

5. Marco normativo general y marco normativo del mercado sujeto a regulación

En otro plano se sitúan los llamados riesgos de marco normativo. Son los que derivan de las modificaciones del marco jurídico por decisiones de las instancias públicas, del poder legislativo destacadamente, que afectan y alteran sustancialmente las referencias que se toman en consideración por los operadores en los mercados, como puedan ser precios, expectativas razonables de recuperación de inversiones, tratamiento legal favorable a competidores, etc. Estas modificaciones normativas están fuera de la órbita de disposición de los operadores, aunque como veremos de inmediato éstos pueden, y deben, tener una intervención indirecta a través de los mecanismos de participación en la elaboración de normas. En cualquier caso, en esos cambios que se registran en el marco normativo podrían discernirse dos modalidades, atendiendo a su ámbito de aplicación, que nos sitúan ante dos círculos concéntricos.



En el círculo de mayor radio, el más externo, se localizarían las normas más generales atendiendo a su ámbito de aplicación: aquéllas que se aplicasen al conjunto de la actividad económica o al conjunto de los ciudadanos; por ejemplo, legislación general de protección de los consumidores, legislación sobre pesas y medidas, sobre derechos y libertades relacionados con la libertad de empresa, legislación laboral y de la seguridad social, etc.

En el círculo interior, se encontrarían las normas que afectan directa y específicamente al sector o mercado sujeto a regulación. Serían las normas que recaen sobre el sector de la energía, o de las telecomunicaciones, o de los transportes, etc.

Las normas que inciden en este círculo interno deberían limitarse al máximo, sobre todo las normas que introducen modificaciones significativas. El propio sistema de regulación se concibe y desarrolla bajo la idea de que la gestión y prestación de servicios de interés general debe realizarse al margen de la intervención o instrumentalización por otras instancias públicas. La gestión del servicio habría de ser intrínseca, por así decirlo, atenta exclusivamente a las referencias económicas, particularmente a los costes en que se incurre y a la configuración del mercado.

El sistema tradicional de gestión de servicios públicos que partía de la titularidad pública de los mismos propiciaba que la Administración o la instancia gubernamental que ostentaba esa posición de titularidad la utilizase con finalidades ajenas a las propias que podría requerir una correcta gestión del servicio. Así, por ejemplo, la potestad tarifaria podía utilizarse como un instrumento de política económica general con el objetivo, si fuera el caso, de contener la inflación al fijar unas tarifas inferiores a las que resultarían de los costes en los que realmente se incurría. La interferencia de motivaciones políticas de muy bajo nivel era frecuente que se manifestase –como sucede todavía en los servicios de ámbito local– en los periodos electorales, conteniendo o rebajando artificiosamente, temporalmente, las subidas de tarifas que de la estricta lógica de los costes se derivarían.

Esa promiscuidad de consideraciones políticas, ajenas por completo a la dinámica intrínseca de los servicios, es una de las críticas más severas y generalizadas que se plantean contra el régimen tradicional de los servicios públicos y, por ello mismo, es una de las razones que justifican el modelo de regulación. Un modelo que pretende emancipar la gestión y dinámica de esos sectores económicos de toda interferencia o manipulación política o ajena al mercado. La propia creación de entes reguladores, que adoptan la veste de las muy significativamente llamadas Administraciones independientes o Administraciones neutrales, responde prioritariamente a ese afán de sustraer estos sectores a la intervención de las instancias gubernamentales o de las Administraciones ordinarias. De la misma manera que los servicios públicos tradicionales se sustraían del mercado y quedaban bajo la órbita de las instancias políticas y administrativas, ahora el modelo de regulación pretende sustraer toda una serie de sectores de la interferencia de las instancias políticas y que queden expuestos únicamente a la lógica del mercado. La intervención pública en estos sectores debería estar, al menos tendencialmente, concentrada en la autoridad reguladora.

Por ello mismo, la intervención legislativa y la normativa de las instancias gubernamentales, que afectasen al círculo interno del sector de que se trate, debería reducirse al mínimo, puesto que esa intervención pública habría en principio de quedar reservada al regulador a quien

se presume el conocimiento del sector y del mercado. Alteraciones súbitas y de calado de ese marco normativo más próximo podrían requerir, según las circunstancias, medidas compensatorias como ocurriera con la normativa ordenadora del tránsito a la competencia de ciertos sectores, el energético particularmente.

Por el contrario, el marco normativo más general y externo está abierto a modificaciones y no puede quedar condicionado por las exigencias reguladoras de un sector concreto. Modificaciones constitucionales, modificaciones en la legislación básica y general, pueden perfectamente producirse con las consecuencias favorables o desfavorables que puedan tener para los operadores, como para cualquier otro sujeto, sin que nada pueda oponerse a la voluntad popular.

6. La configuración organizativa e institucional. Regulador único o reguladores sectoriales

La distinción que se apunta tiene también consecuencias organizativas con incidencia en la estabilidad de la regulación. Tal como se mantiene, la intervención pública en los sectores regulados habría de estar, en lo posible, en manos del regulador. Habría de evitarse la pluralidad de instancias con facultades de incidencia directa sobre el sector sujeto a regulación. La situación ordinaria entre nosotros es que, figurando en cada uno de estos sectores una agencia reguladora bien reconocible, ello no impide la frecuente entrada en el sector de órdenes, mandatos y regulaciones procedentes de diferentes instancias, sea el gobierno, los órganos que velan por el mantenimiento de la competencia, los departamentos de hacienda o tribunales de cuentas, etc.

En un momento como éste, en el que se plantea la unificación y fusión de diversos organismos reguladores, un paso a dar en esa dirección, no sólo por la reducción de gasto, sino por la racionalidad de la regulación, sería concentrar en el regulador sectorial toda la intervención pública, evitando interferencias desde otras instancias.

Esa concentración de intervenciones sobre un mismo sector en una única instancia o agencia reguladora habría de ser un primer paso. Se podría plantear entonces la cuestión, como se hace ahora, de unificar reguladores sectoriales en una sola agencia. Por parte del Gobierno se pretende esta unificación en torno a la que se denominaría Comisión Nacional de Mercados y Competencia y en la que se integrarían, fusionándose, la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal.

No procede desde luego entrar a valorar aquí, con la atención necesaria, éste por ahora mero anuncio de proyecto de reforma, pero sí pueden esbozarse algunos apuntes. De entrada, hay una primera cuestión que afecta a las magnitudes, como bien nos muestra la experiencia de los Estados Unidos de América, origen como se sabe, o inspiración en todo caso, del sistema de regulación. El ámbito espacial y el volumen de la actividad sujeta a regulación se muestra allí elocuente y muy determinante de las soluciones organizativas e institucionales.

La concentración de las funciones reguladoras en una única instancia se produce allí en el ámbito territorial más reducido, que es el de los Estados. La única autoridad reguladora es, en cada uno de ellos, la PUC, *Public Utilities Commission*, con funciones reguladoras sobre las



public utilities que vienen a corresponderse, como es sabido, con nuestros tradicionales servicios públicos y ahora sectores sujetos a regulación: energía, telecomunicaciones, transportes públicos, etc. Por el volumen de actividad y por el ámbito territorial de prestación, se considera posible esa integración de los diferentes sectores en un único organismo regulador.

Por el contrario, en el ámbito superior, mucho más amplio, el ámbito federal, se impone claramente el modelo de regulador sectorial: las agencias norteamericanas, ya tan conocidas entre nosotros, que asumen funciones regulatorias en sectores concretos. Ahí se encuentran, entre otras, las famosas agencias *Interstate Commerce Commission* (ICC), *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), *Telecommunications Commission*. Tal vez ese sistema sectorial que se ofrece en el ámbito federal de un país tan extenso, y tecnológicamente desarrollado, como los Estados Unidos de América, ha captado prioritariamente nuestra atención, centrada en unas Agencias muy conocidas, sin reparar que en el plano estatal –con Estados que allí llegan a ser muy grandes– se opta por una regulación concentrada en una sola instancia.

Sólo en los Estados de mayor extensión y población –casi exclusivamente en el caso de California– existe un debate sobre la conveniencia e idoneidad de introducir agencias reguladoras sectoriales. Según los expertos, como tuvimos ocasión de discutir recientemente en un seminario en la Universidad de Barcelona con el profesor Marc Mihaly, de la Universidad de Vermont, en España se dan unas condiciones, geográficas y de población, que están en el límite de la justificación de una autoridad regulatoria única. En cualquier caso, carecerían de sentido las agencias reguladoras de ámbito regional o autonómico.

Hay un mercado muy singular en la órbita regulatoria que sin duda requiere también soluciones singulares en el plano organizativo. Se trata del mercado de valores, abierto a flujos y operaciones que con frecuencia y facilidad superan el espacio dominado por los operadores nacionales. La conveniencia de crear un regulador internacional, como mínimo de ámbito europeo, parece aquí del todo justificada.

10 de mayo de 2012



ESTABILIDAD REGULATORIA

Francisco José Villar Rojas

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de La Laguna

1. Estabilidad: principio estructural de la regulación, entre otros

La estabilidad es un principio esencial de la regulación.¹ Cualquier delimitación de su contenido, entendida como conjunto de mecanismos de intervención pública complementaria o sustitutiva de la competencia,² incluye esa condición entre sus elementos estructurales; ello sin olvidar otro de sus aspectos fundamentales, como es la predecibilidad.³

La estabilidad significa que el marco regulatorio de una actividad económica está configurado de tal modo que permite anticipar a los operadores y a los usuarios el contexto de futuras decisiones y el sentido de las acciones públicas. Ello permitirá realizar las inversiones con confianza, sin perjuicio de asumir el riesgo normal u ordinario de los mercados. Esta condición de certeza es especialmente relevante en cuanto a aquellas actividades que requieren inversiones a largo plazo con elevados costes hundidos, como es el caso de las infraestructuras. Dicho de otro modo, cuando se habla de estabilidad regulatoria se hace referencia a la necesidad de que existan unas reglas de juego conocidas, entendibles y, sobre todo, con vocación de cierta permanencia.

La versión jurídico-formal de la estabilidad es su equiparación con el principio de seguridad jurídica,⁴ esto es, certeza sobre el ordenamiento aplicable, previsibilidad de la actuación del poder público y obligación del poder normativo de promover certidumbre y claridad.⁵ No se trata, sin embargo, de principios idénticos, porque la regulación incluye medidas normativas –ámbito de la seguridad jurídica–, pero también otras administrativas y ejecutivas.

1 Una explicación de conjunto de la regulación, sus fundamentos y sus controversias, R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2010. Entre nosotros, S. Muñoz Machado, "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15 y ss.

2 En el texto se asume el concepto estricto de regulación económica. Sobre los distintos significados de este concepto, los trabajos de J. Esteve Pardo, "El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público", en *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp.387 y ss.; y A. Betancor, *Regulación: mito y Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 42 y ss.

3 En este sentido, el documento "*Principles for Economic Regulation*" (Department for Business, Innovation and Skills, UK Government, 2011, 15 pp).

4 Sobre la seguridad jurídica, la explicación última de J. Bermejo Vera, "El principio de seguridad jurídica", en J.A. Santamaría Pastor, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 73 y ss. En la jurisprudencia comunitaria, la STJUE de 29 de marzo de 2012 (T-398/07, cdo. 106 y ss) da cuenta de ese principio y de su relación con la regulación (telecomunicaciones) con referencia de otras anteriores.

5 Lo ejemplifica el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que recoge los "principios de buena regulación", cuando dispone: "4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de decisiones económicas".



Cuando se habla de estabilidad regulatoria, es obligado diferenciar las dimensiones sobre las que se proyecta: de una parte, una regulación en constante cambio, si se quiere, inestable; y, de otra parte, una regulación que, aun estable, esté basada en conceptos ambiguos, en normas de mínimo rango en las que las garantías formales quedan olvidadas, y que se caracteriza por cambios bruscos de criterio y por el margen de discrecionalidad que dejan a los reguladores –lo que se conoce como “riesgo regulatorio”⁶. Pues bien, aquel principio pugna con esas dos formas de regulación, en tanto que contrarias a la necesaria certeza y claridad y, también, a la previsibilidad de la acción pública.

Lo dicho no se opone a que se produzcan cambios en los modos y medios de intervención pública, siempre que sean anunciados –previsibles–, establezcan plazos razonables de adaptación y, en su caso, prevean la reparación de los eventuales perjuicios que pudieran causar, tal y como sucede con el principio de seguridad jurídica. Es más, esa mutabilidad es inevitable porque la estabilidad regulatoria debe compatibilizarse con otro principio estructural de la regulación: la adaptabilidad;⁷ la capacidad/obligación de que el marco regulatorio evolucione para adaptarse y responder a las circunstancias cambiantes y seguir cumpliendo sus objetivos. La condición de la regulación como complemento o, en algún caso, sustituto de la libre competencia, por la fragilidad del mercado, impone esa necesidad de adaptación, tanto por cambio de las condiciones del mercado, como también por mal funcionamiento o fracaso de las medidas regulatorias adoptadas.⁸

Es claro que la estabilidad entra en conflicto con la adaptabilidad. Pero se trata de una tensión inevitable y necesaria; como lo es la coexistencia de la seguridad jurídica con la potestad de innovación normativa del legislador. Lograr el equilibrio entre esos principios constituye uno de los desafíos fundamentales de la buena regulación. En todo caso, lo que debe destacarse es que la estabilidad regulatoria no es un valor absoluto, sino que, aun siendo un principio estructural, debe equilibrarse con otros que caracterizan la regulación.

2. Escala de la estabilidad regulatoria: grado de intervención pública y de competencia

En su explicación tradicional, la regulación económica descansa sobre dos piezas fundamentales: la tasación o limitación pública del precio que los operadores dominantes pueden imponer a los usuarios por los servicios que prestan y, como contrapeso, la garantía jurídico-pública de un retorno razonable del capital invertido. En el ámbito europeo, ese mismo equilibrio se reconoce en la garantía legal del equilibrio económico financiero que caracteriza al concesionario de servicio público (p. ej.: artículos 128.2.2º RSCL y 281 y 282 TRLCSP).

En uno y otro caso –por supuesto, a grandes trazos–, se limita la capacidad empresarial de fijar precios y de decidir con quién negociar –obligación de atender a todos los usuarios– a cambio de asegurar la recuperación de la inversión y un beneficio razonable. Ello se consigue, normalmente, en régimen de monopolio, esto es, sin que exista competencia, salvo en

6 Entre otros, G. Ariño, J.M. De la Cuétara y R. Noriega, *Nuevo papel del Estado en sectores regulados*, Deusto, Barcelona, 2005, pp. 73 y ss, más tarde en G. Ariño Ortíz, “Fallos y logros de los sistemas regulatorios”, en *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 27 y ss.

7 “Principles for Economic Regulation”, cit., pp.5.

8 Esta relación de tensión entre estabilidad y potestad de modificación en orden a la consecución del objetivo de aumentar la competencia es asumida como parte estructural de la regulación por la jurisprudencia comunitaria (en este sentido, por todas, STJUE de 24 de abril de 2008, C-55/06).



el momento de seleccionar al prestador. En estas condiciones, la estabilidad prima sobre la adaptabilidad, y no porque sea imposible modificar las condiciones de prestación (“ius variandi”, p. ej.: artículos 127.1 RSCL y 282.1 TRLCSP), sino porque ese cambio –adaptabilidad– pone en marcha el derecho del operador a reclamar el reajuste de las bases económicas en que descansa su actividad. Por supuesto, la gestión es a su riesgo y ventura, pero limitados a las decisiones empresariales desconectadas de la intervención pública. Este es el caso de las concesiones del transporte regular de viajeros por carretera, urbano e interurbano.

Tanto el régimen continental de servicio público, como la regulación de las *utilities* en el mundo anglosajón, responden al esquema descrito: la inversión está esencialmente garantizada. En el caso de las *utilities*, la doctrina equipara la regulación tradicional con un contrato,⁹ lo que la aproxima a la concesión de servicio público. En consecuencia, en una situación de no mercado o próxima, máxima estabilidad regulatoria; y, de haber cambios, garantía pública del equilibrio económico.

Tras los procesos de privatización y de liberalización de servicios públicos, el equilibrio descrito cambia. En los servicios económicos de interés general, la función de la regulación cambia y queda condicionada por el grado de competencia efectiva que exista en el sector de que se trate (por ejemplo, telecomunicaciones, energía, transportes aéreo y marítimo). Si, pese a la transformación jurídica producida, las condiciones siguen siendo análogas a las de un servicio público, en donde el regulador establece todas las reglas de juego y determina o condiciona todas las decisiones empresariales, los cambios regulatorios deben quedar garantizados. En otro caso, cuando el grado de intervención pública es más limitado, circunscrito a determinadas obligaciones de servicio público (sean de servicio, de seguridad o de promoción de la competencia¹⁰), la garantía de que se viene hablando debe quedar limitada alcance y contenido de esas obligaciones; del resto rige el riesgo empresarial, porque es un espacio abierto a la competencia.¹¹ Por este motivo, es preciso diferenciar las actividades reguladas de las que no lo están; y, dentro de las primeras, aquellas que comportan deberes para los operadores que, impuestos por el poder público, deben ser garantizados en caso de que se produzcan cambios que les afecten. En todo caso, la incertidumbre es una característica estructural de una regulación que pretende crear, recrear o, incluso, suplir a un mercado, pero que tiene como objetivo alcanzar una situación de competencia efectiva.¹²

El tercer nivel se reconoce en las actividades que se producen en régimen de libre competencia, sin cargas ni obligaciones específicas o, cuando menos, no generales. En estos casos, los cambios regulatorios difícilmente comportarán compensaciones o garantías. Como se dice en la doctrina sobre la responsabilidad patrimonial, salvo perjuicio singular, los cambios normativos no acarrearán responsabilidad administrativa; menos aun cuando se trata de las condiciones de ejercicio de una actividad económica, en que aquéllos forman parte del riesgo empresarial.

9 Explican esta equiparación G. Sidak y D.F. Spulber, *Deregulatory takings and the regulatory contract*, Cambridge University Press, 1997, pp. 101 a 176.

10 Sobre esta trilogía, F.J. Villar Rojas, *Instalaciones esenciales para la competencia*, Comares, Granada, 2004, pp. 385 y ss.

11 Sobre algunos de los problemas que acarrea que la regulación persiga promover la competencia: J.C. Laguna de Paz, “La regulación del mercado”, Libro Homenaje a G. Ariño Ortíz, La Ley, Madrid, 2011, pp.1188 y ss.

12 En relación con ese objetivo, se ha afirmado que la “no regulación” es la “mejor regulación” porque la ausencia de regulador evita que se desvirtúe la estructura de la demanda, mientras que la regulación convierte a los operadores en buscadores de rentas, sin incentivos para innovar; A. Ruiz Ojeda, “La regulación económica y sus eslabones perdidos”, en *Libro Homenaje a G. Ariño Ortíz*, La Ley, 2011, pp. 1205 y ss.

Bien es cierto que se trata de sectores en los que la regulación lo es del ámbito externo de la actividad, sin incidir, cuando menos de forma directa, en la esfera de decisión y gestión empresarial interna –lo que sí se produce en los dos niveles anteriores–. En este supuesto, en caso de modificación del marco regulatorio, la garantía pública será inexistente, con la única excepción de medidas singulares que graven a un operador y no a sus competidores, más aun cuando lo sean en beneficio de éstos.

El último criterio es el que debe ser considerado cuando se habla de estabilidad regulatoria en relación con mecanismos de fomento o promoción pública de iniciativas privadas –subvenciones, bonificaciones, ayudas públicas... –. Lo ejemplifican las medidas de supresión, suspensión y recorte de las primas a la producción de energías alternativas. Como dice el reglamento de servicios de las corporaciones locales, nadie tiene derecho a una subvención, nadie tiene derecho a una determinada política de fomento (artículo 26); de modo que los cambios de circunstancias pueden imponer modificaciones en las condiciones más intensos que en los supuestos en los que la conducta privada deriva del cumplimiento de un mandato público obligatorio.

En este sentido, las circunstancias económico-financieras sobrevenidas (ahora, la crisis) pueden determinar una modificación de las condiciones de colaboración pública, en especial cuando los compromisos son a largo plazo, que debe considerarse inherente en esta modalidad de intervención pública (fomento)¹³. Es claro que la promoción pública de iniciativas privadas descansa sobre el mantenimiento de las posibilidades presupuestarias de la Administración en que basan, de tal manera que, si aquellas se modifican, las medidas de fomento también deberán ajustarse a la nueva realidad de los recursos públicos disponibles.

En suma, cuando se habla de estabilidad regulatoria y de su contrapeso, la adaptabilidad, la exigibilidad de que se mantengan las reglas y, en su caso, la compensación pública cuando sean alteradas, depende del grado de intervención pública existente en cada uno de los sectores, lo cual, de ordinario, se corresponde con un mayor o menor nivel de competencia en el mercado de que se trate. En este sentido, la garantía del equilibrio económico-financiero del concesionario es desconocida en los mercados en competencia sin cargas de servicio público. Por supuesto, en línea con las exigencias de la seguridad jurídica, los cambios normativos y regulatorios deben cumplir determinadas condiciones formales y materiales que aseguren su legitimidad.

3. Contraste: inestabilidad como regla de los mercados en competencia

Se viene hablando de estabilidad regulatoria, pero la gradación que acaba de ser esbozada lleva, inevitablemente, a recordar un espacio en el que ese requerimiento pasa a un segundo plano: el mercado en libre competencia.

¹³ Ejemplifica esta realidad la STS, sala 3ª, sección 3ª, de 6 de febrero de 2012, sobre la modificación del régimen reglamentario de ayudas públicas a la construcción y acceso a la vivienda (Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación), que se refiere a la legitimidad de que el Gobierno altere, modifique o derogue esa normativa (plan) cuando concurren "circunstancias económicas sobrevenidas" sin que ello determine la infracción de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, menos aún cuando los cambios no tienen eficacia retroactiva: El mismo entendimiento se reconoce en los pronunciamientos sobre la reordenación (moratoria) del acceso al registro de preasignación de retribución de los proyectos de instalación de producción de energía eléctrica de régimen especial, que, entre otros, se refieren al objetivo de reducir el déficit tarifario (por todas, STS. 3ª, sección 3ª, de 30 de enero de 2012).



Dejando de lado la regulación externa –básicamente, requisitos de acceso y determinadas cargas y obligaciones relacionadas con la seguridad y los consumidores–, los mercados competitivos se caracterizan por la inestabilidad de las circunstancias que determinan los precios y condicionan la demanda, que obligan a las empresas a innovar y a competir en todo momento, sin que la estrategia empresarial venga determinada, en todo o en parte, por medidas regulatorias concretas (obligaciones). El cambio constante es la nota típica de los mercados en competencia. Existe regulación, claro está, pero, tratándose de un mercado competitivo, su alcance y contenido es de mínimos, correspondiendo la corrección de los abusos al derecho de la competencia.

Lo relevante es que, cuando se producen cambios, ninguna norma garantiza ni la recuperación de las inversiones, ni un margen de beneficio; el riesgo y ventura empresarial es la regla, sin que tenga sentido reclamar estabilidad regulatoria en los términos en que se viene hablando. Es el caso de las grandes empresas de las nuevas tecnologías de la información, como de las de otros sectores en los que la inversión es equiparable a los sectores estratégicos, pero no se someten a un marco regulatorio análogo.¹⁴

En resumen, el mercado competitivo es esencialmente inestable y mutable, se rige por el riesgo y ventura empresarial, y, de ordinario, tan sólo se regulan las condiciones externas de la actividad de que se trate. Siendo así, dado que el ideal de la regulación para la competencia es llegar a un mercado en esas condiciones, es posible afirmar que la interpretación de las normas y las medidas regulatorias debe dar preferencia a la adaptabilidad antes que a la estabilidad, en tanto aquélla se acerca más a la libre competencia.

4. Estabilidad regulatoria: razón de ser y garantías

En mercados no competitivos o poco competitivos, en general procedentes de los viejos monopolios públicos, es razonable y prudente que la regulación sea estable y predecible, notas típicas de esa forma de intervención pública. Sin duda, la estabilidad es un factor que genera confianza, aunque limita la tensión de la competencia.

Ahora bien, tratándose de intervenciones que afectan a la gestión de las empresas –dirección, planificación, inversión, contratación, precios...–, la regulación lleva implícita su adaptabilidad a las circunstancias cambiantes de cada mercado, lo que puede equipararse con la cláusula civil “rebus sic stantibus” o, incluso, la administrativa del “riesgo imprevisible”. No se trata de una característica secundaria o residual, sino que es una condición estructural de ese modo de intervención pública. Además, la adaptación puede venir determinada por las respuestas de los operadores y de los consumidores a las reglas de funcionamiento establecidas; reacción que puede poner de manifiesto lo equívoco de las medidas tomadas o bien sus efectos perversos. Como quedó apuntado, la adaptabilidad es tan esencial a la regulación como la estabilidad, y ambas deben coexistir.

¹⁴ Por supuesto, también en los mercados competitivos las decisiones empresariales pueden estar condicionadas por decisiones del poder público (medidas de protección ambiental, política fiscal...), sin embargo, esa clase de intervención queda fuera de la regulación económica en sentido estricto. En todo caso, los contrapesos que se apuntan a la capacidad de modificar las normas que afectan a las actividades económicas son igualmente aplicables a esos ámbitos, con la salvedad de que no se reconoce una inestabilidad estructural que sirva para justificar esos cambios.

Siendo ésa la relación existente, la problemática de la estabilidad regulatoria no es tanto que el marco pueda sufrir modificaciones, incluso recurrentes, sino establecer cuáles sean los contrapesos y las garantías que deben acompañar decisiones de esa clase, sin olvidar que todo cambio de reglas del juego es siempre controvertido. El paralelismo, otra vez, debe establecerse con el equilibrio entre innovación normativa y seguridad jurídica.

En relación con esos límites, la primera garantía debe ser la necesaria “contención” –autolimitación– de la autoridad pública en cuanto a la modificación del marco regulatorio, salvo que concurren circunstancias excepcionales debidamente justificadas. En esta línea tiene encaje la propuesta de limitar los cambios regulatorios sustantivos o generales a uno por cada periodo legislativo, la prohibición de modificaciones “ad hoc”, de igual modo que la eficacia prospectiva, cuando proceda, de sus efectos vinculantes –evitando la retroactividad–.

La segunda garantía tiene que ver con la sujeción de las medidas a procedimientos, más o menos formales, en función de la entidad de los cambios que se pretendan introducir. La condición esencialmente discrecional de las potestades regulatorias no es causa bastante para omitir las garantías formales, entre ellas, el deber de motivación de lo decidido, la consulta pública y la audiencia de los interesados.

El tercer contrapeso trae causa del cumplimiento de los principios estructurales de la regulación: a) la necesidad de la medida, b) la consideración de alternativas menos gravosas para la consecución del mismo objetivo sobre la base de la primacía de la competencia frente a cualquier medida regulatoria, c) la evaluación y minimización de riesgos y consecuencias no queridas, y d) la adopción de la mejor medida, entre las posibles, en términos de coste-beneficio. Necesidad, inevitabilidad y proporcionalidad son las condiciones que deben cumplirse. La naturaleza discrecional de la potestad regulatoria no determina una libertad de decisión; por el contrario, esa condición exige una mayor justificación, y una explicación y balance de alternativas, requerimientos que la teoría general exige a las medidas regulatorias¹⁵ y que deberían incorporarse a la normativa vigente como límites y condicionantes de la acción de los reguladores.

En última instancia, es fundamental el control de jueces y tribunales sobre las medidas regulatorias y sus cambios; control que es viable, pese al componente de discrecionalidad técnica que pueden tener esas decisiones, en la medida que los requerimientos apuntados más atrás sean jurídicamente exigibles.

5. Apunte final

La estabilidad regulatoria demanda claridad, certeza, incluso simplicidad del marco regulador de las actividades económicas; del mismo modo, exige predecibilidad de los cambios y garantías cuando éstos se produzcan. Nada distinto, en síntesis, de la seguridad jurídica.

Ahora bien, la condición “regulatoria” trae consigo dos elementos que deben ser considerados en el momento de aplicación de aquel principio: que la estabilidad debe coexistir con otros principios, en particular, con el de adaptabilidad; y, en segundo término, que la incerti-

¹⁵ “Principles for Economic Regulation”, cit., pp. 10-12.



dumbre es una característica natural de la regulación para la competencia, de aquélla que pretende complementar o suplir el funcionamiento del mercado, y que, cuando menos como objetivo, pretende llegar a una situación de libre competencia, en el que la intervención pública “ex ante” (regulación) sea reemplazada por otra “ex post” (la defensa de la competencia).

Por supuesto, la inevitable adaptabilidad de la regulación requiere, para ser válida, el cumplimiento de una serie de contrapesos que, a modo de garantía, aseguren los intereses de empresas y usuarios, tales como la contención del regulador, el seguimiento de procedimientos transparentes en los que puedan participar los afectados, y la valoración de las nuevas medidas de acuerdo con los principios de buena regulación.

5 de mayo de 2012





MÍNIMOS REGULADORES, MÍNIMA REGULACIÓN, MÍNIMA RESTRICCIÓN Y MÍNIMA DISTORSIÓN A LOS MERCADOS

Andrés Betancor

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Pompeu Fabra

Primero fue la regulación, y luego los reguladores; primero fue la intervención, y luego surgió la necesidad de neutralizar-controlar al regulador. Éste ha sido el sino histórico. En el mundo norteamericano, cualquier intervención pública que afectase a los derechos y, en particular, a la propiedad era inadmisibles y sólo estuvo reservada a los Tribunales, o se hizo con su autorización. El paso siguiente, y lógico en aquel contexto constitucional, fue crear unos pseudo-tribunales; unas agencias que combinaban la flexibilidad de las Administraciones con las garantías de los Tribunales. Fue necesario rodear a la intervención de garantías. La neutralidad política fue la consecuencia, pero no era el objetivo. Éste era indudablemente el que la intervención fuese respetuosa con los derechos y, en particular, con la propiedad. La primera exigencia era que la intervención fuese estrictamente indispensable. Es elocuente, por esta razón, que las controversias jurídicas que acabaron ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos se plantearan con ocasión de situaciones de calamidad social en donde la intervención presionaba a la propiedad hasta unos extremos desconocidos. Había que garantizar que era la necesaria. Desde sus orígenes en Estados Unidos, la intervención era tan imprescindible como criticable. Fue el mal menor. Ésta es la cuestión: era un mal imprescindible, pero que suponía más poder para la Administración, tanto estatal como federal, que debía ser limitado y controlado. La independencia de los reguladores era concebida como uno de los mecanismos de limitación y control.

La independencia de los reguladores fue el resultado de la transacción: no puede ser un Tribunal; que sea una Agencia, pero con unas garantías equivalentes a las de aquél. En nuestro caso, el proceso de independización de los reguladores ha sido radicalmente distinto. El punto de partida fue distinto no sólo en cuanto a la base ideológica y jurídica (la propiedad como derecho fundamental y su garantía judicial), sino por la normalidad con la que la intervención era concebida. Entre nosotros, lo "natural" era y es la intervención pública, correlativa a un Estado fuerte, considerado como brazo ejecutor de los procesos históricos de transformación de la nación. Entre nosotros, el Estado es el principal actor del cambio; los ciudadanos, los meros espectadores; una base histórica muy distinta a la norteamericana.

La independencia de los reguladores fue y es utilizada como una excusa, como un argumento de justificación de la intervención. Ha actuado como una cortina tras la que ocultar la intervención. Según parece, el que el regulador sea independiente hace la regulación mejor y menos intrusiva. La intervención ha seguido desempeñado un extraordinario protagonismo tanto en el ámbito de los sectores tradicionales (banca, bolsa y energía) como en los nuevos sectores (telecomunicaciones). Nada ha cambiado para que todo siga igual. La intervención



en manos de reguladores independientes sigue siendo intervención. Esta cualidad del regulador no cambia la naturaleza de aquélla. Aquí creo que está la muestra más sobresaliente de la ingenuidad política de los ciudadanos. Han creído que la independencia conducía a la neutralidad y ésta a la mejor regulación posible. Esto no ha sido así.

En nuestro caso, la crisis del regulador independiente no ha venido por su ineficiencia en la gestión de sus competencias, sino por su politización. Nuestra democracia gira alrededor de partidos políticos muy fuertes. La dirección de los partidos tiene unos poderes extraordinarios que condicionan la acción del partido, pero también de la democracia. Es elocuente lo que sucede en los congresos de los partidos. Es irrelevante qué es lo que puede distinguir a unos candidatos de otros; lo único relevante son las cualidades personales del líder, quien, una vez elegido, pasa a ostentar todos los poderes y prerrogativas. El más sobresaliente de éstos es el poder para la confección de las listas electorales. A este poder contribuye un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas. Ocupar uno u otro puesto en la lista marca la distancia entre salir elegido o no. Este poder sirve decisivamente para disciplinar el partido en todos los ámbitos, incluso el territorial, pues los líderes regionales lo replican. Unos partidos fuertes, disciplinados alrededor de su correspondiente líder, convierten a las elecciones en un enfrentamiento de liderazgos. El principal momento de la vida democrática, las elecciones, está condicionado por los líderes y los partidos. A partir de esta fuente, toda la democracia queda limitada. No puede extrañarnos el que esta contaminación afecte a las instituciones jurídico políticas que hacen de la independencia, la neutralidad y la gestión técnica sus señas de identidad. Es el caso del Poder Judicial, pero también el de los reguladores.

En el caso del Poder judicial, la elección de todos los miembros del órgano de gobierno de los jueces por el Congreso y el Senado hace posible que la partitocracia se replique en este órgano y, por esta vía, se intoxica políticamente dicho gobierno. Las acusaciones de politización de la Justicia tiene en este mecanismo un argumento fuerte. Se hace imprescindible crear barreras que la dificulten o la impidan. La Justicia necesita mantener intacta su legitimidad. Un Poder judicial legitimado es un poder que desarrolla su función con más eficacia, lo que contribuye a la paz social.

En el caso de los reguladores independientes, la politización ha mermado, igualmente, la legitimidad. Ésta, a su vez, condiciona la eficacia e, incluso, pone en cuestión su propia existencia. ¿Están justificados unos reguladores que son los brazos ejecutores de los criterios políticos en los sectores económicos correspondientes? La respuesta es necesariamente negativa. Los reguladores, o son independientes, o son innecesarios. La supresión se plantea como una alternativa viable. No es un accidente el que se haya planteado la reforma de los reguladores e, incluso, la refundición y supresión de algunos. Su politización los ha convertido en peles en manos del debate político. Hoy más que nunca son prescindibles. Cuando se ha liquidado el capital de legitimidad, cualquier "solución" es posible.

A mi juicio, no podemos perder de vista que el problema que acucia a los reguladores no es su propia existencia, sino una existencia marcada por la politización, la cual es uno de los rasgos más sobresalientes de la partitocracia reinante en nuestra democracia. El problema es la politización y, en un segundo plano, el cómo reformarlos para acomodarlos a las nuevas realidades del mercado.



Es muy difícil reducir el poder de la partitocracia en relación con los reguladores. Éstos tienen un poder importante en sectores importantes. La tentación de la colonización política es muy fuerte. Además, precisamente porque el poder en sus manos es muy importante, es muy valioso. Solemos considerar exclusivamente aquella colonización, pero la captura por los intereses del sector correspondiente es también una amenaza no meramente especulativa.

La independencia de los reguladores se mueve entre la colonización política y la captura por los intereses regulados. Es paradójico que aquella misma independencia puede contribuir a estos dos fenómenos que comento. La independencia separa al regulador del tronco de la Administración, tanto para ganar en criterio técnico en la gestión de sus competencias, como para alejarlo de los mecanismos de control que dificultan aquellos dos fenómenos. En otros términos, la independencia también es soledad que facilita la captura por unos u otros intereses. Los mecanismos internos de control, propios de la Administración directa, podrían, en cierta medida, dificultarla.

No creo que el cambio del sistema de nombramiento de los miembros de los organismos reguladores pueda frenar los procesos indicados. Ya se han probado distintos medios y el resultado es el mismo. En el momento presente, con carácter general, el artículo 13 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, establece un procedimiento de nombramiento por el Gobierno, previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas, como Presidente y Consejeros, ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. La comparecencia versa sobre la "capacidad" de los candidatos, a la que se sumará, en el caso del Presidente, el examen del "proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado". Aunque el término "capacidad" no es el correcto para referirse a la cualificación y competencia del candidato, la comparecencia debería ser el trámite que permitiera el examen de sus méritos para actuar con criterio técnico propio, o sea, con independencia de criterio.

Aun con estas medidas adoptadas, basta ojear los currículos de los miembros de algunos organismos reguladores para comprobar cómo se incumple, en algunos casos de manera escandalosa, el que los nombramientos se hayan producido entre "personas de reconocido prestigio y competencia profesional", tal y como exige el citado artículo. Probablemente, el precepto podría ser más explícito al exigir la competencia en el ámbito del sector regulado. Estas circunstancias son las que han contribuido al descrédito de los reguladores. Cuando la única competencia exigida es la política, el contagio político ya está asentado en las mismas bases del nombramiento. Más que establecer mecanismos de garantía de la independencia, hay que desarrollar entre nuestros políticos la cultura de respeto institucional: éstos, como verdaderos servidores del Estado, deberían ser los primeros interesados en que las instituciones mantengan o, incluso, engrandezcan su capital de legitimidad, porque cuanto mayor sea éste, más eficaz y eficiente será su gestión y, en consecuencia, serán mayores los beneficios que obtengan los ciudadanos. Cuando los nombramientos obedecen a criterios políticos, se está liquidando el capital de legitimidad imprescindible para que el regulador pueda desempeñar su cometido.

La Ley 2/2011 ha hecho un considerable esfuerzo para mejorar la transparencia y el control de estos organismos. El artículo 20 de la Ley establece que el "organismo regulador hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que los regulan, preservando, en todo caso, aquellos aspectos que afecten

a la confidencialidad a la que tienen derecho las empresas" y, en particular, las que se enumeran sobre el organismo, sus acuerdos, los informes en que se basan las decisiones, la Memoria y otros informes anuales tanto del organismo como del sector, el plan de actuación, las reuniones con empresas y organismos, así como la preparación y tramitación de las normas. Es una relación muy completa que debería aportar transparencia al organismo. La realidad, como se puede comprobar en las páginas Web de los organismos, es bien distinta. La información publicada es incompleta, como por ejemplo, cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) da cuenta de las reuniones con las empresas, en donde se limita a indicar el día y la hora, pero nada más. Tampoco se publican los informes que sirven al regulador para adoptar sus decisiones. En definitiva, todavía queda mucho por avanzar para que lo previsto en la Ley se haga realidad.

El artículo 21 de la Ley complementa lo dicho sobre la transparencia con el control parlamentario. Éste se proyecta exclusivamente sobre el presidente del organismo. Al menos una vez al año, el presidente comparece ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro. A continuación se añade, con la duda de si es o no una comparecencia distinta, que las comparecencias anuales estarán basadas en las Memorias anuales de actividades y los planes de actuación de los organismos y servirán para el examen anual de los organismos por parte de la Cortes Generales. Por un lado, es una comparecencia de control del presidente y, por otro, del organismo. Es más, se añade que habrá un "examen anual de los Organismos", el cual lo será por parte no de la Comisión del Congreso, sino por las Cortes Generales.

No se especifica qué sucede si la Comisión manifiesta su rechazo a la actuación pasada, futura o ambas del organismo. ¿Qué sucedería si se produjese dicho rechazo? No habría forma o cauce para canalizar tal rechazo. Si esto es así, ¿qué sentido o justificación tiene la comparecencia? Y, sobre todo, ¿por qué se habla de "control" parlamentario? Es un control sin castigo y sin mecanismo en virtud del cual el rechazo pueda alumbrar alguna iniciativa. La única podría ser la promoción de una proposición de ley para la reforma del regulador y de la regulación.

Por último, cada tres años se prevé una evaluación, por parte de la Comisión del Congreso, tanto de la actuación del organismo como del presidente. Cada tres años, los organismos presentarán una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar el impacto del organismo en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas. Estas evaluaciones constituirán el objeto de la comparecencia especial del presidente.

La soledad del regulador, sostén de la independencia, se pretende corregir, según algunas iniciativas políticas anunciadas, por la vía de la unificación de reguladores. No sólo razones económicas, sino también jurídicas y políticas, podrían aconsejar dicha operación. El problema se plantea en el cómo llevarla a cabo. Hay una diferenciación entre los reguladores "ex ante" y los "ex post". Estos últimos serían los de defensa de la competencia. La combinación entre unos y otros podría plantear problemas, pero mayores han sido los problemas de mantenerlos separados en relación con los ámbitos en los que actúan los reguladores "ex ante". No hay obstáculos teóricos a que, en ciertos ámbitos, se unifiquen unos y otros en virtud de que atienden los problemas de competencia, aunque con diversas armas (reglamentaria y sancionadora, esencialmente).



La unificación de los reguladores “ex ante” podría producirse alrededor de grandes áreas más o menos próximas. Los reguladores financieros, como ya se ha planteado, podrían refundirse en un único regulador. El regulador de banca, bolsa y seguros podría confluir en un único regulador. El regulador de energía, comunicaciones, audiovisual, servicios postales, ferroviarios y aeroportuarios podrían unificarse en un único regulador. Sería el regulador de un amplio elenco de sectores económicos regulados. La amplitud sería tal que, a la vista de las diferencias, debería dar lugar a secciones dentro del organismo correspondiente. Podría haber ahorros al compartirse unos gastos comunes. No creo que sea una cantidad importante.

Mayor calado tiene la reflexión sobre la subsistencia de alguno de los reguladores. Es el momento de reflexionar acerca de si algunos de los mercados están lo suficientemente maduros como para que la intervención “ex ante” pudiera desaparecer o, en su defecto, reducirse. No me parece razonable ni, incluso, constitucional, el control administrativo del contenido de las comunicaciones audiovisuales. Hasta este momento nuestra democracia ha funcionado, sin merma de la libertad, sin un supervisor de estos contenidos. La supresión, incluso antes de su constitución, podría ser una medida razonable de ahorro. La experiencia, bastante negativa, del Consejo Audiovisual de Cataluña (CAC) debería hacer reflexionar sobre la oportunidad, la pertinencia e, incluso, la corrección jurídica de este tipo de reguladores. A mi juicio, este tipo de control sólo puede estar en manos de los Tribunales. Se trata del control del contenido de un derecho fundamental. No se trata de la garantía de la libertad de empresa, sino de un derecho fundamental como el de expresión. A los jueces les debe corresponder en exclusiva su protección.

En el caso de las comunicaciones electrónicas, el grado de competencia alcanzado en algunos sectores del mercado, como el de la telefonía móvil, pero también de internet, podría suscitar la reflexión de si está justificado el mantenimiento de un regulador con las características del presente. Sería quizás el momento de pasar de un regulador esencialmente “ex ante” a otro “ex post”. La configuración de este regulador debe adecuarse a las características y condiciones de los mercados regulados. Cuanto mayor competencia, menor regulación. Ésta sólo es un mecanismo transitorio en aquellos mercados donde la competencia puede ser introducida y potenciada, como sucede con el de las comunicaciones electrónicas. El artículo 3.3 bis de la Directiva 2002/21– Directiva marco de comunicaciones electrónicas– hace esta operación más compleja al singularizar la protección a dispensar al regulador “ex ante” en este mercado. La situación de la energía es muy distinta. Las condiciones de monopolio natural del transporte y la distribución de electricidad y gas, más la posición oligopolística de las empresas, hace que la regulación “ex ante” sea inevitable.

Una propuesta podría ser, a la vista de lo expuesto, un regulador *ex ante* de los mercados en transición y otro de los mercados con restricciones estructurales. El primero, incluso, podría confluir con el del regulador “ex post”, puesto que la competencia protegida por éste debería ser el desiderátum. En cuanto al segundo, en cambio, no parece que las restricciones estructurales vayan a cambiar ni a medio ni a largo plazo. En esta situación se encuentra, singularmente, el mercado de la energía. Respecto de éste, sí parecería razonable la continuación de un regulador sectorial, el de la energía. En cambio, los demás mercados que provisionalmente sufren algún tipo de restricción que tendencialmente debería desaparecer, o bien se integran en un único regulador o varios (según criterios de proximidad técnica), o bien confluyen con el regulador “ex post”, puesto que la evolución normal de estos mercados es –o debería ser– quedar sometidos al control de los organismos de defensa de la competen-

cia. Así pues, se podría plantear un regulador de los servicios de interés general que caminan hacia la competencia y otro de aquellos mercados que sufren fuertes restricciones objetivas, como el de la energía. En ambos casos, se podría plantear la confluencia de la regulación “ex ante” y la “ex post” para evitar los problemas de coordinación que se ha podido observar. Por último, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) quedaría como regulador “ex post” en el resto de los mercados de bienes y servicios.

La reflexión sobre los reguladores quedaría incompleta sin la relativa a la regulación misma. Menos reguladores, pero también mejor regulación. El cambio necesario, en este punto, de carácter cultural, es aún mayor. No es fácil que nuestros políticos, y también, los directivos de las Administraciones entiendan que la mejor solución no es necesariamente aprobar una nueva norma. Hay otras soluciones, las cuales, incluso, contemplan la de eliminar las normas existentes. La producción normativa de un Estado con el grado de descentralización territorial como el nuestro es elevadísima. Es tan ingente, que provoca un evidente problema de seguridad jurídica, el cual afecta, incluso, a los expertos en la materia correspondiente. Es difícil determinar cuál es la norma aplicable cuando los productores jurídicos son tantos y tan incontinentes. Es el momento de introducir el elemento cualitativo en la producción normativa. No se necesita más regulación, sino mejor. Esto comprende, en particular, las normas, pero es igualmente extensible a cualquier medida que se adopte. En el caso de los reguladores, esta preocupación debería ser central. Ellos están incentivados a regular incluso en exceso para poder justificar su propia existencia: hacer algo, entre nuestros políticos, pero también entre nuestros reguladores, es aprobar una nueva norma. Y no hay una reflexión evaluadora de lo ya hecho, para determinar cuál ha sido su eficacia y si los costes que ha impuesto justifica los éxitos – caso de haberlos– alcanzados.

La política de mejora de la regulación o de calidad de la regulación –la PQR– es, entre nosotros, un nuevo ámbito de la política. En el mundo anglosajón tiene una enorme tradición. Es la consecuencia de la liberalización: liberalizar actividades supone eliminar o suprimir normas que la esclavizan. Y ¿qué sucede con las nuevas medidas? Habrá que evaluar su calidad. Esto significa anticipar qué efectos podría tener la medida propuesta, qué costes podría implicar para todos los operados y si tales costes se justifican con los beneficios que se podrían obtener. Al final, habrá que decidir si es conveniente adoptar la medida; si es conveniente, en cambio, no adoptarla o establecer otras medidas. En definitiva, hoy evaluamos los efectos ambientales de cualquier tipo de proyecto, pero no evaluamos los efectos de un proyecto aún más importante, como son los de ordenación social y sus eventuales impactos sobre todos los ámbitos de la sociedad. Es un contrasentido evidente.

La Ley 2/2011 también ha pretendido marcar la senda en esta nueva dirección. Aunque sólo regula la mejora de la reglamentación administrativa (puesto que sólo habla de la actividad normativa de las Administraciones), es un primer paso en la dirección correcta. Por un lado, enumera los principios que deberán seguirse en orden al ejercicio de la iniciativa normativa, al proclamar que “el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia”. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios (art. 4.1). Y, por otro, regula los instrumentos para la mejora de la reglamentación: a) el análisis previo de iniciativas normativas para “garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de



interés general que se pretenda alcanzar"; b) la consulta pública; y c) la evaluación a posteriori de la actuación normativa, "disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación" (art. 5). Por último, la revisión periódica y el seguimiento de la mejora regulatoria (arts. 6 y 7).

La proporcionalidad es el parámetro esencial para la valoración de todas las medidas regulatorias, y no sólo las normativas, como hace la Ley 2/2011. En el caso de los organismos reguladores, tienen importancia tanto las normas como los actos u otras decisiones singulares que éstos adoptan. Las medidas de los reguladores deberían basarse en la acreditación de que "no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado" (art. 4.3), porque es relevante "evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas al funcionamiento de los mercados" (art. 6.3).

Este desiderátum regulatorio debería estar colocado en el frontispicio de todos los reguladores. No se necesitan más reguladores como tampoco más regulación; tampoco menos reguladores ni menos regulación, pero sí menos restricciones, aquéllas que son desproporcionadas. La libertad sí marca el sentido de la reforma, no la intervención. Se necesitan los reguladores y la regulación necesaria. Hay que volver a pensar en cuál es la necesaria, cuál es el alcance de la necesidad, pero desde el objetivo de la mínima intervención necesaria, o sea, la proporcionada: las medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras del mercado. Esto es lo que dispone la Ley 2/2011. Los reguladores y la regulación deben ser los necesarios para producir la mínima restricción y la mínima distorsión. Éste es el objetivo.

4 de mayo de 2012



LA ESTABILIDAD DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Juan de la Cruz Ferrer

**Profesor Jean Monnet de Derecho Europeo y Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense**

En el presente análisis abordamos una de las cuestiones básicas que es imprescindible afrontar ante la crisis económica: la estabilidad de la regulación económica, como medio para aportar confianza en las instituciones, serenidad y un marco de reglas razonable, sólido y previsible. Las evaluaciones efectuadas por instituciones internacionales sobre la calidad de la regulación económica en España y su impacto sobre nuestra competitividad son claramente desfavorables; y así puede comprobarse en la evolución normativa, de la que analizamos los casos del sector eléctrico y del sector farmacéutico. Para plantear mecanismos de estabilidad de la regulación económica, debemos ser conscientes de las profundas transformaciones que se están produciendo a nivel mundial y de las constantes crisis que provocan, por lo que es imprescindible que el Gobierno de España busque amplios consensos en los que basar el diseño de las grandes políticas públicas. Para ello, planteamos la trascendencia esencial que tiene respetar el artículo 88 de la Constitución, tanto para el proceso democrático como para la estabilidad de la regulación, y efectuamos la propuesta de que se exija al Gobierno que remita, junto con los proyectos de ley, las preceptivas Memorias suficientemente motivadas, y que sean publicadas en Internet junto con los trabajos parlamentarios y las sucesivas enmiendas realizadas hasta llegar a la aprobación de cada Ley.

1. Regulación económica, instituciones y crecimiento económico

Al recibir el Premio Nobel en 1991, Ronald Coase explicó que su contribución a la economía había sido explicar fenómenos, tan obvios, que habían pasado inadvertidos: por ejemplo, el hecho de que los mercados no funcionan “en el vacío”; normalmente se desarrollan donde una autoridad garantiza la seguridad y facilita las transacciones; reconociendo los derechos de propiedad, las formas de contratar y exigiendo responsabilidades por fraude o incumplimiento. Lo que se intercambia en el mercado no son, como se suele suponer, entidades físicas, sino los derechos para realizar ciertas acciones. Y los derechos de los individuos, así como sus obligaciones y responsabilidades, son establecidos por el sistema jurídico. Por eso, el sistema jurídico tiene una gran influencia en el funcionamiento del sistema económico; y, en algún sentido, puede decirse que lo controla.

En realidad, los sistemas político, jurídico, económico y social son interdependientes y se condicionan mutuamente, porque los individuos actúan, se relacionan y colaboran a través de instituciones; que fueron diseñadas, conforme a unas determinadas ideas y valores, por las normas jurídicas. Pero solamente las personas dan vida a las instituciones, les permiten actuar, según sus propias ideas, intereses, valores morales y comportamientos diarios. En el caso de



que el funcionamiento de las instituciones defraude sus expectativas, las personas y las organizaciones en que se integran trabajarán para influir en el proceso político y social, y modificar tanto la definición normativa de las instituciones, como su aplicación.

En línea con la tradición del institucionalismo jurídico, la nueva economía institucional defiende que la mejora de la estructura institucional contribuye de manera notable a fomentar la seguridad y la confianza de las personas, reducir los costes de transacción –facilitando la realización de los contratos y aumentando su volumen– y mejorar el funcionamiento de los mercados. Estos factores, según Fernando Becker, no sólo mejoran la eficiencia agregada del sistema económico, lo cual por sí mismo contribuye a impulsar el crecimiento, sino que además son claves para impulsar el desarrollo tecnológico, la calidad del trabajo y, sobre todo, las inversiones de capital. La calidad institucional y la regulación económica están altamente relacionadas, hasta el punto de que la segunda es parte de la primera. Difícilmente se puede esperar que se construya una regulación económica de calidad sin “buenas instituciones” políticas, económicas y sociales, tanto formales como informales.

2. Evaluaciones de la calidad de la regulación en España

Desde hace años, diferentes instituciones internacionales han desarrollado importantes proyectos para evaluar la calidad institucional de los países, en la medida en que afecta a su competitividad; utilizando diferentes parámetros que inciden sobre la eficiencia del tejido productivo, atribuyéndoles una determinada calificación y proyectando estos datos en una clasificación de los países por su nivel de competitividad. Con independencia del evidente margen de error del que pueden adolecer tales estudios, y que los mismos reconocen, no dejan de aportar una valiosa información. Un rasgo común en estos estudios es que, en las valoraciones efectuadas sobre España, nuestra competitividad dista mucho de nuestra posición en el conjunto de la economía mundial; y que los factores de competitividad empresarial son bastantes mejor valorados que los factores de competitividad gubernamental que la condicionan.

En el Informe del Banco Mundial *Doing Business in a more transparent World 2012. Comparing Regulation for domestic firms in 183 economies*, España queda situada en el puesto 44 de la clasificación mundial; resultando especialmente llamativos los problemas relativos a la seguridad jurídica y a las cargas impuestas por la regulación a las empresas: la valoración de los criterios que se han tenido en cuenta para poner en marcha una empresa nos llevan al puesto 133 de la clasificación, los relativos a la protección de los inversores al 97, la fiscalidad al 48 y los costes de hacer cumplir los contratos (una media de 515 días, un coste del 17,2% o la existencia de 39 posibles procedimientos) al puesto 54.

El Informe del World Economic Forum, *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, realizado sobre 142 países, sitúa a España en el puesto 36 de la clasificación, y nos enfrenta a un importante diferencial de competitividad entre el sector público y el privado. El Informe valora un buen número de indicadores agrupados bajo doce pilares. En 1. *Instituciones*, nuestro puesto global sobre confianza pública en los políticos está en el 73, la independencia judicial en el 65, el despilfarro del gasto público en el 108 y las cargas de la regulación en el 110; por su parte, la eficacia de los consejos de administración está en el 97. El pilar 2. *Infraestructuras* nos sitúa en el puesto 22. El 3. *Entorno macroeconómico* nos sitúa en el puesto 134 en cuan-



to a la proporción gasto público sobre PIB, en el 83 por ahorro nacional y en el 108 por deuda pública sobre PIB. El pilar 4. *Sanidad y educación primaria* nos sitúa en puestos muy favorables en cuanto a sanidad y sobre el impacto de enfermedades en las empresas, pero en la calidad de la educación primaria estamos en el 93. El pilar 5. *Educación superior y destreza profesional* nos sitúa en el puesto 3 por el alto porcentaje de población que cursa educación secundaria y en el 18 por el porcentaje que cursa la universitaria; sin embargo, la calidad del sistema educativo nos sitúa en el puesto 98 y calidad educativa en ciencias y matemáticas en el 111. En el pilar 6. *Productos y eficiencia del mercado*, la intensidad de la competencia local nos sitúa en el puesto 23, pero la fiscalidad nos lleva al 119 y las importaciones sobre PIB al 122. En el pilar 7. *Eficiencia del mercado laboral*, flexibilidad, rigidez, contratación y despido nos sitúa en el puesto 137, y productividad y retribución en el 126. En cuanto a 8. *Desarrollo del mercado financiero*, la disponibilidad de servicios financieros está en el puesto 29, mientras que la regulación de los mercados de valores está en el 107. El pilar 9. *Disponibilidad tecnológica* está en el 33. El 10. *Tamaño del mercado*, en el 13. En el pilar 11. *Competitividad empresarial*, por cantidad de suministradores, estamos en el 17; y por calidad de los mismos, en el 25; por la naturaleza de ventajas competitivas, en el 31. Finalmente, en el pilar 12. *Innovación*, la capacidad de innovación nos sitúa en el 36, calidad de las instituciones de investigación científica en el 39, disponibilidad de científicos e ingenieros 31 y patentes 28.

3. Dos ejemplos de regulación letal

Las anteriores evaluaciones ofrecen un panorama general desolador sobre la calidad de algunas de nuestras principales instituciones y de nuestra regulación; pero su carácter lógicamente general deja una impresión un tanto abstracta. Por eso, nos parece conveniente ilustrar esa impresión general con dos ejemplos que nos parecen significativos: la regulación del sector eléctrico y del sector farmacéutico; a los que podrían añadirse otros, tanto o más graves, como la regulación del sistema educativo o la del sistema tributario.

3.1. La regulación del sector eléctrico, el déficit tarifario y la esterilización del mercado

La Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (LSE) hizo una opción clara y decidida por la liberalización del sector, aprovechando las experiencias positivas del mercado británico y de los mercados escandinavos. Siguiendo la estructura institucional de estos nuevos mercados (hasta 1990 se consideraban imposibles), la LSE creó un mercado mayorista al contado –similar a una bolsa de valores con contratación multilateral porque la energía demandada sólo es producida por los generadores cuyas ofertas en una subasta sean las más baratas hasta cubrir la demanda–, compatible con la formalización de contratos bilaterales, y gestionado por un Operador del Mercado. De esta manera, todos los generadores tradicionales quedan sometidos a competencia. En cuanto a la demanda, los consumidores tienen derecho a elegir la compañía suministradora de electricidad, con independencia de cuál sea el distribuidor de su zona, que solamente desarrolla funciones de transporte de la energía.

Evidentemente, el desarrollo de este modelo de mercado resulta difícil porque el sector eléctrico, por sus características técnicas e industriales, posiblemente sea el que mayores costes de información y transacción presenta para una asignación segura de derechos de propiedad, para el desarrollo de fórmulas contractuales y para la asignación y exigencia de responsabilidades; es decir, para el desarrollo de un mercado competitivo y eficiente. Por ello, resultó

sumamente acertado que, tras los primeros años de funcionamiento del modelo, el Gobierno encargara al Profesor Pérez Arriaga la coordinación y elaboración de un Libro Blanco sobre la reforma del marco regulador de la generación de electricidad en España que, tras las oportunas consultas con los agentes interesados, fue presentado a mediados de julio del 2005. El documento era extraordinariamente completo en cuanto a la aportación de datos técnicos, económicos y jurídicos, elementos de juicio y perspectivas sobre la situación y posibles reformas. En suma, un trabajo excelente que permitía abrir un debate riguroso para avanzar en el desarrollo de nuestro mercado eléctrico. Sin embargo, en los primeros días de septiembre, Gas Natural presentó una OPA sobre ENDESA; operación en la que el Gobierno se implicó muy activamente según fueron apareciendo nuevas empresas ofertantes y que, tras diversas vicisitudes conocidas y que no vienen al caso, acabó deparando un resultado sorprendente. Todo ello hizo que el Gobierno se olvidara del Libro Blanco y de su principal obligación.

La regulación del mercado eléctrico contenía un auténtico virus troyano que lo ha esterilizado, en buena medida, durante sus ya catorce años de existencia: los Gobiernos populares y socialistas han mantenido desde el año 2000 las tarifas para el consumo, fijándolas, en contra de lo dispuesto por la propia LSE, por debajo de los costes formados en el mercado mayorista. De esta manera, ha resultado prácticamente imposible la entrada de nuevos operadores en las actividades de generación que deben competir en el mercado mayorista (la generación en "régimen especial" no compete) y de comercialización. Evidentemente, al fijar las tarifas por debajo de los costes, se ha ido generando un déficit de ingresos para las compañías que ha superado los 24.000 millones de euros... Déficit, o más bien deuda –en más de 10.000 millones ya ha sido titulizada y transmitida–, que los consumidores deberemos ir pagando junto con los costes actuales de suministro.

Además de semejante despropósito jurídico-económico, la fijación de las tarifas por debajo de los costes ha tenido un efecto letal sobre el desarrollo del mercado. Lo que ha hecho verdaderamente disfuncionales a los mercados eléctricos ha sido su diseño exclusivamente desde la oferta, inhabilitando a la demanda: los consumidores no tienen ni idea del coste real del suministro que reciben y, por lo tanto, carecen de incentivo alguno para modular su demanda. Por ello, no se han desarrollado nuevas formas de contratación, no han aparecido de forma clamorosa los diferentes costes por energías primarias y tecnologías de transformación en la generación (donde se sitúa la mayor parte de los costes de suministro), ni los consumidores han moderado sus consumos, impidiendo así la conservación de la energía... Tenemos un "mercado escaparate", detrás del que se esconden las peores desventajas del antiguo modelo de regulación por costes del servicio y casi ninguna de las ventajas de los mercados competitivos.

3.2. La aniquilación del sector farmacéutico por Decreto-ley

La Ley 29/2006, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos, contiene un modelo de regulación sectorial que establece criterios generales, objetivos y comprobables para determinar: el procedimiento de admisión de los medicamentos para su financiación pública, los procedimientos para la fijación y revisión del precio de los medicamentos, los requisitos de obtención de información económica de los laboratorios para la fijación de los precios o la regulación del Sistema de Precios de Referencia o precios máximos de adquisición de los medicamentos por el Sistema Nacional de Salud (SNS).



El Consejo de Estado, en su Dictamen de 15 de noviembre de 2005, advirtió al Gobierno de que, frente a los criterios generales establecidos en la Ley, algunas disposiciones específicas anulaban estos criterios, estableciendo reducciones automáticas del precio de algunos medicamentos y aportaciones obligatorias de los laboratorios en función de su volumen de facturación al Sistema Nacional de Salud. En el caso de las oficinas de farmacia, estas aportaciones obligatorias o "deducciones" ya se habían impuesto por el Real Decreto-ley 5/2000, que la Ley 29/2006 no modificó. A juicio del Consejo de Estado, estas reducciones automáticas de precios y estas "deducciones por volumen de facturación al SNS" atentaban contra la estabilidad de la regulación y contra las exigencias de la Directiva 1989/105: "La previsibilidad resulta muy importante en este sector regulado, en el que las inversiones en investigación y desarrollo de nuevos fármacos por parte de los laboratorios farmacéuticos se realizan a muy largo plazo y por consiguiente no se deciden en función de los precios y regulación actuales sino en función del marco de precios y de la regulación que se prevé existirán a largo plazo. La reducción del llamado "riesgo regulatorio" contribuye a incrementar la cuantía de las inversiones en las que concurren estas circunstancias".

Sonroja leer estas atinadas reflexiones ante la reciente avalancha regulatoria gubernamental: en el plazo de poco más de un año, el Gobierno ha aprobado los Decretos-leyes 4/2010, de 26 de marzo, 8/2010 de 20 de mayo, y 9/2011, de 19 de agosto. Algunas de las medidas impuestas por estas normas son: la reducción automática del precio de los medicamentos genéricos entre un 25% y un 30%; la imposición de una deducción del 7,5% sobre el precio de los medicamentos bajo patente al ser facturados al SNS; o la obligación de los facultativos de prescribir los medicamentos (cuando se efectúe con cargo al SNS, que significa un 80% del mercado) por su principio activo y la obligación del farmacéutico de dispensar el de menor coste existente.

El importe de la facturación del sector farmacéutico (laboratorios, distribuidores y oficinas de farmacia) al SNS ascendió el año 2009 a unos 12.500 millones de euros (excluida la efectuada a los hospitales públicos). Según las declaraciones de los miembros responsables del Gobierno ante el Congreso de los Diputados y el Senado, que constan en los diarios de sesiones, las medidas del Decreto-ley 4/2010 perseguían una reducción del gasto público farmacéutico en 1.500 millones de euros; las del 8/2010 una reducción en 1.300 millones de euros; y las del 9/2011 una reducción en 2.400 millones de euros. Es decir, que el Gobierno ha intentado reducir la factura farmacéutica no hospitalaria al SNS en 5.200 millones de euros, más de un 40% respecto de los 12.500 del año 2009.

Ante estas cifras y la exigencia de que el precio de los medicamentos y de su dispensación con cargo al SNS se determine conforme a criterios generales, objetivos y comprobables, resulta importante destacar que los tres Decretos-leyes fueron remitidos al Parlamento sin Memoria alguna que explicara los motivos por los cuales se habían adoptado tales medidas y los cálculos de las reducciones, así como el análisis de sus beneficios y de sus costes. Las Exposiciones de Motivos se limitan a decir que las medidas persiguen la reducción del déficit público, finalidad que podría haber motivado cualquier otro medio de reducción, pero que no explica en manera alguna si los medios elegidos en este caso son adecuados y soportables. Por ello, no resulta posible saber si el sector farmacéutico –intensivo en capital, investigación y desarrollo y empleo– es sostenible en España después de semejantes reducciones.

Además, al igual que en el caso del sector eléctrico, sólo se actúa sobre la oferta, mientras que la demanda sigue siendo políticamente intocable, aunque existan datos sobre su irracionalidad: los pensionistas de MUFACE, que pagan un 30% por los medicamentos, adquieren la mitad que los pensionistas del régimen general, posiblemente porque estos últimos no pagan nada...

También resulta llamativa la especial perversidad del instrumento regulatorio elegido: algunas medidas de los Decretos-leyes modifican disposiciones reglamentarias y, desde el mismo momento de su publicación, pueden volver a ser modificadas por disposiciones reglamentarias. Es decir, para el Gobierno la forma Decreto-ley es un mero envoltorio de disposiciones materialmente reglamentarias; y esto hace que el Decreto-ley tenga un rango operativo bifronte: respecto de las competencias del Gobierno, esas medidas tienen rango reglamentario porque éste puede modificarlas en cualquier momento; pero frente a los ciudadanos y a los Tribunales tienen rango legal, llevan puesta la etiqueta Decreto-ley, por lo que aquéllos carecen de acción procesal para impugnarlas directamente y ejercer de manera normal su derecho fundamental a la tutela judicial frente a las decisiones del poder.

4. Una nueva época requiere nuevas instituciones y una nueva regulación que las promueva

La solución de un problema exige su correcto planteamiento. Solamente podemos aspirar a la estabilidad de la regulación económica si somos conscientes de que vivimos en un auténtico terremoto. La humanidad está sufriendo la transformación más intensa, profunda, acelerada y, por primera vez, global de su historia. Ninguna de las grandes instituciones de la Edad Contemporánea resulta hoy reconocible, ni ocupa la posición, ni desempeña la función que se le atribuyó en esa época. Tras la Segunda Guerra Mundial se fueron incubando grandes cambios que eclosionaron como auténticas metamorfosis en la década de los noventa. Los historiadores posiblemente elijan el 9 de noviembre de 1989, caída del muro de Berlín, o el 25 de diciembre de 1991, disolución de la Unión Soviética, para fechar el final de la Edad Contemporánea. Por eso, al poco tiempo, Fukuyama escribió sobre el fin de la historia: efectivamente una de sus grandes etapas había terminado; y, tras el desmoronamiento de los regímenes comunistas, se desarrolló una década de actividad febril en una tensa calma. Que terminó el 11 de septiembre del 2001.

Lo que nos parece fundamental destacar es que esta nueva época requiere nuevas instituciones, que sólo pueden diseñarse con nuevas ideas, nuevos valores y nuevas visiones estratégicas que, en lo que afecta a los Estados, requieren la formulación de nuevas políticas públicas asentadas en el consenso de su nación. Del acierto en su formulación y desarrollo dependerá el papel que desempeñen en el nuevo orden mundial. Muy sucintamente, las nuevas dinámicas que deben tenerse en cuenta son las siguientes.

En el orden *geopolítico*, perspectiva que en España no suele resultar demasiado familiar, el principal factor o valor de explicación es la paz. Los horrores del siglo XX han ido fraguando un consenso general sobre la supremacía del valor de la paz para la humanidad y no es descabellada la aspiración de cerrar toda una historia universal, cuyos principales protagonistas han sido los imperios, los reinos, los Estados y sus guerras. Las democracias, en las que priman las libertades y derechos de las personas, no se hacen la guerra. No suele prestarse la importancia fundamental que merece la dinámica fundamental de la paz; porque sólo la paz ha



desencadenado la globalización: un nuevo escenario en el que la tecnología y los nuevos valores de respeto y tolerancia hacen que la información, la comunicación, las finanzas, el trabajo, el ocio, el comercio, la cultura, la ciencia... puedan ser globales. En este escenario, o se participa o se hunde; y sólo los Estados sólidos, que ofrecen garantías de seguridad y facilitan el despliegue de las libertades, están sacando provecho de las nuevas realidades de la globalización.

En el *orden político*, lo que acabamos de decir no entra en contradicción con el hecho consumado de que los Estados han perdido el protagonismo exclusivo del que han disfrutado durante quinientos años. Se han quedado demasiado pequeños para resolver los problemas mundiales o continentales, y demasiado grandes para resolver los regionales y locales. Les queda, nada menos, la responsabilidad sobre su nación; y ahí es donde su economía y su sociedad se juegan su futuro.

En el *orden económico*, el modelo de la "economía capitalista e industrial" ha sido superado: las materias primas (excepto los combustibles), la mano de obra y el capital (que no era lo mismo que nuestros sistemas financieros) no son los recursos determinantes para la creación de riqueza. Los recursos determinantes son el capital humano –conocimiento, creatividad, innovación...– y la tecnología. Todos los factores hasta ahora expuestos –paz, globalización, instituciones internacionales que limitan y disciplinan a los Estados-nación, nuevas tecnologías...– han determinado la transición de economías intervenidas con poca competencia a un nuevo modelo de "economía social de mercado, abierta y de libre competencia".

En el *orden social*, el desarrollo de la democracia y del reconocimiento de los derechos humanos, el acceso generalizado a la educación, la capacidad de pensar y de ejercer la libertad, han determinado la primacía de la persona. Las personas ya no están en función de las instituciones, las instituciones deben estar al servicio de las personas, o son repudiadas. Sin embargo, en Europa, la tradición de la ilustración franco-continental y de la filosofía hegeliana ha destilado toda una cultura social, que todavía nos hacen mirar a los Gobiernos o a las Empresas como artífices omniscientes que resolverán nuestros problemas. Pero ésa no es su función: la función de los Gobiernos es garantizar el orden de la libertad, promover el bien común –conjunto de condiciones que permiten el ejercicio de los derechos y libertades– y facilitar a todas las personas una igualdad de oportunidades para que participen del mismo; la función de las Empresas es crear riqueza. Pero, ni el Gobierno, ni las Empresas pueden producir personas. Solamente las instituciones del orden social –familia, sistemas educativos y de salud, asociaciones, iglesias, medios de comunicación, intelectuales y de la cultura...– pueden engendrar personas (uno de nuestros principales problemas es la disminución de la población de nuestra civilización) y formarlas con las capacidades intelectuales y los valores morales que requiere la creatividad institucional de la nueva época en la que entramos.

5. Propuesta para cumplir el mandato del artículo 88 de la Constitución

Las anteriores transformaciones nos abocan irremediabilmente a vivir crisis y desafíos constantes. El Estado puede facilitar que afrontemos estas crisis, si es capaz de explicar cómo nos afectan y de coordinar grandes consensos nacionales que movilicen todos los recursos políticos, económicos y sociales para definir objetivos claros de las grandes políticas públicas, en

los que pueda fundamentarse una regulación estable. Si no se realiza esta tarea seguiremos perdidos en las improvisaciones, los arbitrios, las ocurrencias felices, tan familiares a nuestra cultura patria... o en el seguidismo de lo que inventen otros y que, lógicamente, responderá a sus intereses, pero quizás no a los nuestros. Todo ello ofrece el mejor caldo de cultivo para que el procedimiento de elaboración de las leyes sea un oscuro proceso, donde el interés de muy pocos se impone al de la mayoría, o donde medidas improvisadas o para salir del paso de cara a la galería quedan escondidas como auténticas bombas de relojería, que más tarde estallarán produciendo efectos devastadores.

Frente al debate un tanto estéril entre las teorías sobre la regulación –si ésta puede realmente servir al interés público o, por el contrario, casi siempre responde a intereses privados–, Serrano Sanz ha tenido el enorme acierto de explicar que todo depende del manejo de las fases del proceso regulador. En la primera fase, *la discusión pública sobre la motivación de la política regulatoria*, los actores están obligados a presentar argumentos racionales, datos, ideas y justificaciones sobre la idoneidad de la regulación para servir a los intereses generales. Sin embargo, *en la segunda fase de tramitación parlamentaria de las leyes*, el debate se enclaustra en las comisiones parlamentarias donde los políticos a duras penas entienden con frecuencia sobre qué están trabajando, y los grupos bien organizados de presión despliegan todos sus poderosos recursos para privilegiar sus intereses, encriptándolos bajo un lenguaje cuyas consecuencias jurídicas muy pocos son capaces de entender y valorar. Finalmente, *en la tercera fase de ejecución de la regulación*, asistimos a una nueva lucha entre los grupos de interés para desarrollar e interpretar de determinadas maneras las normas y capturar su proceso de aplicación.

La Escuela de la Elección Pública ha desarrollado una metodología política para intentar racionalizar la adopción de las decisiones políticas. Buchanan ha recordado con frecuencia que los políticos no son distintos del común de los mortales, en lo que respecta a perseguir sus propios intereses individuales y por eso ha repetido el consejo de Wicksell: dejar de actuar frente a los políticos como quien aconseja a un déspota benévolo que no va a escuchar. Si se quieren mejorar los resultados políticos hay que cambiar las reglas. Los políticos no van a dejar de representar los intereses que les resulten más convenientes de cara a las próximas elecciones, y esto no garantiza que el resultado de la regulación sea eficiente. ¿Cómo cambiar esto? Cambiando las reglas, avanzando de la regla de la mayoría hacia la regla de la unanimidad; pero como ésta no es exigible ni viable, propugnando fórmulas que obliguen a aflorar los intereses, a presentar razones y a debatirlas, a hacer abiertos y transparentes los procesos de decisión; y, en definitiva, a forzar el consenso sobre lo que acaba siendo necesario y razonable.

Cuanto más se refuerce el debate y la publicidad en la fase de motivación de la regulación, obligando a presentar con claridad qué objetivos propone cada cual y qué medios le parecen idóneos para conseguirlos, más difícil será luego pervertir los medios y los fines. Cuanta más transparencia, participación y publicidad se dé al procedimiento de discusión y elaboración de leyes y reglamentos, más difícil será que determinados grupos consigan “capturar” los procedimientos e introducir en su beneficio futuras “rentas regulatorias”. Cuanto más claras resulten las disposiciones normativas y su significado, más difícil será torcer su lógica interpretación y aplicación.



En el marco de este esquema, nuestra propuesta, inspirada en un excelente estudio de Fernando Sainz Moreno, es que se cumpla el artículo 88 de la Constitución, que dispone: “los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”. Este precepto debe ser cumplido o exigirse su cumplimiento por la excepcional importancia democrática que tiene. Tanto los parlamentarios, que deberán participar en la tramitación y, en su caso, aprobación del proyecto, como sobre todo los ciudadanos, que deberán cumplir la ley, tienen pleno derecho a conocer las razones y motivos por los que sus representantes han entendido necesario imponer esa ley.

La Ley del Gobierno exige que la elaboración de los proyectos de ley se inicie por un anteproyecto, acompañado por una Memoria y por los estudios o informes sobre la oportunidad o necesidad del mismo, así como por una Memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986 abrió la posibilidad de impugnar una ley por incumplimiento del art. 88 de la Constitución –si de verdad se entiende su trascendencia esencial- es harto deficiente. Además, tales Memorias no se publican, y están únicamente, si es que se han elaborado, a disposición de los parlamentarios. Frente a esta situación, debe tenerse en cuenta que si estas Memorias no se aportan o su contenido no resulta suficiente y solvente, el Gobierno no está presentando las pruebas o elementos de juicio para valorar lo que en el proyecto se dice; y, entonces, las Cámaras discuten las reformas –y los ciudadanos asisten a la discusión- con un conocimiento muy pobre de la realidad sobre la que actúan. En esta situación, ese conocimiento procede, casi siempre, de los datos que los grupos interesados proporcionan, sin luz ni taquígrafos, a los diputados y senadores o a sus partidos, para que encarrilen el proyecto de una manera determinada y los utilicen en los debates. Por ello, la Constitución introdujo, entre otros preceptos dirigidos a hacer más transparente el ejercicio del poder, la obligación de acompañar los proyectos no sólo con la “exposición de motivos”, sino también con los “antecedentes” o pruebas de lo que en ellos se dice.

De esta forma la Constitución ha reconocido que el debate parlamentario sobre el proyecto y su seguimiento por la opinión pública debe ser, en primer lugar, un debate sobre los presupuestos de la ley; la justificación de su necesidad; la valoración de las alternativas existentes y de la fórmula elegida, a lo que ayudan los estudios, informes o dictámenes emitidos durante la elaboración del proyecto; el análisis sobre la viabilidad de la norma, es decir, sobre la posibilidad real de aplicarla en la práctica por la organización administrativa, por los destinatarios que deben cumplirla y por los tribunales; el estudio del equilibrio entre los costes que impondrá la norma y su adecuación respecto de la utilidad o beneficios que de ella se espera; la valoración sobre la aceptación de la norma por la Administración que ha de aplicarla y los ciudadanos que han de cumplirla; aceptación que evidentemente no es necesaria, pero que en un Estado democrático aconseja extremar la justificación y explicación de las obligaciones que se imponen.

Por otra parte, en la actualidad no resulta fácil conocer las discusiones parlamentarias sobre un determinado proyecto de ley y que resultan igualmente esenciales para conocer la motivación de las disposiciones finalmente aprobadas. Aunque se publican en los Diarios de Sesiones de las Cámaras, que pueden consultarse en Internet, es necesario investigar los días

en que se han se han celebrado tales debates... e ir accediendo al texto correspondiente dentro de cada Diario.

Por ello, la propuesta que se formula consiste en dar el debido cumplimiento al artículo 88 de la Constitución, con la exigencia de que el Gobierno remita Memorias solventes junto a cada Proyecto de Ley; que estas Memorias se publiquen de inmediato en Internet junto con el Proyecto; y que, finalmente, se elabore para cada Ley aprobada una Publicación unitaria accesible en Internet en la que se contengan las Memorias, los debates parlamentarios, las sucesivas redacciones del Proyecto, el texto finalmente aprobado por las Cortes Generales y el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado. Ayudaría que tal Publicación dispusiera de un estudio introductorio elaborado por los Letrados de las Cortes, cuya capacidad y conocimientos de técnica y calidad legislativa es bien conocida. Todo ello puede contribuir de manera fundamental a la estabilidad de la regulación económica.

12 de mayo de 2012



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANCO MUNDIAL (2012), *Doing Business in a more transparent World 2012. Comparing Regulation for domestic firms in 183 economies*. Washington D.C.
- BECKER ZUAZUA, F. (2009), "Calidad institucional y regulación económica". En BECKER, CAZORLA, MARTÍNEZ SIMANCAS, SALA, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico II*, Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).
- BETANCOR, A. (2009), *Mejorar la Regulación: una guía de razones y medios*. Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid.
- (2010), *Regulación: Mito y Derecho*. Civitas Thomson, Cizur Menor (Navarra).
- BREYER, STEWART, SUNSTEIN, VERMEULE, HERZ (2011), *Administrative Law and Regulatory Policy*, 7ª ed. Wolters Kluwer, Nueva York.
- BUCHANAN, J. (2001), "Mi peregrinaje intelectual: la Escuela de la Elección Pública". En RAVIER, A. (2012).
- COASE, R. (1994), *La Empresa, el Mercado y la Ley*. Alianza Ed. Madrid.
- CRUZ FERRER, J. de la (2002), *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- (2011), "El sector eléctrico: entre la introducción de la competencia y la formación de mercados", en SANTAMARÍA PASTOR (2011).
- GARCÍA-ESCUADERO, P. (2011), *Manual de Técnica Legislativa*. Civitas Thomson, Cizur Menor.
- HAURIOU, M. (1925), *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad. esp. RUIZ DEL CASTILLO, C. Ed. Comares, Granada 2003.
- LAVILLA, J.J. (2009), "El déficit tarifario en el sector eléctrico", en MUCHOZ MACHADO, SERRANO... (2009).
- MATEU DE ROS, R. (2009), "El déficit de la tarifa eléctrica: origen y regulación por el Derecho positivo", en BECKER et al. (2009).
- MUCHOZ MACHADO, S., ESTEVE PARDO, J., Dirs. (2009), *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Ed. Iustel, Madrid.
- SERRANO GONZÁLEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, M. Dirs. (2009), *Derecho de la Regulación Económica II. Sector Energético*, Iustel, Madrid.
- NORTH, D. (1986), "La Nueva Economía Institucional ", en RAVIER (2012).
- RAVIER, A. (2012), *Lecturas de Historia del Pensamiento Económico*, Unión Ed. Madrid.
- SACHS, J. (2011), *The Price of Civilization*. Random House, Nueva York.
- SAINZ MORENO, F. (1989), "Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley", en SAINZ MORENO, DA SILVA OCHOA, *La Calidad de las Leyes*. Parlamento Vasco, Vitoria.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. CEURA, Madrid.
- Dir. (2011), *Las Técnicas de Regulación para la Competencia: Una Visión Horizontal de los Sectores Regulados*. Iustel, Madrid.
- SERRANO SANZ, J.M. (1995), "La regulación como instrumento de política económica", en VELARDE, GARCÍA PEDREÑO, JIMÉNEZ, *Regulación y Competencia en la Economía Española*. Civitas, Madrid.
- WORLD ECONOMIC FORUM (2011), *The Global Competitiveness Report 2011-2012*. Ginebra.



ANTERIORES PUBLICACIONES DEL CÍRCULO CÍVICO DE OPINIÓN

CUADERNOS. DOCUMENTO 1

España: ante una encrucijada crítica. Empleo, responsabilidad y austeridad. (Diciembre 2011)

CUADERNOS. DOCUMENTO 2

Empleo juvenil. (Febrero 2012)

CUADERNOS. DOCUMENTO 3

Plan y liderazgo. Lo urgente y lo importante en la política frente a la crisis. (Marzo 2012)





SOCIOS FUNDADORES

Luis Abril

Secretario General Técnico de Presidencia. Telefónica

Miguel Aguiló

Ingeniero de Caminos

Fernando Becker

Catedrático de Economía Aplicada

Antonio-Miguel Bernal

Historiador

Victoria Camps

Catedrática de Filosofía Moral y Política

Luis Caramés

Catedrático de Hacienda Pública

Adela Cortina

Catedrática de Ética y Filosofía Política

Antonio Cortina

Director Adjunto del Servicio de Estudios Banco Santander

Álvaro Delgado-Gal

Escritor

Luis Fernández-Galiano

Arquitecto

Juan Pablo Fusi

Historiador

José Luis García Delgado

Catedrático de Economía Aplicada

José Gasset

Director de Relaciones Internacionales Iberdrola

Jaume Giró

Director General Adjunto CaixaBank

Josefina Gómez Mendoza

Catedrática de Geografía

Fernando González Urbaneja

Periodista

Rodolfo Gutiérrez

Catedrático de Sociología

Emilio Lamo de Espinosa

Catedrático de Sociología

Cayetano López

Catedrático de Física Teórica

Alfonso Maldonado

Catedrático de Ingeniería Geológica

Francisco Mangado

Arquitecto

Manuel Martín Rodríguez

Catedrático de Economía Política

Antonio Merino

Director de Estudios y Análisis del Entorno Repsol YPF

Santiago Muñoz Machado

Catedrático de Derecho Administrativo

Luis Oro

Catedrático de Química Inorgánica

Gregorio Panadero

Director de Comunicación y Marca BBVA

Josep Piqué

Presidente del Círculo de Economía

Javier Rupérez

Embajador de España

José Manuel Sánchez Ron

Catedrático de Historia de la Ciencia

José María Serrano Sanz

Catedrático de Economía Aplicada

José Ignacio Torreblanca

Profesor de Ciencia Política

Fernando Vallespín

Catedrático de Ciencia Política

José Ignacio Wert*

Sociólogo

**Sin participación activa mientras desempeña sus actuales responsabilidades como Ministro de Educación, Cultura y Deporte.*

RAZÓN DE SER

1. Tras una exitosa transición desde la dictadura a una democracia ya plenamente consolidada, y tras varias décadas de no menos exitosos procesos de modernización económica, social y cultural, España aborda el segundo decenio del nuevo siglo con un escenario incierto. Sin negar la existencia de ámbitos en los que se han efectuado avances importantes, lo cierto es que sobre nosotros pende todavía la salida a la grave crisis económica, y se percibe un claro desgaste de la confianza en la clase política y una crisis de gobernanza que, según muchos, está provocando una puesta en cuestión del mismo modelo de Estado y favorece el aumento de una cierta "fatiga civil". España, que había tenido un gran proyecto nacional unificador, el de la transición, muestra dificultades para reencontrar una visión clara de su interés general por encima de los intereses partidistas y de las prácticas que se arraigan en otros particularismos.

No es sorprendente que, en este contexto, y pocos años después de haber dado por definitivamente resueltos los problemas que atenazaron a regeneracionistas o noventayochistas, broten aquí y allá proyectos de "regeneración" y que incluso se hable de la necesidad de una "segunda transición": para unos, el modo de superar la primera; para otros, el modo de hacerla finalmente efectiva. Ese ímpetu regenerador pone de manifiesto, en todo caso, que España no ha perdido el pulso y que la sociedad civil se inquieta e incómoda ante el presente, buscando alternativas que nos devuelvan a una senda que se corresponda con un más activo papel internacional y sirvan para generar un nuevo proyecto nacional.

2. El Círculo Cívico de Opinión es un producto más de esa coyuntura de incertidumbre, en tanto que foro de la sociedad civil, abierto, plural e independiente, alejado de los partidos pero no neutro (y menos neutral). Su objetivo es ofrecer un vehículo para que grupos de expertos puedan identificar, analizar y discutir los principales problemas y dilemas de la sociedad española, pero con la finalidad de que esos debates, conclusiones y sugerencias puedan trasladarse a la opinión pública.

Para conseguirlo, el Círculo generará propuestas y sugerencias concretas, que serán sometidas al escrutinio de la opinión pública a través de los medios de comunicación, los clásicos y los nuevos, pues pretende utilizar al máximo las posibilidades abiertas por las nuevas tecnologías de la información, para que su voz pueda ser escuchada y se proyecte hacia afuera. El Círculo parte del convencimiento de que no es bueno que los partidos monopolicen el espacio de la política; ésta debe estar abierta también a otros actores; foros como el Círculo pueden contribuir a ello.

3. El Círculo Cívico de Opinión toma la forma jurídica más simple, la de una asociación, y pretende trabajar con el mínimo posible de financiación y el mínimo posible de burocracia. Fundado por un grupo de ciudadanos preocupados por la marcha de la cosa pública, invita a todos los que puedan estar interesados a sumarse a su esfuerzo, contribuyendo tanto con apoyo económico como –lo que es más importante– con su inteligencia y conocimiento.

