

LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA DESDE EL ESTADO GARANTE.

José Esteve Pardo.

Universidad de Barcelona.

I. PLANTEAMIENTO.

1. Una nueva correlación entre Estado y sociedad.
2. El repliegue del Estado en la actividad económica. La posición del Derecho Comunitario.
3. La atención de los intereses generales. Del protagonismo gestor y de prestación a la responsabilidad de la garantía.

II. LA OPCIÓN POR LA REGULACIÓN. SUS PRINCIPALES REFERENCIAS.

1. Las referencias de la economía.

A. La concepción amplia de la regulación como el dato o componente jurídico de los análisis económicos.

B. El concepto estricto de regulación. Su vinculación a la teoría de los fallos del mercado.

2. La referencia comparada.

A. La experiencia norteamericana. La regulación económica desde el conocimiento experto como alternativa a la intervención judicial.

B. La vía europea. La regulación como alternativa a la retirada de la gestión pública y pérdida de titularidad pública sobre servicios y actividades económicas.

III. BASES Y ORIENTACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE REGULACIÓN ECONÓMICA.

1. La interdicción de la promiscuidad.

A. Separación estricta de funciones de gestión y funciones de regulación, atribuyéndolas a sujetos distintos.

B. La separación por fases de actuación.

C. La separación de contabilidades.

2. La opción por la neutralidad.

A. La neutralidad económica y sobre la titularidad empresarial.

B. La neutralidad tecnológica.

IV. SOBRE EL USO ALTERNATIVO DE LA REGULACIÓN.

1. El elemento teleológico de la regulación.

2. Regulación económica y defensa de la competencia.

3. Objetivos inducidos. Los espejismos de la regulación.

V. EL FORTALECIMIENTO DE LA SOCIEDAD Y SU CAPACIDAD AUTORREGULADORA. LA AUTORREGULACIÓN DE LOS MERCADOS Y SUS NUEVAS EXPRESIONES.

1. La conquista por la sociedad de espacios tradicionalmente bajo la órbita del Estado. Un caso significativo y trascendente: la investigación científica y la innovación tecnológica.

2. El avance y afirmación de la sociedad mediante la autorregulación. La autorregulación de los mercados.

VI. COMPROMISOS Y RESPONSABILIDADES DE LOS PODERES PÚBLICOS. LA TENSIÓN ENTRE FINES E INSTRUMENTOS.

1. Marco constitucional. Un programa firme y definido, unos instrumentos variables.

2. La garantía de los intereses generales sin el protagonismo gestor de la Administración, ni la cobertura de los títulos de intervención.

VII. VÍAS Y FÓRMULAS, ALTERNATIVAS A LA PRESENCIA E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA, PARA LA GARANTÍA DE LOS INTERESES GENERALES.

1. Fórmulas organizativas.
2. Fórmulas procedimentales.
3. Instrumentos materiales. Las obligaciones de servicio público.
4. La percepción y tratamiento de las relaciones de poder por la legislación del Derecho Privado.

VIII. LA ORIENTACIÓN Y ASIMILACIÓN DEL PODER ORDENADOR DE LA SOCIEDAD. LA AUTORREGULACIÓN REGULADA.

1. Autorregulación como la percepción del poder por la sociedad y del fortalecimiento de los mercados.
2. Autorregulación como reacción ante el endurecimiento de la intervención del Estado. El equívoco de la desregulación.
3. Autorregulación de la economía y del mercado.
4. La autorregulación regulada.

IX. EL PERIODO TRANSITORIO TRAS LA PÉRDIDA DE COBERTURA DEL SERVICIO PÚBLICO COMO TÍTULO PARA LA PUBLIFICACIÓN DE SECTORES.

1. La tendencia maquinal a cubrir un vacío con materiales e instrumentos adscritos a otros conceptos.
2. El dominio público como título refugio de la intervención administrativa.
3. La vis atractiva de las fórmulas de intervención de la policía administrativa.

I. PLANTEAMIENTO.

1. Una nueva correlación entre Estado y sociedad.

La distinción entre estado y sociedad, que marcó en muy buena medida el modelo del Estado liberal del XIX y que ya se creía superada en el marco del Estado social y democrático, se ha restablecido de algún modo en tiempos recientes aunque sobre bases y presupuestos distintos a los de entonces.

En los planteamientos del XIX, Estado y sociedad se presentan como dos realidades netamente separadas, con su propia cobertura legitimadora, sus espacios de actuación diferenciados y sin que resultara admisible una relación integradora entre ellas ¹. La intervención

¹ Esa separación entre Estado y sociedad se percibe también en toda una serie de concepciones dualistas que jalonan el desarrollo y conformación del Derecho Público en el siglo XIX o marcan algunas de sus fases. Así la distinción entre principio monárquico y principio democrático, la distinción entre relaciones especiales y relaciones generales de sujeción, la distinción de ámbitos de la potestad reglamentaria –concebida como una potestad autónoma del Estado pero de proyección en su ámbito o en el de sus relaciones- y la potestad legislativa; la propia concepción de la reserva de ley para habilitar intervenciones puntuales del Estado en la realidad social; la concepción negativa, defensiva, de los derechos fundamentales que articularían la línea que no puede ser nunca rebasada por el poder público. E-W. Böckenförde, “Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart”, en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1976, p. 185 y ss. H.H. Rupp, “Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft” en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, J. Ícense/ P. Kirchhof eds. Vol. I, Heidelberg, 1987, pp. 1191 y ss. Como destaca Pedro de Vega, “fueron los fisiócratas (Dupont de Nemours, Mercier de la

del Estado sólo se concebía de manera puntual y sujeta a estrictas condiciones formales y con un riguroso sistema de controles y garantías en cuya construcción encontraba su sentido el Derecho administrativo, concebido como un sistema de garantías de los derechos de los particulares, y de la propia sociedad en la que encontraban su desarrollo, frente al poder del Estado.

Esa separación, y aún la distinción misma entre Estado y Sociedad, se creyó superada con el establecimiento del Estado social y democrático. Se pudo creer en efecto que la legitimación democrática del Estado le confería una habilitación general y plenaria –sin necesidad de recurrir a las trabajosas construcciones de títulos de intervención- para desarrollar una amplia actividad de gestión y prestación de servicios a una sociedad que acabaría conformando por completo y articulándola en torno a un proyecto racional diseñado desde unas instancias estatales y administrativas que acabarían así por fundirse plenamente en la propia sociedad ². Por supuesto, uno de los espacios en los que el Estado parecía llamado a tener un protagonismo principal es el de la economía, ostentado incluso la titularidad sobre ciertos sectores y actuando mediante empresas públicas que operaban como instrumentos de intervención en un régimen muy diferente al propio del sector privado y el mercado.

La realidad actual muestra un panorama bien distinto del que pudo vaticinarse en un principio. El proceso de expansión burocrática, de prestación y gestión de servicios por las instancias administrativas hace tiempo que se detuvo para iniciar un movimiento de repliegue, de acantonamiento en posiciones que se consideran nucleares, sustantivas o del todo irrenunciables por el poder público. El Estado se ha sujetado así a procesos de adelgazamiento ³, de afirmación estricta en las funciones que

Riviére, etc) quienes consagraron, como es bien notorio, la separación entre Estado y sociedad, sobre la que descansa toda la construcción liberal”, *Derecho y economía en el Estado Social*, J. Corchera Atienza/M.A. García Herrera (eds.) Madrid, 1988, p. 123.

² Aunque no dejaron de levantarse voces críticas que ante esa promiscuidad reclamaban la atención a las referencias que ofrecían unas realidades que en modo alguno podían considerarse disueltas y fundidas. Así J.A. Santamaría Pastor cuando afirmaba que “no está de más recordar la necesidad de restaurar de algún modo la tradicional línea divisoria entre Estado y sociedad, que no por decimonónica debe condenarse de antemano...cuando asistimos a ese pasmoso fenómeno de esquizofrenia pública, en la que el Estado huye de si mismo”, “Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar”, *Documentación Administrativa*, n. 215, 1989, p. 83.

³ M. Tarrés/M. Darnaculleta, “Adelgazamiento del Estado y modernización administrativa. A propósito del Informe “Shlanker Staat””, *Revista Autonomías*, n. 26, 2001. E. Linde Paniagua, “La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 7,

le confieren su identidad irrenunciable, y de recuperación de sus señas de identidad más características, reduciendo así su dispersión y rompiendo de algún modo la promiscua relación que mantenía con la sociedad.

La sociedad, por su parte, se ha reforzado poderosamente. No sólo por el dominio ganado sobre espacios y sectores de actuación, algunos muy significativos bajo titularidad pública hasta tiempos muy recientes, sino también por los rigurosos procesos de autoorganización y autorregulación que se han desarrollado en sus diferentes sistemas y que los han fortalecido extraordinariamente. Estado y sociedad han vuelto a mostrar unos perfiles definidos configurándose como realidades diferenciadas aunque en una deseable interacción en cuyo adecuado ajuste marcará en muy buena medida la evolución del derecho público y el derecho privado⁴. No se trata en modo alguno de un retorno a esa separación estricta entre Estado y sociedad característica del régimen liberal, pero sí que debe advertirse este proceso de distinción, de delimitación y de afirmación recíproca de estas dos realidades en la búsqueda de un nuevo sistema de relación entre ellas.

Los factores que están en el origen de ese reajuste de posiciones entre el Estado y la sociedad son muy diversos y no procede desde luego analizarlos aquí. Pueden simplemente mencionarse las disfunciones, en términos de ineficiencia y costes, que se habían detectado en las fórmulas de gestión pública o fuertemente intervenida de ciertos servicios y actividades de interés general; el desarrollo tecnológico, que unos casos ha hecho añicos determinados condicionantes de gestión de servicios públicos, sobre todo cuando abocaban a situaciones de monopolio natural, y en otros ha desbordado, por la complejidad que genera, la capacidad de conocimiento y dominio de las Administraciones Públicas; la globalización de los mercados extravasando por completo el espacio que marcaban antes las economías nacionales y que dejan en buena medida inerte al llamado Estado nación; los triunfos –que desde luego no procede

2004, pp. 31 y ss. Strange, S.: *La retirada del Estado: la difusión del poder en la economía mundial*, Barcelona, 2001.

⁴ Como destaca L. Martín Rebollo, “asistimos, en efecto, a un acelerado proceso de transformaciones que deriva, sobre todo, del Derecho Comunitario, pero que no es ajeno tampoco a las nuevas corrientes liberalizadoras. Unas transformaciones y unas corrientes que, frente a algunos planteamientos radicales que niegan al Estado toda función interventora, postulan la búsqueda de un punto de equilibrio estable entre el Estado y la Sociedad, entre Estado y mercado.” “Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, Libro Homenaje a Sebastián Martín-Retortillo, p. 627.

valorar aquí- alcanzados en foros políticos y económicos de las doctrinas liberalizadoras y de los programas políticos que las asumen ⁵.

Con todo, las transformaciones no sólo se registran en la órbita del Estado, con ese repliegue y esa búsqueda de posiciones nucleares, sino también en una sociedad que se articula y ordena en torno a ella misma y que, con ese rearme, recupera o adquiere esferas de actuación y dominio muy relevantes. Estas transformaciones, por registrarse en buena medida extramuros del ordenamiento jurídico, no son suficientemente percibidas por los juristas aun cuando acaban cristalizando en sistemas y fórmulas de significación jurídica relevante.

2. El repliegue del Estado en la actividad económica. La posición del Derecho Comunitario.

Como cobertura o causa con contenido normativo, desencadenante de procesos liberalizadores en Estados de nuestra tradición jurídica y cultural, no pueden dejar de mencionarse las resueltas determinaciones de los Tratados de la Unión Europea en favor de la liberalización y entrega al mercado y la libre competencia de importantes capítulos de la actividad económica hasta tiempos muy recientes en la órbita del sector público ⁶.

Como resultado de esos y otros factores desencadenantes lo cierto es que el Estado y las Administraciones Públicas han perdido poderes e instrumentos muy relevantes de intervención y dominio sobre amplios sectores de la actividad económica, servicios sociales o incluso actividades o servicios de corte estrictamente administrativo.

⁵ No resulta desde luego pertinente efectuar aquí una exposición de estas doctrinas en las que hay por lo demás posiciones muy diversas, menos una valoración de las mismas y, menos aún, entrar en un debate muy marcado por posturas ideológicas; pero no puede dejar de constatar su pujanza e influencia.

⁶ Destaca así J. de la Cruz Ferrer como “la dinámica para completar el Mercado Interior Europeo, impulsada por la Comisión en los años 90, supone una fuerte presión sobre los Estados miembros para liberalizar sus economías, derribando las barreras que protegen el último gran reducto de los monopolios: el sector de los servicios públicos –energía, telecomunicaciones, transportes- soportados en infraestructuras cuyas redes permanecen acantonadas dentro del territorio de cada país”, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, 2002, p. 201.

En muy buena medida se han perdido para los poderes públicos los títulos dominicales sobre actividades y servicios al desvanecerse la idea de servicio público entendida como reserva, bajo estricta titularidad pública, de actividades de contenido económico que ahora deben prestarse en régimen de libre competencia. De manera particular se han desarrollado importantes y decididos procesos de liberalización en sectores claves situados hasta tiempos recientes bajo la titularidad pública, entre los que destacan el de los transportes⁷, energía⁸ o

⁷ Vid. al respecto, el libro colectivo, “Transportes y competencia. (Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia)”, coordinado por G. Fernández Farreres, Madrid, 2004, vid. también, Arana García, E: “El transporte público de viajeros por carretera en la Unión Europea: el progresivo camino hacia la liberalización del sector”, Noticias de la Unión Europea, n. 206, 2003, p. 9 y ss, recientemente, M. Tarrés Vives, *La regulación del Taxi. Legislación autonómica y experiencias de Derecho comparado*, Barcelona, 2006. Libro Blanco: La política europea de transportes de cara al 2010. La hora de la verdad. Reglamento (CE) núm. 1899/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se modifica el Reglamento (CEE) no 3922/91 del Consejo relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil; Reglamento (CE) nº 549/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se fija el marco para la creación del cielo único europeo.; Reglamento (CE) nº 550/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, relativo a la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo; Reglamento (CE) nº 551/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, relativo a la organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo (Reglamento del espacio aéreo); Reglamento (CE) nº 552/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, relativo a la interoperabilidad de la red europea de gestión del tránsito aéreo.

⁸ Vid. J. Trillo-Figeroa/F. de Borja López-Jurado, *La regulación del sector eléctrico*, Madrid, 1996, p. 281 y ss. J. de la Cruz Ferrer, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid-Barcelona, 1999. J.C. Hernández, *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Madrid, 2005, G. Ariño/L. López de Castro, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid, 1998. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones Doc.COM 2005/569 FINAL, 15/11/2005; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 13 de marzo de 2001: La realización del mercado interior de la energía [COM (2001) 125 final].; Resolución de 6 de julio de 2000 sobre el segundo informe de la Comisión acerca de la liberalización de los mercados de la energía. DO C 121 de 24.4.2001.

Directiva 2004/67/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural; Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE [Diario Oficial L 176 de 15.7.2003]; REGLAMENTO (CE) no 1775/2005 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 28 de septiembre de 2005 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural.

telecomunicaciones⁹. Sectores que por sus características técnicas –algunas de ellas desbordadas por recientes avances tecnológicos- tienden a prestarse en red con una tendencia clara hacia el monopolio natural.

El repliegue del Estado no sólo se advierte en el amplio frente de los servicios públicos, sino que también se produce en el de las obras públicas y provisión de infraestructuras con el recurso a fórmulas privadas de financiación, a sistemas de colaboración entre el sector público y el privado.

No sólo ya sectores tan propios y característicos del protagonismo de la Administración, como las obras y servicios públicos, sobre los que se levanta y articula en sus instrumentos técnicos el propio Derecho Administrativo, se entregan –al menos importantes espacios de los mismos- al sector privado, sino que también funciones de contenido formal, decisorio y resolutorio, desde siempre vinculadas al ejercicio de autoridad y manifestadas mediante actos administrativos se están trasladando a sujetos privados en un flujo que se ha pretendido encuadrar

Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de junio de 2003, relativa a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE; Directiva 2005/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura; Reglamento (CE) n° 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad.

⁹ Reglamento (CE) n° 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información. El nuevo marco reglamentario - también llamado "paquete de telecomunicaciones" - se compone de cinco directivas de armonización adoptadas en 2002:

Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).; Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización) [Diario Oficial L 108 de 24.4.2002]; Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso) [Diario Oficial L 108 de 24.04.2002]; Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal); Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas); Directiva 2002/77/CE de la Comisión de 16 de septiembre de 2002 relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

en torno a la noción -muy propia de la organización empresarial privada- de la externalización¹⁰.

3. La atención de los intereses generales. Del protagonismo gestor y de prestación a la responsabilidad de la garantía.

Todo estos procesos de entrega o traslado al sector privado de servicios a gestionar en régimen de competencia abierta entre los operadores, de la construcción y financiación privada de infraestructuras del todo estratégicas para una comunidad, o del ejercicio de funciones públicas de autoridad, acaba por suscitar una cuestión inevitable y del todo crucial: cómo mantener la atención sobre la incuestionable dimensión pública que esta presente en estos servicios, infraestructuras y funciones que ahora quedan bajo la libre actuación de agentes privados atentos a la lógica del mercado y de la rentabilidad de sus inversiones; de que mecanismos pueden valerse los poderes públicos, señaladamente las Administraciones Públicas, para preservar y atender los intereses generales en unos entornos en los que han perdido posiciones dominicales y el protagonismo de la gestión o de la dirección de la misma sobre empresas que actuaban en régimen de gestión indirecta.

Las Administraciones ya no pueden aspirar en estos espacios a desarrollar un protagonismo activo, de dirección, gestión, ni tan siquiera servicial, sino que el objetivo realista en el que habrán de concentrarse será el de garantizar la atención y preservación de los intereses generales en toda una serie de actividades y funciones que ellas ya no realizan primariamente, ni a través de sujetos privados interpuestos bajo su dirección.

En amplios sectores económicos y de servicios parece entonces que habrían de reformularse las determinaciones constitucionales más directamente referidas a la Administración Pública. En concreto el artículo 103: “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses general”, podría bien resultar del siguiente tenor: “la Administración Pública garantiza el servicio objetivo de los intereses generales”.

¹⁰ Vid. recientemente, G. Fernández Farreres, La Administración Pública y las reglas de la externalización, *Justicia Administrativa*, n. 33, 2006, p. 5 y ss.

De este modo se sitúa la Administración, y particularmente el Derecho Administrativo, ante un reto formidable por cuanto le supone una transformación de objetivos que expresan de algún modo un cambio de un ciclo: de ser un Derecho administrativo, al menos en su primera andadura, marcadamente garantista de los derechos y posiciones jurídicas de los particulares ante el creciente poder ganado por la Administración para imponer y preservar los intereses generales; ha de transformarse ahora, en ciertos sectores muy importantes y señalados por su inequívoca dimensión pública, en un derecho garantista de los intereses generales ante los imponentes poderes de que disponen sujetos y grupos privados.

Una primera opción que podría plantearse sería la de fiar la preservación de los intereses a la propia dinámica y racionalidad que pueda establecer la propia sociedad, especialmente a través de la dinámica propia de los mercados y retornar de ese modo al panorama del XIX con estas dos realidades, Estado y sociedad operando en sus propias y respectivas esferas.

Lo cierto es que aunque a través de algunas fórmulas recientemente activadas resuenen los ecos del Estado liberal del XIX ¹¹ el entorno en que nos encontramos hace del todo inviable la reedición de ese modelo de Administración y Derecho Administrativo –y que las fórmulas de entonces, al operar ahora, responden a otras motivaciones e impulsos– por razones obvias, entre ellas el que podríamos considerar el carácter acumulativo e irreversible del progreso. El denso tejido de servicios, prestaciones, infraestructuras, que se ha configurado a lo largo del último siglo no es sólo ya que políticamente resulte irrenunciable en sus contenidos esenciales, sino que no puede prescindirse materialmente de él ya que tiene unas dependencias estructurales y tecnológicas que requieren una dirección o intervención continua con una visión de conjunto, pública; no sólo para atender a los intereses de los ciudadanos y destinatarios de prestaciones, sino para proveer también de servicios e infraestructuras a los propios agentes económicos y prestadores a su vez de otros servicios añadidos. En los llamados servicios en red, aunque no sólo en ellos, se hace bien perceptible esa configuración estructural y tecnológica que impone una tutela y regulación pública.

¹¹ Destacan al respecto algunos significativos indicios de ese retorno al modelo liberal del XIX como puedan ser la financiación privada de obras públicas e infraestructuras, o la recuperación del contrato de concesión de obra pública. Los estudios más solventes marcan sin embargo bien a las claras las diferencias de entorno y funcionalidad de estas fórmulas en sus experiencias del XIX –la de los ferrocarriles es paradigmática– y en el panorama actual, vid. A. Ruiz Ojeda, *La concesión de obra pública*, Madrid, 2006, p. 189 y ss.

No parece así que pueda mantenerse, ni tampoco se ha sostenido seriamente, que toda la extensa gama de servicios básicos para la comunidad y los ciudadanos pueda quedar desprovista de fórmulas, instituciones y mecanismos que aseguren y garanticen las prestaciones básicas, con las exigencias dinámicas de continuidad o accesibilidad ¹². El Estado y las Administraciones habrían de retener, o reconfigurar en su caso, facultades y mecanismos para la preservación y aseguramiento del interés general en todos estos espacios en los que han perdido la titularidad o en los que ha remitido por completo su protagonismo gestor o director.

II. LA OPCIÓN POR LA REGULACIÓN. SUS PRINCIPALES REFERENCIAS.

En esta encrucijada parece producirse una opción generalizada, y en buena medida maquinal, por lo que genéricamente se conoce como regulación y a la que implícitamente se reconoce una capacidad taumatúrgica. Toda una serie de servicios y actividades bajo la titularidad directa del Estado y las Administraciones Públicas, a quienes correspondía decidir con total discrecionalidad sobre su régimen de gestión, se entregan ahora a los agentes privados para ser directamente gestionados por ellos en régimen de libre competencia. La preservación de los intereses generales queda entonces fiada a la regulación. El Estado abandonaría entonces la posición de gestor para situarse en la de regulador. Los servicios públicos pasan así súbita y mágicamente a ser actividades económicas reguladas.

En qué consista esa actividad de regulación, qué la sustantiviza, o cuales sean sus fórmulas características, son sin embargo

¹² Así es como concluye su esclarecedor estudio –con especial atención a la, en Europa, pionera experiencia británica- F. J. Villar Rojas: “En conclusión y haciendo balance, la privatización de servicios públicos ha servido para reconducir esta institución a sus elementos básicos, distinguiendo lo esencial de lo accesorio. El cambio no ha supuesto la desaparición de los servicios públicos, porque es muy difícil plantearse una sociedad sin suministros ni comunicaciones a los que todos los ciudadanos puedan acceder en condiciones de igualdad con *la garantía de la Administración*”, *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993, p. 378. Si la idea de servicio público, de servicio a la comunidad, de servicio de interés general se mantiene, como no podía ser menos, la cuestión que se plantea es la de los medios e instrumentos para hacerla efectiva, aflora aquí una vez más la nueva posición garantista que debe adoptar la Administración para preservar esa dimensión pública que tienen ciertos servicios sobre los que no puede ahora imponer su titularidad o reserva.

cuestiones que no parecen presentar una resolución definida y comúnmente aceptada, sobre todo por contraste con los conceptos e instrumentos jurídicos que la llamada regulación parece llamada a desplazar. Se sabe y se reconoce en que consiste la declaración de servicio público y la reserva del mismo a un ente público ya sea estatal o local, las fórmulas de gestión de esos servicios y su régimen jurídico, la actividad que realizan los entes públicos de gestión, la potestad tarifaria, la relación entre usuarios y gestor de un servicio público; pero no se ha acabado por definir a ciencia cierta qué es el Estado regulador, ni en que consiste el régimen jurídico al que se atienen las autoridades públicas cuando desarrollan esta actividad de regulación, ni las fórmulas jurídicas que se utilizan, o en que se diferencian esas fórmulas con otras muy arraigadas que se gestaron en otra matriz conceptual, por ejemplo la policía administrativa, y que ahora se ponen al servicio de la regulación. Por supuesto, no existe cuerpo legal o jurisprudencial que nos ofrezca con una mínima claridad y sistemática una caracterización de la regulación y sus fórmulas.

Dos parecen ser, en cualquier caso, las fuentes que mayormente han alimentado el discurso y la sistemática de la regulación tal como se presenta ante nosotros. Una se sitúa en los análisis económicos, la otra en experiencias de sistemas jurídicos que han hecho de la regulación uno de sus ejes fundamentales.

1. Las referencias de la economía.

La noción de regulación se adscribe ordinariamente a la economía y es por tanto en este entorno, y entre economistas, donde se esta noción se perfila y en donde inicialmente encuentran sentido sus fórmulas. Dos concepciones se perciben claramente.

A. La concepción amplia de la regulación como el dato o componente jurídico de los análisis económicos.

Una es la concepción amplia de la regulación entendida como el conjunto de normas e intervenciones jurídicas a la que queda sujeta la actividad económica. Es una concepción extendida en las valoraciones y

propuestas de política económica, ponderando factores tan diversos como el número de normas, la complejidad o reiteración de procedimientos administrativos, el volumen del sector público, etc. Pero por su propia amplitud es un concepto del todo inoperante para los juristas pues abarca el conjunto de la actividad e intervención jurídica. Se trata por lo demás de una concepción con una marcada orientación cuantitativa: más o menos regulación, más o menos intervención administrativa ¹³.

En un análisis económico, este concepto de regulación –como regulación jurídica, en general- tiene su lugar y sentido al constituir una referencia más entre todas las que puedan tomarse en consideración –referencias sobre potencial productivo, capacidad de mercados, innovación tecnológica, etc- en el análisis del sector o momento económico de que se trate. Pero en un análisis jurídico ese concepto de regulación es el todo y carece por tanto de utilidad.

B. El concepto estricto de regulación. Su vinculación a la teoría de los fallos del mercado.

Una concepción más precisa, y por tanto más operativa, de la regulación es la que la circunscribe al tratamiento y corrección de los llamados fallos de mercado. La regulación se proyectaría entonces sobre aquellos sectores y espacios de la actividad económica en los que el mercado no despliega plenamente sus mecanismos y efectos. Cabría distinguir aquí dos frentes.

Uno es el de las limitaciones estructurales y naturales que configuran un mercado con una competencia muy limitada, entre otras razones porque puede ser muy limitado también el número de operadores. El monopolio natural sería el exponente paradigmático aunque cualquier otro caso que se contemplara tendría también elementos y tendencias monopolistas.

¹³ Esta es la concepción que se mantiene en muchos informes o análisis generales. Uno de ellos, el informe de la OCDE de abril del 2005, “Product Market Regulation in OECD Countries”, en el que se recogen todo tipo de indicadores, desde el número de normas hasta las cargas fiscales, pasando por el volumen del sector público. Los resultados se cuantifican y en su caso se comparan. Así es ya un lugar común la comparación de los índices reguladores entre Europa y Estados Unidos, donde las cifras son más bajas y a esa inferior presión reguladora se le atribuye un efecto beneficioso sobre la competitividad.

El otro frente de disfunciones lo configuran toda una serie de flujos que no son debidamente incorporados al mercado y por tanto quedan fuera de sus mecanismos de asignación. Entre estos flujos destaca el que se desarrolla cuando se producen las llamadas externalidades: perjuicios o beneficios externos al juego mercado; o los que afectan a la información de los mercados, cuando esta información es imperfecta o asimétrica.

Esta concepción más estricta y operativa de la regulación permite definir también con más precisión y sentido su objetivo fundamental: no es el restablecimiento o normalización del mercado, puesto que se dan unas condiciones congénitas, objetivas y estructurales, que lo impiden, sino su re-creación, su simulación incluso ¹⁴. Se trataría de incidir, ajustándolos en lo posible, en aquellos puntos o tramos que limitan u obstaculizan el juego del mercado y establecer unas fórmulas de estímulo que activen en lo posible los mecanismos propios del mercado y la libre competencia ¹⁵.

A través de la regulación se estaría incidiendo sobre una realidad económica para aplicar un programa elaborado con arreglo a pautas de ficción, simulación, recreación; pautas propias de la literatura y el derecho. La regulación jurídica vendría a situar una acción económica en un escenario de ficción levantado por el derecho.

En cualquier caso, parece incuestionable que es este concepto estricto de regulación el que ahora se invoca para proyectarlo sobre los sectores económicos que han sido objeto de liberalización –como son los transportes, la energía o las telecomunicaciones– pues en ellos se advierten toda una serie de elementos que impiden la plena operatividad del mercado por las limitaciones congénitas que presentan, por lo general

¹⁴ Vid. explícitamente, con relación a un sector determinado, C. Ocaña/A. Romero, *Una simulación del funcionamiento del pool de energía eléctrica en España*, Madrid, 1998, entre esas ficciones o simulaciones del mercado se encuentra el modelo de subastas de competencia oligopolística que se prevé introducir en el sector de la energía eléctrica. Así se contemplan las subastas bilaterales con grandes consumidores y las llamadas subastas virtuales –muy significativas como fórmulas de recreación o recomposición de mercados que no están equilibrados–, en las que se obliga a las grandes compañías, Endesa e Iberdrola, a ceder parte de su potencia instalada a terceros, al tiempo que se da entrada a nuevos comercializadores y distribuidores.

¹⁵ O, más simplemente, en ciertos sectores de lo que se trata es de diferenciar las fases –así ocurre, por ejemplo y como es bien conocido, en la energía: generación, transporte y distribución– en las que el sector se estructura para introducir la competencia y los mecanismos de mercado en las fases en que resulte operativo; en otras fases, abocadas al monopolio natural o en las que se producen otros fallos del mercado, será necesaria entonces una regulación con la idea de recrearlo en lo posible.

asociadas a la presencia de infraestructuras y condicionantes materiales que tienden a imponer monopolios naturales al menos en ciertos tramos de la actividad económica de que se trate.

2. La referencia comparada.

A. La experiencia norteamericana. La regulación económica desde el conocimiento experto como alternativa a la intervención judicial.

La segunda línea inspiradora de la regulación proviene de la experiencia del sistema jurídico de los Estados Unidos donde la idea de regulación pública se instaló en épocas tempranas, en el último tercio del XIX, y que acaba por acoger, ya mucho más recientemente, el aporte de las doctrinas económicas sobre regulación de precios. No es que, propiamente, se haya dejado sentir una influencia norteamericana, o anglosajona, sino que los retos y cuestiones que desde hace un tiempo se nos plantean nos han llevado a cruzarnos con sistemas contruidos sobre presupuestos similares a los que ahora parecen imponerse entre nosotros.

Pero justamente estas distintas trayectorias, que ahora parecen cruzarse, son las que marcan las diferencias de fondo y conceptuales que nos hacen mirar con cautela, y tratando de situarla en su entorno propio, la experiencia reguladora en los Estados Unidos.

Las primeras apelaciones a la regulación pública de ciertas actividades económicas se producen allí como reacción o defensa frente a posiciones de poder y dominio sobre los mercados que podían adquirir ciertas empresas o grupos. Concretamente fueron pequeños comerciantes y agricultores los que exigieron una intervención pública para contener los abusos que las empresas ferroviarias podían ejercer desde la privilegiada posición como titulares de almacenes y graneros en las estaciones. La Corte Suprema en 1876, *Munn v. Illinois* ¹⁶9, 94 U.S. 113 (1876)) pudo afirmar por vez primera que este tipo de actividades económicas e instalaciones

¹⁶ *Munn v. Illinois*, 94 U.S., 113 (1876). Sobre las circunstancias de este caso y otros que están en los orígenes de la actividad e instancias de regulación, L. M. Friedman, *A History of American Law*, 3 ed., Nueva York, 2005, p. 329 y ss.. M. J. Horwitz, *The Transformation of American Law* vol II, (The Crisis of Legal Orthodoxy), Oxford-Nueva York, 1992, p. 213 y ss.

revestían un interés público (“clothed with a public interest”) y que por tanto resultaba plenamente justificado que el legislador fijara los precios –o estableciera un marco- para la utilización de esas instalaciones. Es justamente en torno al negocio ferroviario donde se detectan entonces importantes abusos frente a los que se pretende reaccionar con la creación, en 1887, de la Interstate Commerce Comisión, que pasa por ser la primera agencia reguladora, cuyo modelo se extenderá a diversos sectores y que también acabará dejando su impronta en las comisiones y agencias que en las dos últimas décadas se han instalado en nuestro sistema y a las que se adscriben las funciones reguladoras más características.

En cualquier caso, las exigencias reguladoras se plantean en Estados Unidos y en la Europa continental no sólo con un siglo de diferencia sino, sobre todo, en entornos completamente distintos y con motivaciones bien diversas. Allí se trataba de instancias dotadas de poderes delegados con funciones interventoras y decisorias en unas actividades en las que sólo se reconocía hasta entonces la intervención judicial y es en torno a esas instancias o agencias sobre las que se articula y se desarrolla el derecho administrativo en Norteamérica. Se extiende por tanto un concepto amplio de regulación que abarcaría el conjunto de la actividad administrativa. Es ya más recientemente, bajo la influencia de ciertas escuelas¹⁷ y doctrinas de la ciencia económica, cuando se construye y delimita un concepto preciso de regulación¹⁸ con una funcionalidad orientada a corregir los fallos del mercado que se encuentran sobre todo en los sectores de las *public utilities*¹⁹.

¹⁷ J. E. Stiglitz/L.A. Sullivan, “Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World”, *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995. R. Posner, *The Law and Economics Movement: From Bentham to Becker*, en el libro recopilatorio *Frontiers of Legal Theory*, Harvard, 2004, p. 31-62.

¹⁸ A. I. Ogus, *Regulation Legal Form and Economic Theory*, Oxford-Nueva York, 1994. R. Baldwin/M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford-Nueva York, 1999. K.A. Armstrong, *Regulation, Deregulation, Re-regulation*, Londres, 2000,

¹⁹ Vid. Ch. F. Phillips, *The Regulation of Public Utilities. Theory and Practice*, Arlington, 1993.

B. La vía europea. La regulación como alternativa a la retirada de la gestión pública y pérdida de titularidad pública sobre servicios y actividades económicas de interés general.

El panorama es completamente distinto del que se daba en la Europa continental con unas poderosas Administraciones, continuadoras de las que dispusieron las monarquías absolutas que contaban ya con un armazón conceptual y científico desarrollado ya en torno al cameralismo. Un denso tejido de títulos muy diversos –que va desde la policía de seguridad hasta el servicio público, pasando por la titularidad y protección del dominio público- dará sólida cobertura a una amplia intervención y actividad de las Administraciones Públicas.

No hubo necesidad alguna de acudir a la idea de regulación, o similar, para intervenir sobre actividades desarrolladas por los particulares “revestidas de un interés público” puesto que tales actividades y servicios se habían ido incorporando a la órbita de las competencias y titularidades de la Administraciones Públicas bajo la presión, y manipulación en su caso, de diversos títulos alegados por ellas. Tampoco hubo necesidad de crear unas agencias especializadas y profesionalizadas porque donde se encontraba el conocimiento experto era en los rutilantes cuerpos de técnicos y funcionarios que ocupaban los ministerios²⁰.

La regulación tiene así un sentido y orientación muy diferente en estas dos culturas jurídicas. En Estados Unidos tiene un carácter originario, constitutivo y muy amplio, hasta hacer de la regulación en muy buena medida la base misma de su derecho administrativo. En la Europa continental la regulación se presenta de manera sobrevenida, alternativa, y circunscrita a un espacio más o menos determinado tal como se concreta brevemente a continuación.

²⁰ No deja de sorprender así la invocación a la profesionalización y el conocimiento experto que se ha realizado con frecuencia entre nosotros para justificar la creación de agencias con alguna desmesura. Ese conocimiento experto no tiene sentido plantearlo o reivindicarlo ante los departamentos ministeriales y su personal técnico cualificado; sí tendría sentido afirmarlo frente a los Tribunales, como fue en Estados Unidos pues estos eran las únicas instancias de intervención, evidentemente mal preparadas para operar en sectores especializados y con referencias técnicas y económicas. Otras pueden ser, como tendremos ocasión de significar, las justificaciones entre nosotros del sistema de agencias, pero no la de la especialización técnica y el conocimiento experto.

Efectivamente, en Europa, particularmente entre nosotros, la regulación se plantea como alternativa o correctivo a la reciente pérdida o abandono de la titularidad pública sobre determinados servicios y actividades que estuvieron bajo la tutela y hasta la gestión directa de la Administración por concurrir un interés público que en lo sustancial permanece inalterado, e incluso acrecentado por la dependencia que tiene el conjunto de la sociedad, y también el propio desarrollo de otras muchas actividades económicas, de esos servicios básicos.

Las cuestiones de calado que por ello se nos plantean en torno a la regulación tienen todas su origen en la existencia previa de toda una trama conceptual e instrumental, muy arraigada y definida, en la cual o frente a la cual tiene la regulación que definir la identidad y funcionalidad que la singularice. El problema no es tanto de definir la regulación –que ha sido objeto de diversas definiciones, no muy precisas por cierto- sino de segmentarla: primero en el plano conceptual, con relación a otros fundamentos y conductos de la intervención pública sobre actividades privadas; y, segundo, en el abanico de instrumentos o técnicas con las que pretende operar, discerniendo hasta que punto las técnicas jurídicas gestadas en la dogmática tradicional, como puedan ser las autorizaciones o sanciones –y aun la potestad reglamentaria- cobran una significación propia, sustantiva si fuera el caso, al utilizarse como instrumentos de regulación o en manos de instancias reguladoras.

Esa pretensión de diferenciación o segmentación ante lo existente y operante está muy presente en todas las aproximaciones y tomas de postura del Derecho sobre el fenómeno regulador y a las que hemos de prestar atención prioritaria. A grandes rasgos y simplificando en exceso, la afirmación y caracterización del llamado Estado regulador se acomete en el marco de una relación dialéctica con el llamado Estado gestor: hasta qué punto se afirma y se sustantiviza la regulación frente a otras grandes líneas de actuación del Estado y las Administraciones; hasta qué punto difieren sus instrumentarios; y hasta qué punto la afirmación del modelo regulador hace incompatibles o inoperantes los otros modelos, particularmente el protagonismo público gestor en ciertos sectores o tramos de actuación en los mismos.

III. BASES Y ORIENTACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE REGULACIÓN ECONÓMICA.

Sin duda las referencias del Derecho Europeo son determinantes para calibrar el sentido y las dimensiones del fenómeno regulador en Europa. En el origen se sitúa la opción por un mercado único, la liberalización de servicios tradicionalmente sujetos a una fuerte intervención pública –alimentados también con financiación pública o en régimen de gestión administrativa- y la entrega al mercado y la libre competencia de todo un cúmulo de actividades que habían permanecido de una u otra forma bajo titularidad pública y de cuya gestión se habían venido ocupando empresas públicas que ofrecían, por lo demás, una variada tipología.

1. La interdicción de la promiscuidad.

El Derecho Europeo, conviene destacarlo, no se orienta a la eliminación o desmantelamiento de la estructura que se había levantado para la gestión pública de servicios públicos y actividades de interés general. Lo que impide es que esa estructura cuente con ayudas y coberturas que desnaturalicen las reglas básicas del mercado y la libre competencia. Se afirma así, en el propio Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que “los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado....” (art. 86.1).

La postura y orientación del Derecho Europeo resulta, por lo demás, perfectamente lógica al encontrarse con todo un abigarrado y asentado tejido de empresas y titularidades públicas, que ha dirigido y dominado la gestión de servicios y actividades económicas de interés general, donde era y es todavía habitual encontrarse con sujetos de una naturaleza jurídica compleja que disponen de facultades típicas de autoridad y que desarrollan con toda normalidad actividades de gestión de corte empresarial.

Esta promiscuidad la advertimos bien a las claras en la configuración de nuestros entes públicos de gestión y empresas públicas en los últimos treinta años: desde los organismos autónomos de carácter industrial o comercial, hasta las más recientes entidades públicas empresariales. Estas últimas resultan paradigmáticas en cuanto explícitamente interiorizan funciones de autoridad y actividad gestora de contenido típicamente empresarial.

El Derecho europeo opta entonces por una decidida y neta separación de funciones: no impide la presencia e intervención de empresas públicas, ni aspira por tanto a la disolución del llamado Estado gestor, pero exige que su actuación se desenvuelva estrictamente en el terreno de la actividad económica y mercantil, con plena sujeción a las reglas de la competencia.

Este propósito de diferenciación, pretendidamente superador de esa promiscuidad entre la autoridad y el mercado, que es trasunto de esa confusión entre Estado y sociedad que ahora se pretende superar, lo hace explícito el Derecho europeo al establecer las principales referencias de su modelo regulador. Destacaremos tres de ellas bien significativas.

1. Separación estricta de funciones de gestión y funciones de regulación, atribuyéndolas a sujetos distintos.

En todos los sectores que se han ido liberalizando, el Derecho europeo viene a establecer de manera explícita la separación entre las actividades de gestión y las funciones de regulación ²¹. Una diferenciación que no es sólo objetiva o material sino que ha de tener una neta expresión subjetiva al atribuirse una y otra a sujetos diferenciados. La distinción material entre gestión y regulación –qué tipo de actividades y funciones de adscriben a cada una- no es controvertida en sus rasgos esenciales, aunque con frecuencia podemos encontrar zonas fronterizas o actividades cuya adscripción a la gestión o a la regulación resulta discutida en el espacio europeo, advirtiéndose de ordinario dos posturas: una, fácil de advertir en la órbita anglosajona, que concede mayor amplitud al mercado,

²¹ Vid. S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2 ed. Madrid, 2006, p. 1210 y ss.

y que por tanto tiende a entregarle estas actividades fronterizas o debatidas entre la gestión y regulación; otra, habitual en los Estados del centro y sur de Europa, más proclive a encomendar a las instancias y autoridades públicas, con arreglo a procedimientos que aseguren la objetividad y la atención de los intereses generales.

En cualquier caso, las consecuencias de este criterio tan firmemente asentado en el Derecho Comunitario habrían de dejarse sentir también en ciertas fórmulas organizativas concebidas en su momento con el objetivo justamente contrario: dotar a un mismo ente público de funciones reguladoras y de gestión. Esta configuración bicéfala es la que caracteriza un tipo de entes contemplados en nuestro ordenamiento, las entidades públicas empresariales, cuyo diseño estructural contradice abiertamente los criterios del Derecho Comunitario.

2. La separación por fases de actuación.

En otros casos, la separación que se establece por el Derecho europeo entre la regulación, o intervención pública, y la gestión, o actividad entregada al mercado, se realiza de manera secuencial, por fases: una primera fase, resuelta por una autoridad pública siguiendo un procedimiento que garantice la actividad, y una segunda fase en régimen de libre mercado. Así sucede en sectores en los que nos encontramos con recursos limitados en los que hay un componente de relevancia pública que justifica la intervención de una autoridad –pueden ser los derechos de uso de unas instalaciones, o de bienes de dominio público, o materias fuertemente intervenidas por los límites de producción impuestos- pero que son susceptibles de negociación o comercio. En la primera fase se asignan, con criterios públicos y objetivos, los recursos disponibles o los títulos de utilización de los mismos; y se permite luego en la segunda fase, la negociación y entrega al mercado de los mismos por sus titulares ²².

²² Vid. J. Esteve Pardo, “El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, 2003, p. 743 y ss.

3. La separación de contabilidades.

Es otra de las reglas básicas del Derecho europeo en su particular empeño contra la promiscuidad y confusión de funciones y cometidos en la medida en que puedan situar a un operador o una empresa en una situación de privilegio que desnaturalizase el juego de la libre competencia. Es una situación muy factible en sectores en los que se advierten fases de actividad y explotación diferenciadas, como es el caso claro de la energía: generación, transporte, distribución.

A modo de ejemplo puede citarse la Directiva 96/92 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, cuando establece que “las empresas eléctricas integradas llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas para sus actividades de generación, transmisión y distribución y, en su caso, de forma consolidada para otras actividades no eléctricas tal como se les exigiría si dichas actividades fueran realizadas por empresas distintas, a fin de evitar las discriminaciones, las subvenciones cruzadas y los falseamientos de la competencia. Incluirán un balance y una cuenta de resultados por cada actividad”.

2. La opción por la neutralidad.

Posiblemente la expresión más significativa y esclarecedora del modelo regulador del Derecho Europeo sea su resuelta opción por la neutralidad.

Una neutralidad que se afirma de forma explícita en diversos frentes: a uno de ellos acabamos de referirnos al advertir la presencia de empresas públicas que no son en absoluto rechazadas por el Derecho europeo que, como se ha destacado²³, es neutral desde el punto de vista de la propiedad como claramente se afirma en el propio Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. “El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros” (art. 296 del Tratado).

²³ L. M. Rebollo, “Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, cit. p. 637.

Otro ámbito, muy relevante, en el que se afirma explícitamente la neutralidad es el tecnológico ²⁴. Una neutralidad que tiende a enunciarse de manera negativa: con el rechazo frontal de cualquier imposición de fórmulas o soluciones tecnológicas determinadas ²⁵. Se aspira –otra cosa es que se consiga, y en que grado- a que sea el mercado, la competencia entre operadores, el elemento dinamizador de la evolución y adaptación tecnológica, evitando así en lo posible los problemas que se planteaban desde posiciones de monopolio, en la que se encontraban con frecuencia las empresas concesionarias prestadoras de servicios con muy escaso interés en introducir innovaciones tecnológicas si les suponían costes significativos o, simplemente, si se acercaba el término de su concesión ²⁶.

En cualquier caso, la neutralidad es reveladora de esa neta separación entre reguladores y operadores, entre poder público y mercado que es trasunto de la distinción entre Estado y sociedad propia de un modelo liberal en Europa que se pretendió construir sobre la base o la referencia del llamado Estado neutral .

Por lo demás, esa apelación a la neutralidad y todos los principios y formulas de separación entre regulación y gestión tan resueltamente afirmados por el Derecho Europeo se orientan inequívocamente a evitar la promiscuidad del conglomerado administrativo y de empresas públicas tan asentado y poderoso en Europa. La neutralidad característica de un poder regulador se afirma aquí sobre todo frente a ese sector público todavía tan extenso e influyente.

Por el contrario, en el panorama norteamericano los peligros y presiones que puedan cernirse sobre los reguladores se han situado tradicionalmente en el sector privado, en las potentes corporaciones privadas y los grupos de presión que en torno a ellas se organizan. El riesgo de “captura” del regulador, o el fluido tránsito de técnicos y expertos entre empresas y organismos reguladores que se efectúa a través de lo que se ha

²⁴ Vid. al respecto el sugerente artículo de J.J. Gutiérrez Alonso: “La cláusula “mejores técnicas disponibles” versus el criterio de neutralidad tecnológica y su aplicación en el Derecho Administrativo español”, *REDA*, n. 128, 2005, p. 639 y ss., también, J. Esteve Pardo, “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *RAP*, n. 149, 1999, p. 37 y ss.

²⁵ En este sentido la Comisión Europea estableció en su *Comunicación sobre la revisión del sector de las comunicaciones*, de 1999, que “la neutralidad tecnológica debe definir los objetivos a alcanzar y no debe imponer un tipo particular de tecnología ni discriminar a favor del uso de un tipo particular para alcanzar tales objetivos”.

²⁶ Sobre el modelo de adaptación tecnológica en los servicios públicos clásicos, particularmente los gestionados mediante concesión, vid. la reedición del estudio de J. L. Meilán Gil, *La cláusula de progreso de los servicios públicos*, Madrid, 2006.

denunciado como “revolving door” son indicios significativos de como allí la separación entre reguladores y regulados se plantea en un marco distinto al que es característico de los Estados europeos.

IV. SOBRE EL USO ALTERNATIVO DE LA REGULACIÓN.

La regulación, como hemos destacado, se configura en Europa con tres rasgos que la diferencian de su originaria configuración en el sistema norteamericano.

Se trata, en Europa, de una regulación sobrevenida, que se añade de algún modo al acervo conceptual e instrumental de actuación interventora de los poderes públicos. Pero por ello mismo se trata de categorías y fórmulas novedosas, de todavía difícil sustantivación y deslinde respecto a otras más arraigadas con las que guardan una similitud al menos formal.

Es una regulación que tiene como uno de sus primeros y más apremiantes objetivos la desactivación de todo un modelo de ordenación y gestión económica en Europa muy fiado –sobre todo lo que son sectores básicos y servicios de interés general- a un sector público marcado por la concurrencia en él, y en los entes que lo integran, de funciones públicas de autoridad y funciones de estricta gestión. La desactivación de ese modelo pasa sobre todo por la neta separación de funciones de regulación y funciones de gestión, atribuyéndolas a instancias distintas.

Se proyecta sobre todo la regulación en una serie de sectores y servicios tradicionalmente situados bajo la titularidad pública y que por imperativos inexcusables del Derecho europeo –en elemental coherencia con su pretensión de configurar un mercado único- se entregan al mercado en régimen de libre competencia. Es en ese contexto donde la regulación adquiere un componente alternativo o de recomposición, si se la quiere llamar así: la pérdida de las facultades ordenadoras y de intervención que se derivaban de la titularidad pública sobre esos sectores se compensaría mediante la atribución de facultades de regulación sobre los mismos. De servicios públicos pasan a ser de ese modo sectores económicos regulados.

La cuestión en la que conviene entonces reparar con atención es la siguiente: ¿se puede pretender alcanzar los objetivos propios de los servicios públicos y que justificaron la intervención administrativa en amplios sectores en las últimas décadas mediante la actividad de regulación y sus fórmulas características? La cuestión es verdaderamente crucial por cuanto, como se ha destacado, la regulación en Europa puede percibirse como una actividad a la que, por parafrasear una expresión conocida en su momento, se le puede dar un uso alternativo para alcanzar mediante ella y en lo posible los objetivos característicos del servicio público.

Para resolver esta cuestión, o cuando menos plantearla en sus justos términos, tenemos que abordar necesariamente el componente finalista o teleológico de la regulación.

1. El componente finalista de la regulación.

La matriz de la regulación es, ya lo hemos visto, económica; lo son sus explicaciones o coberturas y lo son también, como no podía ser menos, sus finalidades. La principal es conseguir la mayor eficiencia económica en los sectores o mercados objeto de regulación. Toda una serie de objetivos y previsibles resultados se asocian al fin principal de maximizar la eficiencia económica: precios ajustados, adecuados niveles de calidad en los productos y prestaciones, adaptación e innovación tecnológica, atención a consumidores y usuarios.

Son en realidad los resultados que razonablemente se esperaría obtener en un mercado en el que funcionara la competencia perfecta. Cuando esta competencia no opera en plenitud, y se es consciente de que no podrá hacerlo por las limitaciones estructurales que concurren, entonces es cuando se justifica la regulación, pero los objetivos hacia los que apunta son sustancialmente los mismos que se atribuyen a una situación de competencia efectiva en régimen de libre mercado. No en vano, como ya se ha destacado, la regulación pretende recrear el mercado y beneficiarse así en lo posible de su sistema de asignación y obtención de eficiencia económica.

Hacia ese objetivo último se enderezan los fines más comúnmente reconocidos en la actividad de regulación, entre ellos,

destacadamente, la corrección de los fallos del mercado: monopolios naturales, competencia destructiva, externalidades, exceso de competencia.

2. Regulación económica y defensa de la competencia.

Debe diferenciarse en cualquier caso la actividad reguladora de lo que es estrictamente defensa de la competencia. Incluso en Estados Unidos, donde la regulación tiene como nos consta un alcance tan amplio, hasta abarcar prácticamente el conjunto de la actividad administrativa, la defensa de la competencia es una de las escasas actividades que quedan excluidas o diferenciadas de la regulación ²⁷. La regulación se desarrolla justamente en aquellos mercados o sectores en los que no operan –o no operan con la fluidez que sería necesaria para generar sus efectos– los mecanismos propios de la competencia. Algo que se ha destacado entre nosotros con toda lógica y contundencia: allí donde actúa de manera fluida y plena la competencia no está justificada la regulación.

La regulación puede plantearse entonces dos objetivos con relación a esa competencia imperfecta sobre la que se proyecta: o bien establecerla –restablecerla en su caso–, o bien recrearla de algún modo, introduciendo mecanismos sustitutivos o de ficción de los que caracterizan y activan el juego de la competencia.

En el primer supuesto, si se consigue imponer o restablecer la competencia plenamente operativa, la actividad de regulación dejaría de tener sentido y sería entonces de aplicación lo que es propiamente el derecho de la competencia, que evidentemente –esa es su razón de ser– tendrá que afrontar y resolver posibles vulneraciones y abusos de las reglas de competencia, pero el marco para que ésta se desarrolle está asentado por lo que carece de sentido la actividad de regulación que en su caso se desarrolló para establecer precisamente ese marco.

²⁷ R. J. Pierce/E. Gellhorn, *Regulated Industries*, 4 ed, Chicago, 2001, es bien significativo el amplio alcance que se concede a la regulación: las otras vías de intervención pública sobre la actividad económica privada son, únicamente, la vía penal, la fiscal y la defensa de la competencia (antitrust law). En el mismo sentido, diferenciando muy clara y sistemáticamente la regulación económica de la defensa de la competencia, L. Cases Pallares, *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid-Barcelona 1995, en especial pp. 25 y ss.

El segundo supuesto es el más extendido en nuestro entorno y es donde la autorregulación adquiere sus perfiles más reconocibles. Es de alguna forma el supuesto común que se advierte en los sectores que han estado en Europa bajo la titularidad, o fuerte intervención, pública. Son sectores en los que el margen de competencia es limitado por su propia estructura, configuración y requerimientos técnicos. Ocurre así con los llamados monopolios naturales y, aunque en cierto modo se trata de una variante de ellos, con las actividades y servicios que se prestan en red. El número de operadores es muy limitado en unos casos –cuando no se da el caso de que sólo uno resulta factible por imponerlo la situación de monopolio natural- y en otros, aunque el número de operadores no es limitado, se ven gravados con unos condicionantes que impiden el pleno juego de la competencia. La función de la regulación consiste entonces en introducir una serie de fórmulas o artificios correctores que generen unos efectos similares a los de la competencia o la activen hasta donde sea posible.

3. Objetivos inducidos. Los espejismos de la regulación.

Esa diferenciación, por ocupar segmentos distintos, aunque contiguos y relacionados, entre regulación y derecho de la competencia, confirma plenamente la orientación genérica de la regulación hacia la eficiencia económica.

Ese objetivo común y general se descompone en toda una serie de objetivos específicos que afectan a referencias significativas de la actividad económica o del servicio de que se trate: precios ajustados, regularidad, accesibilidad para clientes y usuarios, acreditada calidad de la oferta o del servicio, etc. Si se consideran aisladamente algunos de estos objetivos pudiera advertirse en ellos un marcado componente de atención social –a los usuarios, a las necesidades sociales que se quiere dar respuesta, al mantenimiento de un equilibrio justo en las relaciones entre empresas y consumidores-, pero lo cierto es que todos ellos, aunque puedan incorporar ese componente, se subordinan y enderezan al objetivo general de conseguir la mayor eficiencia económica posible pues ésta pasa también por una solícita atención a los consumidores y usuarios, por unos precios ajustados, que son los imponen los criterios de eficiencia y racionalidad económica y, por lo demás, son los precios competitivos.

La eficiencia económica del sector o del mercado de que se trate es el objetivo de la regulación: se trata en último término de hacer competitivos unos mercados, los llamados mercados regulados, en los que la competencia no puede desplegar todos los efectos de eficiencia y racionalidad económica que le están asociados; la actividad de regulación se presenta entonces como la alternativa para alcanzar en lo posible esos objetivos. En ese empeño es posible que se establezcan objetivos parciales o intermedios que presenten otros valores y significados, pero se trata de objetivos instrumentales, accesorios y, lo que es más importante, adquieren su sentido y relevancia en el seno del mercado, al servicio de los objetivos de eficiencia económica que le son característicos.

No es el objetivo, entiéndase bien, primario de la regulación la atención a los usuarios, la garantía de la accesibilidad al servicio en condiciones de igualdad, la continuidad en las prestaciones o, menos aún, el mantenimiento de la cohesión social. Estos son objetivos a los que pueden contribuir ciertos efectos inducidos de la regulación, pero no son en modo alguno los objetivos que la justifican y hacia los que primariamente se endereza.

Planteado en los términos que aquí nos interesan: el programa característico de los servicios públicos, con su marcada dimensión prestacional y su inequívoca función como instrumento de cohesión social, no puede encontrar en la regulación un medio alternativo de realización en aquellos sectores que antaño quedaban bajo su órbita.

Es perfectamente posible, y la realidad así lo acredita, que los objetivos propios del servicio público y los de la regulación económica de esos sectores encuentren puntos de coincidencia, pero esa coincidencia no puede ocultar la diversidad de concepto y funcionalidad que se advierte entre regulación y servicio público. Es posible que estos espacios de coincidencia, que son del todo contingentes, se amplíen en la medida en que la regulación económica pueda detectar como elementos relevantes, por su consideración en el mercado, ciertos componentes o valores que entrarían de lleno también en las consideraciones del servicio público –o de una atención de los intereses generales más allá de la eficiencia económica– como puedan ser la superación de criterios discriminatorios –sea con los usuarios, sea con los trabajadores– o la fijación de fórmulas de protección ambiental, acaben figurando entre las consideraciones de los mercados, en incluso que ganen cierta centralidad entre ellas. Pero siempre serán consideraciones o atenciones sujetas a los dictados del mercado –que, por lo mismo, en un momento dado podrá prescindir de ellas– y no fundadas en la atención objetiva de los intereses generales, ni tratadas en consecuencia.

Conviene advertir en este punto que los planteamientos adoptados por el Derecho Comunitario pueden producir algún espejismo o distorsión. Sobre todo el postulado fundamental, la separación entre gestión y regulación, podría conducir a un criterio negativo de determinación de la regulación: todo aquello que no es gestión, es regulación. Un criterio que no se corresponde con el concepto estricto y característico de la regulación, que se proyecta sobre sectores o actividades económicas para recomponer o recrear en lo posible el juego y los mecanismos del mercado. Además de esa regulación sobre la actividad económica existirá una normativa y una intervención pública sobre el entorno –ambiental, urbanístico, demanial, etc, según el sector de que se trate- que sólo podría adscribirse a una noción muy amplia y genérica de regulación ²⁸.

La regulación no puede ser, pues, la vía de desarrollo del Derecho público, particularmente del administrativo, para alcanzar su objetivo de servicio objetivo de los intereses generales. O no puede ser desde luego la vía principal. El fin propio de la regulación es alcanzar la mayor eficiencia económica en aquellos sectores sobre los que se proyecte. Se trata sin duda de un fin que se orienta a la protección de los intereses generales por cuanto implica la optimización de los recursos y la más acertada asignación de los mismos, pero que no resulta sensible a toda una serie de valores y expectativas constitucionales que no se atienden desde la eficiencia económica.

La regulación a la que quedan sujetos ciertos sectores y servicios económicos, antaño –hasta tiempos muy recientes- servicios públicos de contenido económico, es una alternativa parcial y limitada si con ella se aspira a recomponer la progresiva pérdida de títulos y facultades por parte del Estado y de las Administraciones Públicas frente a la

²⁸ Puede repararse al respecto en los grandes sectores en los que la regulación económica parece llamada a tener un protagonismo relevante como son, por ejemplo, la energía y el transporte. Obviamente están encuadrados en un marco normativo y de intervención pública que, evidentemente, no abarca lo que es estrictamente actividad de gestión, pero que tampoco puede propiamente adscribirse a la regulación económica en su sentido más preciso que se proyecta sobre operadores y agentes para promover en lo posible la dinámica propia del mercado. Toda la normativa e intervención en materia de seguridad y control de fronteras en el transporte, la normativa en materia de protección e impacto ambiental de estas actividades, la ordenación y planificación de obras públicas, los emplazamientos de estas actividades y su adecuación a la ordenación urbanística, etc. Todo esto puede considerarse regulación pública –no es desde luego gestión privada- en un sentido lato, pero no es la regulación característica como actividad de promoción o recreación de la dinámica del mercado. Otra cosa es que estas exigencias e intervenciones públicas –ambientales, urbanísticas, demaniales, etc- tengan, como efectivamente tienen, un coste económico que como tal coste se adscribe a la gestión de las empresas.

sociedad. El alcance y operatividad de la regulación en el contexto europeo donde ha de valorarse y dimensionarse es en el marco de los profundos reajustes y correlaciones entre Estado y sociedad que se producen en las dos últimas décadas.

V. EL FORTALECIMIENTO DE LA SOCIEDAD Y SU CAPACIDAD AUTORREGULADORA. LA AUTORREGULACIÓN DE LOS MERCADOS Y SUS NUEVAS EXPRESIONES.

Un importante reajuste se ha producido en la correlación entre Estado y sociedad o, si se quiere, entre Estado y mercado con la entrega a este último de toda una serie de sectores económicos de gran envergadura que se encontraban hasta entonces bajo la órbita del sector público, del Estado.

Pero, con todo, las transformaciones de mayor calado no se producen en la esfera del Estado, al desprenderse de él una serie de sectores que se transfieren al mercado, sino en el otro polo de la correlación, en la sociedad. Unas transformaciones que tienden a pasar inadvertidas, o no desde luego con la atención que merecen, para los juristas o estudiosos de la Administración o el sistema jurídico.

Son dos los procesos más importantes, al menos a nuestros efectos, que afectan a la más reciente evolución de la sociedad, y particularmente del mercado, entendido éste como un sistema de la sociedad. Por un lado, la sociedad se ha fortalecido extraordinariamente; por otro, se ha racionalizado y organizado de manera muy eficiente. Con el fuerte empuje de estos procesos la sociedad ha ido ganando espacios que hasta tiempos recientes estaban bajo el dominio directo del Estado. No es por tanto, o no es sólo, que el Estado se haya retirado de la sociedad, dejando a su suerte muchos espacios antaño bajo su dominio, sino que la propia pujanza y fortaleza organizativa y sistémica de la sociedad ha desplazado al Estado. Una nueva racionalidad apoyada en procesos reflexivos, autorreferenciales y autorreguladores de la sociedad, se ha impuesto sobre la racionalidad administrativa, desplazándola o, simplemente, haciéndola innecesaria.

El avance de la sociedad por estas dos vías –la del dominio material sobre de sectores relevantes y la de la imposición por sus fórmulas efectivas de autorregulación- se advierte bien a las claras en muchos frentes.

1. La conquista por la sociedad de espacios tradicionalmente bajo la órbita del Estado. Un caso significativo y trascendente: la investigación científica y la innovación tecnológica.

Por la primera vía son muchos los sectores en los que la sociedad, el sector privado, ha ido ganando parcelas y hasta enteros territorios al poder público. No son casos de entrega o transferencia del Estado al sector privado o al mercado que se deciden y programan desde las altas instancias o, como hemos tenido ocasión de comprobar, desde instancias europeas, con relación a sectores enteros de actividad. Se trata de un avance, a veces lento e imperceptible, de la sociedad que le va ganando espacios o sectores al Estado.

Territorios enteros, algunos de una destacada significación estratégica, han sido ganados en su práctica totalidad por el sector privado. Uno de ellos, bien elocuente y significativo, es el de la investigación científica y, por supuesto muy vinculado a él, el de la innovación tecnológica. Este es un espacio hasta hace escasas décadas bajo el control de instituciones del Estado –civiles y militares-, o Universidades y centros a ellas adscritos, y que en la actualidad está bajo el total dominio de estructuras privadas de ámbito transnacional. La investigación científica, desde luego la que hoy está en la vanguardia de los diferentes sectores, no se desarrolla ya de manera desinteresada y libre, en la búsqueda de la verdad y la ampliación del conocimiento humano, sino que avanza de manera calculada al servicio de las aplicaciones y rentabilidades tecnológicas que prevean obtener las empresas que financian y promueven esa investigación.

Este espacio tiene una creciente relevancia estratégica por cuanto muchas decisiones que han de ser políticas, y adoptadas por las instancias públicas constitucionalmente legitimadas para ello, que afectan a materias o entornos fundamentales de la comunidad, y por tanto de un interés muy destacado, dependen de la oferta y opciones tecnológicas que ofrezca una investigación científica dominada por completo por las industrias y estructuras empresariales privadas. Justamente los sectores en los que la regulación está llamada a tener un protagonismo destacado en

Europa –servicios públicos liberalizados, si se los quiere llamar así- la investigación científica e innovación tecnológica ha sido, es y será sin duda, un elemento determinante no sólo, por supuesto, del desarrollo de cada sector, sino del propio marco jurídico que para su gestión se configure.

Los sectores de la energía, transporte o telecomunicaciones muestran bien a las claras su dependencia del elemento tecnológico y las posibilidades que en cada caso ofrece. No hay más que pensar en como los avances tecnológicos han hecho añicos situaciones de monopolio derivadas de unas tecnologías que limitaban el número de operadores como era el caso de los servicios audiovisuales. Si fijamos la atención en el que parece futuro próximo de otro de estos sectores, como es el de la energía, las opciones tecnológicas serán desde luego determinantes en la adopción de decisiones sobre modelos de energía y configuración de su marco jurídico. Pero, además de esos sectores tan relevantes para la sociedad, existen otros ámbitos o entornos más generales en los que el componente tecnológico es del todo determinante como es, por ejemplo, la protección medioambiental: aquí las decisiones, normativas o singulares, son públicas pero en ellas interviene de manera destacada un elemento tecnológico de conformación privada. Por supuesto que todas las decisiones que se adoptan en la industria siempre han sido dependientes de las soluciones y opciones que les ofrece la investigación y la innovación tecnológica, pero se trata aquí de decisiones en la esfera empresarial privada; mientras que ahora nos encontramos, cada vez más, con decisiones de trascendencia pública, inequívoca y precisamente atribuidas a instancias públicas, que están por completo condicionadas por las opciones que se les ofrece desde el sector privado.

Porque este es un hecho que conviene retener y sobre el que habrá de insistirse: la sociedad se ha fortalecido y a ella se le entregan muchos sectores antaño bajo titularidad pública, pero ello, no sin paradoja, no parece que haya limitado el radio de imputación de responsabilidades - en sentido amplio como última instancia decisoria y de imputación, no tanto en el sentido estricto de la responsabilidad civil- del Estado y de las Administraciones. La responsabilidad y el protagonismo decisorio que se les atribuye no ha variado sustancialmente, entre otras razones tienen un enunciado constitucional preciso e inequívoco, pero se han visto privadas de instrumentos, medios, títulos y –un factor muy relevante- de un conocimiento experto del que ordinariamente no disponen²⁹.

²⁹ J.J. Gutiérrez Alonso, “La cláusula “mejores técnicas disponibles” versus el criterio de neutralidad tecnológica y su aplicación en el derecho administrativo español”, *REDA*, n. 128, 2005, p. 639 y ss.

Esa abierta disociación entre responsabilidad y decisión pública, por un lado, y dominio privado del conocimiento y la tecnología, por otro, se está haciendo muy visible en ciertos sectores sobre los que se cierne una gran atención social, y no escaso debate, por los componentes sensibles que se tratan y las incertidumbres de futuro que plantean, como es todo el sector de la biotecnología con todas las líneas que ofrece o, por tratar un sector debatido, el de la energía, con unas opciones dependientes de las soluciones tecnológicas que, mediante la investigación, puedan ofrecerse a los problemas más agudos que plantean, como el de los residuos en relación con la energía nuclear.

Por lo demás, éste de la ciencia y la innovación tecnológica es un espacio en el que se hace visible las transformaciones y contradicciones entre sistema jurídico y realidad social, trasunto también de la evolución de Estado y sociedad, en las últimas décadas: la posición del Estado, a través de las determinaciones constitucionales, no ha variado apenas, con unas declaraciones constitucionales sobre la libertad científica y técnica que permanecen prácticamente inalteradas desde el primer constitucionalismo. Como en tantos sectores, los cambios, y de calado, no se han producido en el ordenamiento jurídico, sino en la sociedad, con un cambio muy profundo de las estructuras de la investigación científica e innovación tecnológica.

2. El avance y afirmación de la sociedad mediante la autorregulación. La autorregulación de los mercados.

La otra vía de avance de la sociedad, ganando posiciones en las que estaba firmemente asentado el Estado y las Administraciones Públicas, ha sido por el impulso ganado mediante los rigurosos procesos de autoorganización y autorregulación que se han registrado en su seno ofreciendo todo un sistemas de referencias –normativas, de calidad, de seguridad, de acreditación, de solución de conflictos, etc- que ha adquirido consistencia y amplio reconocimiento, ganando así el espacio de la regulación pública.

Los procesos de autoorganización, de autorreferencia y autorregulación de la sociedad y sus sistemas se desarrollan, cada vez más, en las dimensiones transnacionales que en los últimos tiempos han

adquirido claramente los mercados, emancipándose de la impronta que había impuesto el modelo del Estado nacional.

Esto es algo que se advierte en el plano económico –que aquí tomamos como referencia o indicio- aunque no sólo en él, ni mucho menos. Así es como muchos mercados, sobre todo los más innovadores o con componentes tecnológicos más avanzados, han desarrollado fórmulas y sistemas de autorregulación en el plano normativo, en el control y en la acreditación, que hacen del todo innecesaria la tradicional intervención administrativa en los mismos que, además, tendería a operar con unos patrones posiblemente desfasados. La actividad pública regulación de la economía, en la medida en que se proyecta sobre los mercados tratando de conferirles la mayor operatividad posible, no puede desconocer en modo alguno la autorregulación que los propios mercados generan ³⁰; antes bien, en la medida en que los mercados se autorregulen, parece que buena parte de esa acción reguladora debería orientarse a corregir sus posibles fallos o lagunas, en la misma línea general de la regulación económica orientada a la corrección de los fallos del mercado.

El caso es que capítulos enteros del Derecho medioambiental, del Derecho industrial, de la energía, de las telecomunicaciones, de la seguridad alimentaria, han sido conquistados por la autorregulación normativa, por las normas técnicas, que dejan en manos de organizaciones de expertos –sin legitimación constitucional alguna- la potestad normativa sobre la mayor parte del contenido o los aspectos materiales de esos y otros sectores, quedando acantonadas las leyes y normas reglamentarias en la regulación de los aspectos procedimentales.

La autorregulación no sólo ha avanzado por ese frente normativo, sino que ha sido capaz de dotarse de instrumentos de control y ejecución de sus propios programas. Ha desarrollado todo un sistema de acreditación y certificación que es hegemónico en ciertos sectores y mercados, desplazando por completo la tradicional intervención administrativa en ellos cuyo último reducto, con un encomiable esfuerzo de modernización, se produjo a través de la fórmula de la homologación ³¹.

³⁰ Es así mérito destacable de S. Muñoz Machado, no ya sólo sistematizar y encuadrar las modernas técnicas de regulación en una exposición general y acabada del Derecho público, sino percibir de inmediato la relevancia creciente del fenómeno autorregulador como complemento inescindible de la regulación a la que, cada vez más, llena de contenido con sus referencias, vid. su *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Vol. I, 2 ed., Madrid, 2006 pp. 1267 y ss.

³¹ Vid. al respecto, E. Malaret, “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales”, *RAP*, n. 116, 1988.

VI. COMPROMISOS Y RESPONSABILIDADES DE LOS PODERES PÚBLICOS. LA TENSIÓN ENTRE FINES E INSTRUMENTOS.

La cuestión que hemos de plantearnos entonces, es cómo se recompone el poder de dirección y ordenación de los poderes públicos en amplios sectores de la vida social y económica en los que ha perdido su posición de dominio, o cuando menos el dominio directo, dominio útil podría decirse también.

Esta cuestión plantea de inmediato otra que la precede: ¿tienen el Estado y las Administraciones ese imperativo categórico y esa responsabilidad en toda una serie de actividades y servicios de contenido económico? ¿No es esta una posición contingente que depende en exclusiva de cómo la sitúen y definan los planteamientos políticos, económicos o ideológicos imperantes en cada momento? Porque pudiera pensarse –como se mantiene desde alguno de estos planteamientos, muy pujantes por cierto- que el Estado y las Administraciones no tienen que ostentar posición interventora alguna en aquellos sectores entregados al mercado, o ganados por él, más allá de las propias de la regulación, orientadas exclusivamente a dar operatividad e impulso a las fuerzas del mercado allí donde éste se encuentra con limitaciones estructurales.

1. Marco constitucional. Un programa definido y reforzado, unos instrumentos contingentes.

Más allá de lo que se pueda mantener desde posturas políticas e ideológicas, la cuestión debe plantearse y decantarse en términos constitucionales.

La lectura actual de las determinaciones constitucionales a la vista del panorama jurídico y económico que nos envuelve, en el marco europeo y en el estatal, arroja un balance de abierto desequilibrio o descompensación. El cuadro de mandatos que se impone a los poderes

públicos y de responsabilidades que se les atribuyen permanece del todo inalterado; sin embargo, los medios para alcanzarlos y hacer frente a las demandas que ese cuadro suscita se han visto debilitados en muchos aspectos. Y ello por dos razones, fundamentalmente.

La primera es que la Constitución no configuró como cláusulas cerradas y garantías efectivas toda una serie de determinaciones en materia económica, sobre todo para asegurar un mínimo, o en un tramo básico, algunos de los mandatos prestacionales o de política social que la propia Constitución establece. No hay más que pensar en como se presenta y se percibe hoy la afirmación –para no mencionar el derecho– que se contiene en su artículo 47.1: “todos los españoles tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. Lo que desde luego se aprecia es esa total descompensación entre la ambición con la que se formula ese programa de vivienda y los medios que se ponen a su servicio, la Constitución no adscribe ni asegura ningún medio específico orientado al cumplimiento, aunque sea parcial, de este y otros objetivos que establece, ya sean configurados como evanescentes derechos sociales o, sobre todo, como mandatos a los poderes públicos.

Muy posiblemente la euforia de aquel momento constituyente contribuyó a ese desequilibrio, que entonces no era muy perceptible pero que hoy es abierto, entre un ambicioso programa de política social a desarrollar por el Estado o las Administraciones Públicas y unos medios o instrumentos para la articulación de esas políticas que no quedaban definidos ni garantizados por la propia Constitución.

Si reparamos en el Título VII de la Constitución, “Economía y Hacienda”, donde habría de buscarse una cobertura firme para articular, al menos en una parte importante, el programa social que se establece en la primera parte de esta norma, nos percatamos de la falta de un contenido sustantivo garantizado que se advierte en sus pronunciamientos más relevantes que, por ello mismo, tienen un componente prioritariamente procedimental que absorbió por lo demás la atención doctrinal y jurisprudencial que se les ha venido prestando.

Este es el tratamiento constitucional dispensado a materias tan relevantes como la planificación económica (art. 131) o la reserva de servicios esenciales al sector público (art. 128). Preceptos que significativamente contrastan en su formulación con la ofrecida sobre otro título de intervención como es el dominio público: hay también, ciertamente, una remisión a la regulación mediante ley, pero hay determinaciones constitucionales firmes y sustantivas sobre ciertas

categorías de bienes que tienen esa condición y las notas esenciales e irrenunciables de su régimen jurídico ³². Aquí puede encontrarse una explicación de la vitalidad y fuerza expansiva de que goza el dominio público como título sobre el que fundar el ejercicio de potestades públicas, sin duda ese fortalecimiento se produce como título de intervención ante la devaluación del servicio público, pero también por la distinta consistencia y garantía constitucional que presentan uno y otro ³³.

Con esta formulación constitucional no se ha podido contener la imposición desde la Unión Europea de todo un modelo de gestión económica articulado sobre principios tal vez simples y escuetos, pero resueltamente afirmados y exigidos. No se trataría tanto de contener y oponerse a un modelo para la Europa a la que resueltamente se pertenece, pero sí de ofrecer el contraste nítido desde el propio modelo constitucional para conseguir una adaptación a esa trayectoria.

Desde esa apertura y labilidad de las referencias constitucionales no ha podido contenerse siquiera el retorno de unos patrones liberales que se creían agotados y sin retorno posible cuando se constata que “las nuevas fuerzas políticas (cristianos sociales, socialistas y comunistas) que afrontaron la reconstrucción y modernización de la Europa de posguerra coincidieron en el mantenimiento de las instituciones clásicas democráticas en lo referente al estatuto de las libertades políticas, si bien rechazaron unánimemente la vuelta a los postulados del liberalismo en el orden económico y social” ³⁴. Pues bien, las determinaciones constitucionales al servicio de esos objetivos no han tenido desde luego la consistencia suficiente para impedir en muchos frentes ese retorno de los postulados del liberalismo. Otra cosa es que no se pueda prescindir de muchos avances registrados en materia de política social, o que esos postulados del liberalismo no sean ya los del XIX, pero porque el propio entorno del tejido económico y tecnológico lo impide. La que ha sido

³² Significativamente hay referencias constitucionales precisas sobre ciertos bienes, las costas por ejemplo, y las notas fundamentales de su régimen jurídico. No existe por el contrario referencia alguna a ningún servicio, o sector económico de interés general, como pueda ser la energía, ni tan siquiera a una fase de estos sectores –como pueda ser el transporte de energía–, ni se establece determinación alguna sobre su régimen jurídico básico.

³³ Como certeramente se ha destacado, “al concebirse los preceptos constitucionales de signo económico como cláusulas abiertas y expansivas que en última instancia son rellenadas o actualizadas por el legislador ordinario y, de modo preferente, por la actuación gubernativa y administrativa encargada principalmente de la gestión de la política económica, la interpretación y realización de la Constitución económica se desplaza del análisis de los textos a los programas de los partidos políticos que, alternativamente, ocupan el poder y a las ideas y técnicas económicas contenidos en aquellos” M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985., p. 42.

³⁴ M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, cit. p. 40.

incapaz de impedirlo, por no establecer unas determinaciones definidas al respecto, es la propia Constitución.

2. La garantía de los intereses generales sin el protagonismo gestor de la Administración, ni la cobertura de los títulos de intervención.

En todo caso, la inestabilidad y debilidad de los instrumentos con los que desarrollar políticas económicas, y políticas sociales a ellas conectadas, no sería un problema si los poderes públicos no estuvieran cargados con toda una serie de mandatos constitucionales con esa inequívoca orientación. Unos mandatos que no atribuyen necesariamente a las Administraciones Públicas un protagonismo gestor, pero sí que se desprende de su enunciado el reconocimiento de un deber de promover y activar las inercias y actuaciones necesarias para alcanzar sus objetivos. No se establece, por tanto, un deber de actuación, ni tan siquiera intervención directa, de los poderes públicos, pero sí un deber eminente de garantía de la realización de los objetivos de justicia social y atención a los intereses generales que se establecen en el texto constitucional, o cuando menos, si no la realización o consecución plena de los mismos, sí desde luego la garantía de una atención e impulso sostenido para alcanzarlos.

El reto que se plantea entonces es el de recomponer o reconstruir la posición y actividad de las poderes públicos para acometer esa función de garantía de la atención y servicio de los intereses generales³⁵. Un reto que no pasa necesaria ni prioritariamente por la construcción o

³⁵ Desde hace unos años trabaja la doctrina iuspublicista alemana en la construcción del concepto de Gewährleistungsstaates (el Estado garantista o Estado garante) con una función distinta a la de otros conceptos o desarrollos de la acción del Estado como son los que se expresan con los enunciados del Estado interventor (actividad de policía) o Estado prestacional. Ya en lo que ha transcurrido del segundo milenio, son varias las reuniones ordinarias de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público que, desde diversas perspectivas, tratan esta idea del Estado garante, así W. Löwer, T. Puhl, y M. Holoubek, “Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 60, 2001, pp. 416 y “Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel, ponencias de M. Heintzen y A. Vosskuhle, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 62, 2003, p. 220 y ss. Ch. Enders y E. Wiederin, “Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, *VVDStRL*, 64, 2005, p. 167 y ss. El presupuesto de esta concepción está en la responsabilidad

reconstrucción de títulos de intervención en la misma línea del esfuerzo desarrollado durante buena parte de los dos últimos siglos en plena vigencia de un Estado liberal, con una relación entre Estado y sociedad definida en términos de separación estricta, quedando de lleno en la órbita de la sociedad el conjunto de la actividad económica y hasta los servicios que hoy damos en llamar asistenciales. Entonces, sólo mediante alambicadas conexiones con los conceptos y referencias jurídicas más asentadas en cada ordenamiento podría abrirse paso la intervención y presencia pública en sectores y servicios económicos³⁶.

(Verantwortung) que recae sobre los poderes públicos y que no ha de considerarse alterada o reducida por los recientes procesos de privatización, liberalización o externalización que aunque implican en muchos casos una transferencia al sector privado de funciones relevantes (no sólo de gestión, sino también de resolución) no alteran la responsabilidad que incumbe al Estado, responsabilidad a la que ahora no da respuesta gestionando el servicio a os intereses generales, sino garantizando la atención de los mismos. Sobre esa noción de responsabilidad, R. Pitschas, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, Munich, 1990, J. Schubert, *Das Prinzip Verantwortung als Verfassungsrechtliches Rechtsprinzip*, Berlin, 1998, P. Saladin, *Verantwortung als Staatsprinzip*, Berlin, 1984, W. Hoffmann-Riem, “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit”, *Festschrift für Vogel*, Munich, 2001, p. 47 y ss. Sobre el Estado garante, M. Bullinger, “Von der administrativen Daseinsvorsorge zu privatwirtschaftlicher Leistung unter staatlicher Rahmengarantie”, en *Festschrift für Zacher*, Munich, 1998, p. 85 y ss. G.F. Schuppert, “Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat”, *Festschrift für Wollmann*, Berlin, 2001, del mismo, “Zum Gewährleistungsmodell aus Sicht der Public Choice Theory”, en *Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung*, D. Budäus, (ed.), Heidelberg, 1998, p. 121 y ss., T. Vesting, *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat*, en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann (eds.) *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Munich, 2000, p. 111 y ss. H. Willke, *Supervision des Staates*, Frankfurt am Main, 1997.

³⁶ Era perfectamente posible que una misma actividad o servicio se publicicara, se municipalizara en su caso, en base a fundamentos o títulos de intervención distintos en cada ordenamiento, atendiendo al peso y significación de que gozaban en su respectiva cultura jurídica. Así en el sur de Europa –Francia, Italia, España- muchos servicios se municipalizaron con el fundamento de que para su despliegue y prestación era necesaria la utilización del dominio público viario: así ocurrió, entre otros, con los servicios de alumbrado o abastecimiento de aguas. En cambio, en la órbita jurídica germánica, donde era desconocido el título del dominio público, estos servicios se municipalizaron al amparo de un título allí muy arraigado: el de la policía de seguridad. El alumbrado público se vincula al mantenimiento de la seguridad en las calles; el abastecimiento de agua, a la seguridad frente a incendios y a las necesidades de los bomberos (!)”. P. Badura, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, Göttingen, 1967, p. 23. (la exclamación final es mía; la justificación por la policía de seguridad no suscita desde luego semejante asombro en un lector alemán). Esta referencia histórica nos ilustra también sobre las manipulaciones del Estado liberal que se veía obligado a tensar y estirar los pocos títulos jurídicos entonces disponibles para justificar su intervención. En nuestra órbita y en nuestro actual momento, la expansiva operatividad que se le está dando de nuevo al dominio público es un indicio más de un cierto retorno al modelo liberal –retorno que nunca será tal- y, sobre todo, del vacío que de manera un tanto súbita de crea en lo que es el entramado conceptual e instrumental sobre el que apoyar la actuación pública en muchos sectores.

Aunque, como tendremos ocasión de destacar, se advierten ciertos movimientos que apuntan a una recuperación de fórmulas o títulos que tuvieron destacada relevancia en el Estado liberal, no este desde luego el escenario en el que hemos de situarnos pues se trata de un modelo al que no es posible el retorno, aunque como acabamos de significar no sean las abiertas cláusulas en materia economía las que lo impidan. Se han desarrollado toda una serie de avances irreversibles en muchos frentes legislativos –desde el laboral hasta el fiscal- que hacen inviable ese retorno. Pero, con todo, la evolución más relevante no se registra tanto en la estructura del Estado y en su expresión normativa –que admite siempre un margen de reforma- sino en la sociedad, en las profundas transformaciones económicas, tecnológicas y sociales. Realidades como la globalización de los mercados, la sociedad postindustrial y su emergencia como sociedad de riesgo, o los flujos migratorios son lo suficientemente ostensibles para insistir en ellas y en la trascendencia de los cambios registrados en la sociedad. Con todo, lo más importante a nuestros efectos ha sido la capacidad de autorregulación mostrada por la sociedad, y los diversos sistemas que la integran, cuya significación jurídica, al entrar en la órbita del derecho público, merece mucha atención por las posibilidades que abre.

El marco del análisis y debate no se centra tanto en un modelo de Estado y Administración, sino en el entorno más amplio de una nueva correlación entre Estado y sociedad, con una atomización de ambas realidades pero con un proyecto de efectiva interacción aprovechando al máximo las posibilidades que ofrecen una y otra.

Con estas constataciones y premisas centraré mi atención en tres objetivos que responden a exigencias y retos que la reciente correlación entre Estado y sociedad nos plantea de manera inexcusable.

El primero apunta a la necesidad de promover y encauzar toda una vía de actuación de los poderes públicos -de las Administraciones Públicas pero también, y destacadamente, del legislador a través de nuevas fórmulas- para la garantía de la atención a los intereses generales y del programa constitucional de política social y económica cuando, como ocurre en muchos sectores de incuestionable interés general, la capacidad gestora y decisoria se sitúa en el sector privado. No se trata, como antaño, de construir títulos o nuevos conceptos en los que apoyar una intervención en la sociedad, sino trasladar a ella procedimientos, pautas de actuación y de relación orientadas a la garantía de esa atención objetiva a los intereses generales.

El segundo objetivo tiene una orientación de signo contrario: de la sociedad hacia el Estado; pues se trata de encauzar las energías positivas que se generan en la sociedad, fundamentalmente a través de sus procesos de autorregulación, para que puedan ser tomadas como referencia por el ordenamiento jurídico y por unas Administraciones Públicas que no disponen ni del dominio, ni del conocimiento necesario en muchos sectores.

El tercer punto de atención se proyecta sobre lo que podríamos considerar como un periodo transitorio: el que se abre con el vacío dejado por toda una serie de conceptos y títulos de intervención –la propia idea de intervención entre ellos-, vinculados por lo general a la noción de servicio público. Ese vacío puede provocar la irrupción de otros títulos y sucedáneos conceptuales cuya operatividad y alcance conviene sopesar y dimensionar en su justo alcance.

VII. VÍAS Y FÓRMULAS, ALTERNATIVAS A LA PRESENCIA E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA, PARA LA ATENCIÓN DE LOS INTERESES GENERALES.

Son varios los espacios de la actividad económica y técnica en los que el Estado y las Administraciones han cedido posiciones de dominio y decisión al sector privado. Uno, que se identifica en torno a los servicios públicos liberalizados; otro, más difuso, que abarca materias más conectadas con la tecnología y sus riesgos –seguridad industrial, alimentaria, medio ambiente, residuos- en los que se han cedido a entidades expertas funciones de inspección, control y decisión; los que podríamos denominar servicios administrativos. Aquí nos encontramos con la creciente expansión del ejercicio de funciones públicas por particulares. Un fenómeno que ahora se pretende asociar a la idea de externalización.

La garantía de los intereses generales no habría de conllevar aquí una intervención en la actividad de estos sujetos que actúan bajo sus propios criterios, sino la fijación de unos medios que permitan ampliar el radio de decisión para abarcar los intereses generales que no serían atendidos desde la lógica estricta del mercado en un caso, o desde una relación estrictamente bilateral, privada, en otro.

En los servicios liberalizados de interés general podemos encontrarnos, como así sucede en la práctica, con bolsas de población o territorios que no resulten de interés para los operadores desde la óptica estricta de la eficiencia económica ³⁷. En el ejercicio por particulares de funciones públicas el interés a garantizar no es el de poblaciones o territorios, sino específicamente el de terceros que pudieran quedar al margen de una relación privada, entre una entidad privada de control técnico y la instalación que se somete el mismo sin consideración a los intereses del entorno.

Como vías para el establecimiento de estos medios de garantía pueden señalarse fundamentalmente tres:

1. Fórmulas organizativas.

Entre ellas cabe distinguir dos modalidades fundamentales.

A) Una es la que representan las autoridades o entidades reguladoras, llamadas también Administraciones independientes o neutrales. Un tema muy tratado en el que no procede extenderse aquí. Únicamente para destacar que con ellas se expresa también esta nueva correlación entre Estado y sociedad puesto que aspiran, y habrían de reafirmarse en ello, a situarse en una posición de equidistancia entre ambas realidades. No en vano todas estas autoridades y agencias se concentran en tres ámbitos en los que más fluida y compleja es esa relación entre Estado y sociedad: derechos fundamentales –autoridades en materia audiovisual, protección de datos- economía –comisión mercado de valores, de la energía- y, más recientemente, riesgo y seguridad –consejo de seguridad nuclear, agencia seguridad alimentaria-.

B) Otra modalidad organizativa –subjetiva, si se la quiere llamar así- que parece conveniente explorar es la del reconocimiento de sujetos privados, no vinculados ni orgánica ni contractualmente con la Administración, que ejercen funciones públicas bajo sus propios criterios y que a ellos les sean plenamente imputables por no existir ese vínculo con la Administración. El componente garantista de esta fórmula estaría en la plena aplicación del procedimiento administrativo a su actividad y en el

³⁷ F.J. Villar Rojas, “Las técnicas administrativas de garantía de las obligaciones de servicio público”, *REDETI*, n. 11, 2001, p. 35 y ss,

similar tratamiento que tendrían sus resoluciones, sujetas a los mismos recursos y fiscalización judicial que las resoluciones de la Administración.

No se oculta que una propuesta en esta línea supone una cierta quiebra en los planteamientos subjetivistas dominantes, con todo acierto y coherencia por lo demás, en nuestro entendimiento del derecho administrativo y su alcance. Pero debe tenerse en cuenta al respecto tres consideraciones fundamentales.

La primera repara en la ecuación en virtud de la cual, por un lado, se adscribe el derecho administrativo exclusivamente a unas organizaciones especiales –las Administraciones Públicas- servidas por un estamento especial –los funcionarios- y, por otro lado, no hay Derecho administrativo extramuros de las Administraciones, aplicable a la actividad de sujetos privados. Esta ecuación se ha roto ya en su primer término al aplicarse el derecho privado a amplios sectores de la actividad y la organización administrativa, incluyendo el personal a su servicio ³⁸, rebasando lo que pudiera considerarse una incorporación instrumental y limitada.

La segunda consideración, mucho más relevante a nuestros efectos, es que al margen de valoraciones dogmáticas –menos aún de volver al tema de la fuga hacia el derecho privado-, resulta muy conveniente extender las garantías y los procedimientos para la atención de a los intereses públicos hacia los sujetos privados que realizan funciones públicas, muchas de ellas con un contenido resolutorio. Ante el panorama que se atalaya en la actualidad, marcado por ese tránsito de funciones públicas hacia el sector privado, no parece que pueda mantenerse el planteamiento defensivo y la estrategia de acantonar la aplicación del derecho público –sus fórmulas, procedimientos y garantías- en los bastiones que conforman las Administraciones y, en todo caso, los sujetos vinculados orgánica o contractualmente a ellas. Con este planteamiento no cesaremos de lamentarnos por la pérdida de posiciones, por la fuga constante hacia el derecho privado y la infiltración del derecho civil, laboral, mercantil. Conviene plantearse una reacción activa, una contraofensiva, para establecer elementos esenciales y característicos del

³⁸ G. Fernández Farreres, “la idea de que una Administración externalizada es una Administración débil, sin poderes reales de dirección, no se compadece con una Administración no menos débil a pesar de disponer de personal propio sobre el que, sin embargo, no ostenta poderes sustancialmente distintos de los que dispone un empresario privado respecto de sus trabajadores”, *La Administración Pública y las reglas de la “externalización”*, en *Justicia Administrativa*, n. 33, 2006, p. 26.

Derecho público, en la actuación de sujetos de naturaleza y autonomía decisoria incuestionablemente privada ³⁹.

La tercera es la constatación de toda esta corriente externalizadora que topa entre nosotros con los obstáculos que provienen al derivar esta corriente hacia fórmulas concesionales, de gestión indirecta, por falta de otras fórmulas para canalizarla. El inconveniente de la fórmula concesional es que mantiene la capacidad decisoria y de autoridad en la órbita de la Administración –de ahí la regla de gestión indirecta de servicios que impliquen ejercicio de autoridad- y no da cuenta de lo que es la realidad en muchos casos en los que –sobre todo por el desconocimiento, generalmente de carácter técnico, que muestra la Administración- un sujeto particular ejerce funciones públicas de contenido decisorio ⁴⁰. Sin necesidad de buscar allí inspiración alguna, conviene significar como una fórmula con estas características acuñada por el Derecho alemán en el siglo XIX, muy arraigada sobre todo en el ámbito del control de seguridad industrial, ha experimentado en los últimos años una autentica eclosión, dando respuesta a cuestiones planteadas no sólo con la externalización de servicios administrativos, sino también con la liberalización de servicios económicos.

2. Procedimientos.

La necesidad de profundizar en las exigencias procedimentales ya queda apuntada en el apartado anterior. Se trata de extender en lo posible unos estándares públicos de procedimiento en los espacios en los que no hay presencia –ni directa, ni indirecta a través de gestor interpuesto- de la Administración, y en los que se gestionan servicios de interés general o se actúan funciones públicas de corte administrativo.

En el primer frente, se apuntan dos líneas de profundización en materia de procedimiento. Una es la que se orienta a garantizar el acceso en condiciones de igualdad a servicios en los que concurre un interés general

³⁹ G. Fernández Farreres, “en la actualidad, de lo que se trata es de *garantizar* que los servicios se presten en condiciones adecuadas y para ello no es preciso ya que las Administraciones se doten de unos medios personales y materiales que la propia sociedad puede suministrar con mayor eficiencia económica y mejor calidad”. *Cit.* 25.

⁴⁰ Vid. D. Canals i Ametller, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. (Control, inspección, certificación)*, Granada, 2003.

inequívoco ⁴¹. Otra es la que se enderezaría a situar la adopción de decisiones de mercado, como puedan ser los precios regulados que desplazan a las tarifas establecidas por Administraciones, en un marco procedimental en el que, sin restar protagonismo a la eficiencia del mercado, se asegure la transparencia, la motivación y la atención de intereses generales ⁴².

Con relación al segundo debe significarse que el ejercicio de funciones públicas de carácter materialmente administrativo –para diferenciarlos, con esta terminología, de los servicios de carácter económico- conduce de ordinario al establecimiento de relaciones bilaterales. Así sucede, notoriamente, en los sectores donde estas prácticas están más extendidas por la concurrencia en ellos de un componente de complejidad técnica: control, inspección, certificación, acreditación en materias de seguridad industrial, medio ambiente, construcción, gestión de riesgos en general. Se entabla entonces una relación entre la entidad privada que realiza la actividad de control o inspección y la empresa o instalación sujeta a ese control, pensemos en una instalación industrial con potencial de riesgo para las personas o el medio ambiente. Aunque se trate de una relación entre sujetos privados, se habría de someter a un procedimiento en el que pudieran tener entrada los terceros con intereses que atender y salvaguardar.

3. La percepción y tratamiento de las relaciones de poder por la legislación de derecho privado.

Toda esta orientación garantista conduce inexcusablemente a las relaciones entre usuarios y entidades privadas que prestan servicios liberalizados. Unas relaciones que formalmente se transforman en relaciones privadas, al desaparecer de ellas las Administraciones o sujetos concesionarios que en régimen de gestión indirecta prestaban tales

⁴¹ Vid. Lorenzo Martín-Retortillo, “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general”, *Estudios de Derecho Público Económico*, cit. p. 493 y ss.

⁴² Destaca así J. Tornos como “desde la vertiente *garantista*, el precio regulado exige avanzar en la regulación general de un procedimiento transparente y motivado para su fijación, o en la profundización de la independencia y capacidad técnica de las autoridades de regulación a las que se asigne este cometido”, La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios, *Estudios de Derecho Público Económico, Libro homenaje al Prof. Sebastián Martín- Retortillo*, Madrid, 2003, p. 676.

servicios. Pero materialmente no puede ocultarse que se trata de relaciones de poder que, aún sujetas a un régimen de competencia, en muchos casos limitado, sitúan a los operadores en una situación de supremacía al disponer sobre servicios básicos y de general interés. Ese componente público ha de ser por tanto atendido y debidamente tratado en la legislación que regule las relaciones con los usuarios. Esta legislación deberá incorporar las garantías que comúnmente se reconocen a los consumidores⁴³, y sobreponer a ella la dimensión pública presente en estas nuevas relaciones⁴⁴.

En definitiva se trata de emancipar al usuario de la condición de cliente a la que se le pretende reducir como quien suscribe un contrato de adhesión⁴⁵. Su posición no habría de quedar por completo al albur de los intereses y estrategias de las compañías prestadoras sino que debería tener disponer de medidas reactivas en torno a tres fases o elementos del servicio: su implantación, el acceso al mismo, el funcionamiento continuado en condiciones de igualdad.

⁴³ En este sentido se pronuncia Lorenzo Martín-Retortillo, “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general”, *cit.* p. 522.

⁴⁴ Esa atención al Derecho privado cuando en su ámbito se perciben relaciones de poder en torno a servicios básicos se inscribe en lo que, con más o menos acierto, se ha dado en llamar responsabilidad marco o la garantía del entorno, “la responsabilidad marco viene a expresar la responsabilidad básica que incumbe a los poderes públicos de garantizar que la composición de intereses entre particulares se produzca de forma compatible con el bien común. Por eso, esta responsabilidad se satisface principalmente mediante la aprobación de normas de Derecho privado” E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid/Barcelona, 2003, p. 187. Significativa al respecto es la intervención de M. Fromont en el debate sobre la responsabilidad y función de garantía del Estado sobre la actividad de particulares con incidencia sobre intereses públicos: “el Derecho privado es también un Derecho del poder, de la división y reparto del poder (derecho de consumidores, de usuarios, del trabajo, de sociedades) y por tanto el Estado puede introducir las regulaciones precisas cuando hay un poder con incidencia sobre intereses supraindividuales o generales VVDStRL 62, 2003, p. 342. Esa atención por los intereses de mayor radio está también presente en la justificación de la entrada del Derecho administrativo en otros sectores como el de la competencia; es así como J.M Baño destaca que “la preferencia de técnicas de Derecho administrativo sobre las sobre las propiamente civiles está cimentada en la importancia de los intereses que protege la defensa de la competencia”, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid, 1996, p. 6.

⁴⁵ F. J. Villar Rojas, *Privatización de servicios públicos*, *cit.* p. 377.

VIII. LA ORIENTACIÓN Y ASIMILACIÓN DEL PODER ORDENADOR DE LA SOCIEDAD. LA AUTORREGULACIÓN REGULADA.

El desarrollo de la autorregulación viene a confirmar plenamente, a estas alturas de la exposición, algunas de las principales tesis en ella mantenidas.

1. Autorregulación como percepción de poder por la sociedad y del fortalecimiento de los mercados.

La primera es que su espectacular desarrollo en los últimos años, tanto por los ámbitos sobre los que se proyecta como por la propia oferta y consistencia adquirida por las propias fórmulas autorreguladoras, constituye un indicio inequívoco del creciente poder que se acumula en el sector privado, en la sociedad ⁴⁶. La autorregulación es una reacción de la sociedad que percibe ese extraordinario poder de que dispone y que presenta ostensibles y hasta arrogantes manifestaciones: el poder de influencia con los medios de información y comunicación; las capacidades desconocidas de generación de riesgos por las nuevas industrias y tecnologías, el poder extraordinario de conformar nuestro futuro entorno vital –y nuestra propia conformación como personas- que se concentra en la investigación científica, en la actualidad bajo el dominio de estructuras y organizaciones privadas; y, por supuesto, el poder de la economía y de unos mercados que, por una lado han rebasado por completo el ámbito de dominio del Estado nación y que, por otro, han ganado nuevos sectores,

⁴⁶ Muy visible en diversos sectores, sobre uno de ellos, S. Muñoz Machado, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, 2000, J.C. Laguna de Paz, *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, Pamplona, 2004. con amplias y explícitas referencias en estos dos trabajos al creciente protagonismo de la autorregulación.

los que se han visto sujetos a procesos de liberalización, antaño bajo titularidad o dominio eminente estatal y hoy entregados al mercado.

Ante estos poderes de un alcance hasta ahora desconocidos concentrados en la sociedad, la autorregulación responde a una pretensión de autodomínio, de autocontrol, hasta cierto punto similar a la *prudentia civilis* que según los juristas de las monarquías absolutas debía guiar la actuación de un rey que acumulaba un poder que sólo él mismo podía limitar y moderar ⁴⁷.

2. Autorregulación como reacción ante la intervención del Estado. El equívoco de la desregulación.

Pero también la autorregulación, sobre todo alguna de sus manifestaciones más características, es una reacción ante una mayor exigencia e intensificación de las leyes y normas jurídicas. Así el endurecimiento de la legislación tributaria, de la legislación ambiental, de la legislación de seguridad en diversos sectores –industrial, alimentario, etc-, de la legislación sobre protección de consumidores y usuarios, protección de inversores, sobre sociedades cotizadas, etc, conduce a que las propias empresas y organizaciones sujetas a esta legislación cada vez más exigente y con reacciones duras ante las infracciones –entre las que se contempla con cierta frecuencia la reacción penal- establezcan sus propios sistemas de autocontrol y autorregulación, para detectar y corregir con carácter preventivo posibles irregularidades o presentar una imagen que evite la aplicación de los elementos más duros y de reacción ante incumplimientos de esa legislación estatal ⁴⁸. En esa movimiento defensivo de autocontrol y autoprotección se inscriben fórmulas autorreguladoras

⁴⁷ Esa virtud de la *prudentia civilis* que tanto empeño había en inculcarle al monarca absoluto para que moderara de manera responsable su poder es la que de alguna forma se recompone ahora con la ética de la responsabilidad -destacando al respecto la formulación del filósofo Hans Jonas, *El principio de responsabilidad. Ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, 1993. La gran diferencia entre dos momentos es que entonces el poder se situaba en torno al monarca, ahora los grandes poderes se sitúan extramuros del Estado: en los circuitos económicos y financieros, en el mundo de la investigación y la innovación tecnológica, en los poderosos medios de comunicación. Ahí es donde se reivindica ahora la prudencia, la ética de la responsabilidad, el autocontrol, la autorregulación.

⁴⁸ Vid. J. Esteve Pardo, *Regulación. Génesis y efectos*, Pamplona, 2002, p 115 y ss.

tales como las normas técnicas de seguridad en sus diferentes sectores, auditorías, ecoauditorías, normas de buenas prácticas, códigos de conducta.

Se constata así una realidad que conviene destacar, pues tiende a pasar en buena parte desapercibida en un escenario que parece dominado por los procesos de privatización, desregulación o liberalización que pudieran conducir a la firme impresión que hay una retirada, desfallecimiento o vencimiento del Estado. Esta no es desde luego una impresión certera: existe un propósito firme y resuelto de regulación normativa por el Estado y de elevar con él los estándares de calidad de vida, de prestación de servicios, de seguridad, de calidad ambiental. El problema está, como vamos comprobando una y otra vez, en los medios, y es entonces cuando se entiende que esa eficiencia y mejora –de calidad o de precios- de los servicios o prestaciones se alcanza con la introducción en ellos de la competencia entre operadores y su liberalización; o cuando las mayores exigencias de seguridad o de calidad industrial requieren una entrada en las interioridades de las instalaciones que desborda la capacidad de conocimiento e intervención de las Administraciones y hay que optar por la externalización de ciertas funciones o a otras fórmulas que aparentan un retirada del poder público⁴⁹, cuando no es en modo alguno así: hay un mayor compromiso y un más decidido afán de elevar y asegurar los niveles de eficiencia, calidad y seguridad, pero eso mismo pone en evidencia la insuficiencia de medios propios; o cuando ese elemento tecnológico o cualquier otro con una carga de complejidad adquiere una posición relevante en un sector determinado. Ante esa falta de medios, ante la constatación de que los más importantes –el mercado competitivo, la tecnología, la investigación- están hoy en la sociedad, una de las estrategias más sensatas y efectivas que puede plantearse el Estado es el encauzamiento y aprovechamiento de la autorregulación privada.

⁴⁹ Así ocurre con el recurso a entidades privadas para que realicen unas actividades en materia de seguridad y control técnico con arreglo a unos estándares de seguridad que son mucho más exigentes y precisos. No hay pues desfallecimiento o retirada del poder público, todo lo contrario; lo que resulta entonces evidente es la limitación de medios –materiales, técnicos, personales, de conocimiento, etc- para alcanzarlos; lo mismo sucede con la cláusula, tan frecuente en sectores de vanguardia, de remisión a la mejor tecnología disponible: hay un claro propósito de normar e intervenir sobre aspectos técnicos de instalaciones –por razones de seguridad, ambientales, de incentivación y progreso, etc- lo que sucede es que la complejidad tecnológica desborda por completo a la Administración ordinaria y al legislador que acaba por utilizar esta fórmula de remisión a la mejor tecnología.

3. Autorregulación de la economía y del mercado.

Buena parte de la autorregulación se genera en unos mercados en los que se ponen de manifiesto los dos componentes a los que hacíamos referencia en los apartados anteriores. Por una parte, son unos mercados cada vez más exigentes en la búsqueda de referencias seguras y fiables para todos los que en ellos operan. Por otro lado, son unos mercados sujetos a una legislación también muy exigente en materia de seguridad de productos, trazabilidad de los mismos, gestión y control ambiental, protección de consumidores y usuarios, etc.

Estos dos vectores son los que marcan la dinámica autorreguladora de los mercados que tiene exponentes muy claros en todo el sistema de calidad que se articula en torno a diferentes procesos y elementos genuinamente autorreguladores, desde las normas técnicas de calidad ⁵⁰ hasta los expedientes de acreditación y certificación, pasando por los procedimientos de trazabilidad. Toda esta autorregulación se orienta sobre todo al establecimiento de información fiable y cierta -en tal sentido avalada por esas y otras fórmulas autorreguladoras- para los diferentes agentes que operan en el mercado, desde las empresas productoras hasta los consumidores y usuarios.

También, hemos aludido a ello, hay otra línea autorreguladora que se genera en los mercados y se orienta a cumplir con las exigencias externas que les impone el Estado. Ahí se sitúan, por ejemplo, las normas técnicas de seguridad industrial, las auditorías fiscales o las ecoauditorías. Entre esa legislación que incide sobre el mercado y sus agentes presenta una cierta singularidad, y es desde luego muy significativa, la que recae sobre las propias empresas, sobre todo las sociedades cotizadas, bajo la directa intervención de una autoridad reguladora como la CNMV. Para asegurarse el cumplimiento de toda la normativa sobre protección de inversores y estructura financiera de las empresas ⁵¹, son entonces las propias empresas las que de manera

⁵⁰ Vid. M. Tarres Vives, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Valencia, 2003.

⁵¹ A. Jiménez Blanco, *Derecho público del mercado de valores*, Madrid, 1989. B. Belando Marín, *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Madrid, 2004. Como destaca con todo acierto M. Darnaculleta, “cuando las empresas adquieren un cierto volumen, actúan a nivel internacional y se nutren de inversiones provenientes de su cotización en bolsa, las consecuencias de su actuación, sus principios organizativos y sus reglas adquieren una nueva dimensión. Los denominados “problemas de agencia”, derivados de la separación entre la titularidad de las acciones y la gestión de las empresas, requieren una intervención pública también en la organización empresarial...La solución propuesta por la Unión Europea apunta

individual o colectiva promueven expedientes de autocontrol y autorregulación, como son los códigos de conducta o de buenas prácticas.

Como no podía ser menos, también en los mercados que se configuran en torno a los llamados servicios liberalizados el caudal autorregulador es muy importante y tiene un gran potencial expansivo por diversos elementos que en ellos concurren: componente tecnológico que requiere de normalización técnica, exigencias de seguridad y control de efectos ambientales⁵². Se trata, por lo demás, de mercados muy exigentes en los que cobran una gran importancia los estándares de calidad en la prestación de servicios y por ello mismo son muy proclives, como la experiencia lo demuestra, al desarrollo de fórmulas de autorregulación en materia de calidad, una autorregulación ya muy articulada hasta el punto de configurar todo un sistema de calidad, desde la normas de calidad hasta los procedimientos de acreditación y certificación.

4. La autorregulación regulada.

La autorregulación que se desarrolla en el ámbito de unos mercados cada vez más organizados y exigentes en las referencias con las que operan, constituye una rica aportación que puede ser aprovechada con mucho provecho para las pretensiones reguladoras de los poderes público. En cualquier caso, esa utilización provechosa de las energías

como solución la técnica que venimos analizando: la orientación, el fomento y la regulación de la autorregulación empresarial. Esta propuesta está claramente inspirada en el movimiento de reforma de los Consejos de Administración, conocido como el *Corporate Governance*”, *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*, Madrid-Barcelona, 2003, p. 149-150.

⁵² La práctica totalidad de las normas que disciplinan aspectos fundamentales de los sectores que mayor atención merecen desde la perspectiva de la regulación –energía, transportes, telecomunicaciones- son normas técnicas, resultado por tanto de procesos de autorregulación y no del poder normativo del Estado. Normas en materia de seguridad, calidad, equipamientos, protocolos de actuación, instalaciones. No sólo las normas: el cumplimiento de las mismas, las actividades de inspección y control, también están entregadas a sujetos y organizaciones que están fuera de la organización estatal y adscritos a fórmulas de autoorganización. Así, por ejemplo, con relación al transporte, M. Carlón Ruiz, “El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia”, en *Transportes y competencia. (Los procesos de liberalización de los transportes y la aplicación de la competencia.)*, Madrid, 2004, p. 297 y ss. M. Gómez Puente, *Derecho administrativo aeronáutico (Régimen de la aviación y el transporte aéreo)*, Madrid, 2006, p. 571 y ss. J. Esteve Pardo, *Régimen jurídico de los aeropuertos (Servicio público y explotación comercial)*, Valencia, 2001, p. 129 y ss.

autorreguladoras sólo se consigue si la regulación pública no la ahoga con intervenciones y condiciones innecesarias. El principio estructural es el mismo que ha de imperar en los mercados liberalizados: hay que dar al mercado y a los mecanismos que le son propios la mayor operatividad y el mayor margen de expresión posible, también, por supuesto en lo que son sus expresiones autorreguladoras. De lo que se trata entonces es de aprovechar esas fórmulas y evitar sus posibles disfunciones.

La autorregulación regulada, o la regulación de la autorregulación, salvaría la paradoja –que como tal paradoja encierra una contradicción aparente- de este concepto si se circunscribe a controlar y reforzar la certeza y objetividad de las fórmulas de autorregulación⁵³. Se trataría de incentivar el rigor y transparencia de sus procedimientos o de sus instituciones como puedan ser los organismos de producción de normas técnicas.

La incentivación y promoción, desde las propias autoridades reguladoras o desde la legislación, es una vía que conlleva una cierta dirección de la autorregulación. Se establece así un espacio abierto, hasta cierto punto orientado y delimitado, en el que se promueve la autorregulación del mercado y sus agentes. Una experiencia bien conocida la ofrece la legislación sobre sociedades cotizadas, y la actuación en esa línea de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que promueve la autorregulación de los propios actores mediante códigos de conducta por ellos aprobados allí donde no es posible, ni conveniente, la regulación pública convencional.

IX. EL PERIODO TRANSITORIO TRAS LA PÉRDIDA DE COBERTURA DEL SERVICIO PÚBLICO COMO TÍTULO DE RESERVA DE SECTORES.

⁵³ M. Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid, 2003. En la doctrina alemana, la autorregulación regulada se ha convertido en una de las piezas claves y características del modelo de Estado garante (vid. los estudios del número especial, n. 4, de la revista *Die Verwaltung*: “Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats”, 2001) se trata en definitiva de situar en su dimensión pública, con la debida atención de los intereses que se puedan ver afectados, a unas referencias –normativas, de control, de calidad, resolutivas- que no proceden ya de las instancias estatales, sino de la sociedad organizada.

La virtual desaparición del servicio público en su sentido estricto, como título de intervención con la capacidad de sustraer un sector de actividad económica de la órbita de la empresa privada o del mercado para situarlo bajo titularidad pública, tiene sin duda toda una serie de consecuencias de gran calado, como ha podido apreciarse en la exposición precedente, pero hay algunas consecuencias más inmediatas que suscitan cuestiones que posiblemente se acaben decantando y solventando a lo largo de un periodo transitorio de adaptación.

1. La tendencia maquinal a cubrir un vacío con materiales e instrumentos adscritos a otros conceptos.

El efecto más inmediato de la desaparición o reducción sustancial de un concepto y un régimen que ocupaba un espacio dilatado es el vacío que se crea en su lugar.

En principio es un nuevo régimen, el que se articula en torno al concepto de regulación, el que habría de ocupar ese espacio, pero las bajas presiones y turbulencias que se generan por la desaparición –o reducción a una serie de elementos parciales- de un modelo que estaba hasta tiempos recientes muy asentado y la novedad en nuestro sistema jurídico del modelo regulatorio que vendría a reemplazarlo provocan un efecto de atracción de componentes e instrumentos característicos de otros conceptos y títulos que vendrían a ocupar esos vacíos o intersticios, o a rearmar a una Administración que ha visto como dejaba de ser operativo todo un arsenal que le aseguraba una posición de dominio.

Los títulos o conceptos a los que se adscriben esas fórmulas e instrumentos que pueden utilizarse para llenar los vacíos del servicio público o para dotar de instrumentario propio a la actividad de regulación, son los que no han sido objeto de reforma o restricción, como pueda ser el caso del dominio público, y que no sólo se mantienen plenamente operativos sino que, al desvanecerse la noción de servicio público como título de intervención, se han revitalizado y ganado especial pujanza precisamente a costa suya. Así es bien perceptible hoy no sólo el reforzamiento del título y la noción de dominio público, sino también la entrada en el espacio de la regulación de fórmulas jurídicas –autorización, sanción, revocación- muy características de la actividad de policía o

intervención; la misma autorregulación, a la que acabamos de referirnos, puede alcanzar un desarrollo y una expansión excesiva y cuestionable al adentrarse en materias y contenidos que serían propios de una actividad de regulación que todavía no está articulada con una mínima sistemática. Reparemos brevemente en estos conceptos y fórmulas valorando hasta que punto es conveniente su empleo como instrumentos de regulación y que tipo de adaptaciones habría que introducir en su caso para que tal utilización resultara efectiva y en sintonía con los objetivos de esta.

Distinguimos aquí entre, por un lado, los conceptos o realidades, jurídicas o económicas, que pueden operar como títulos habilitantes y justificar desde esa posición el despliegue de un régimen jurídico más o menos desarrollado y, por otro, fórmulas jurídicas o instrumentos a los que se pretende dar una nueva funcionalidad en el contexto de la regulación económica. Entre los conceptos o títulos habilitantes destacamos el del dominio público y el del monopolio; las fórmulas son desde luego diversas pero casi todas proceden de la matriz común de la policía administrativa.

2. El dominio público como título refugio de la intervención administrativa.

En el panorama europeo el dominio público se presenta como un título característico de nuestra cultura jurídica y muy arraigado en ella. Un título y un régimen jurídico a él adscrito que ha conocido en los últimos años una fuerte expansión. A ello han contribuido, por un lado, las propias determinaciones constitucionales –como ya se ha tenido ocasión de significar- y la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa y del propio Tribunal constitucional. Pero también la restricción del servicio público y el afán de establecer niveles rigurosos de protección sobre ciertos bienes están en el origen del fortalecimiento y extensión de este título.

Dejando de lado el caso de aquellos bienes que, por su creciente valoración social o por las amenazas que sobre ellos se ciernen, han ingresado en el régimen del dominio público, nos interesa destacar aquí la frecuente condición demanial que tienen muchos bienes que sirven de soporte para la prestación de actividades económicas que han sido

liberalizadas, se desarrollan en régimen de libre competencia y que –como ocurre con frecuencia- pueden estar sujetas a regulación cuando esa competencia es imperfecta o limitada. Los casos paradigmáticos los ofrecen precisamente los servicios en red: nos consta ya que son sectores que, por las limitaciones de mercado que les son congénitas, son propicios a la regulación, pero también debe significarse ahora que la red en torno a la que estas actividades o prestaciones se desenvuelven puede estar compuesta por bienes que tengan la condición del dominio público, o necesita para su trazado del soporte de bienes demaniales. El caso del transporte resulta en este caso paradigmático si reparamos en las infraestructuras de las que se sirve: puertos, carreteras, aeropuertos, vías para el ferrocarril, que son bienes que pasan por ejemplarizar en ellos el régimen del dominio público.

La expansión del título y régimen demanial puede producirse aquí al abrirse un vacío en la intervención pública que antes se apoyaba en el título de servicio público que se desvanece ahora con la liberalización de esas actividades. Una explicable reacción para recuperar las posiciones de dominio perdidas es fácil entonces que se pretenda montar desde el título demanial que opera entonces como título refugio de la intervención administrativa. Así ha ocurrido justamente en el sector portuario y se apunta también la misma tendencia en el sector, sujeto ahora a un vivo debate del que habrá de resultar en principio un nuevo régimen, de los aeropuertos: en el momento en que los aeropuertos pierden su significación militar y, sobre todo, se liberaliza el transporte aéreo, estas infraestructuras parecen desprenderse del radio de acción y tutela del interés general por parte de los poderes públicos. La reacción parece que pasa por la invocación de un régimen de dominio público aeroportuario que nunca se había hecho explícito en ley alguna.

Como es fácil percibir, las disfunciones en estos casos pueden plantearse cuando se otorgue al régimen demanial un radio mayor del que le corresponde, fundando en él intervenciones no justificadas sobre actividades liberalizadas pretendiendo de algún modo imponer por esta vía ciertas condiciones propias de un servicio público ⁵⁴. En particular se corre

⁵⁴ Con la contradicción adicional que puede cernirse sobre los propios bienes demaniales en el caso de que resulten afectos a un servicio público si pierde la condición de tal, así para R. Galán Vioque, “la duda surge en un momento en que se ha producido una masiva liberalización de la economía, con la consiguiente supresión de los antiguos servicios públicos. Parece claro que los bienes que antes se encontraban afectos a un servicio público, dejan de ser demaniales al desaparecer la publicatio de la actividad económica. Pero no desaparece la necesidad de la sociedad de disponer de tales infraestructuras ni la obligación del Estado de garantizar la continuidad del servicio”, *Obras públicas de interés general*, Sevilla, 2004, p. 47.

el riesgo de hacer de la concesión de dominio público un instrumento de intervención más allá de lo que son sus finalidades características⁵⁵.

Estas posibles disfunciones habrían de evitarse, primero, circunscribiendo el régimen demanial a lo que es estrictamente la protección de los bienes y el uso público de los mismos que le es característica y, en segundo lugar, mediante la consolidación de un régimen regulador de la actividad que garantice la atención de los intereses públicos y evite así la sensación de vacío e indefensión que se quiere cubrir con la apelación forzada al dominio público.

3. La vis atractiva de las fórmulas de intervención de la policía administrativa.

El mayor arsenal de fórmulas de la actuación administrativa singular, correctora y de control, que es tan característica de la actividad de regulación, es el que se encuentra en los dominios de la policía administrativa. Es clara por tanto la tendencia de que las técnicas de policía acaben por ser utilizadas como instrumentos al servicio de objetivos de regulación económica.

Será cuestión entonces de valorar si esas fórmulas, al operar en un contexto regulatorio, acaban por configurarse como fórmulas sustantivamente diferenciadas de su matriz originaria en el entorno de la policía administrativa o si, por el contrario, sólo incorporan novedades de detalle, adjetivas, como las que serían propias de un sector determinado. Se trata así por ejemplo -y por referirnos a una fórmula con un destacado protagonismo en este nuevo entorno- de discernir si la fórmula autorizatoria como instrumento de regulación –que no presenta, por lo demás, un único formato: autorizaciones de acceso al mercado, autorizaciones generales, autorizaciones especiales, etc- se desprende del entorno conceptual y de las referencias propias de la policía para convertirse en una figura sustantivamente diferenciada.

En principio, la policía ofrece unas referencias normativas y conceptuales muy características, como son su estricta vinculación a la

⁵⁵ J. A. Fuentetaja Pastor, “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)”, *RAP*, n. 160, 2003, p. 87 y ss.

legalidad y su orientación al concepto finalista del orden público, extensible también a lo que se dio en llamar el orden público económico. La regulación, por el contrario, está más atenta a las referencias del mercado y a su evolución que a las determinaciones legales, sin que por lo demás su objetivo sea el mantenimiento del orden público económico en su genuino sentido.

En cualquier caso, la autorización en los sectores regulados presenta ya líneas novedosas –fórmulas de comunicación, sistemas de autocertificación y autocontrol- que está por ver todavía si cristalizan en una nueva concepción capaz de integrar en una propia sistemática todas sus manifestaciones.