Traducció al català de:
Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 635-660
Madrid, 2026
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L25
© Rosario Leñero Bohórquez
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.
Edició i traducció: Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC). Creative Commons CC BY SA

LLIÇÓ 25

ACTIVITAT DE REGULACIÓ

Rosario Leñero Bohórquez
Universitat de Huelva (UHU)

SUMARI: 1. LA PROJECCIÓ DE LA REGULACIÓ EN ELS TIPUS D'ACTIVITAT ADMINISTRATIVA.—2. ELS ORÍGENS DE LA NOCIÓ DE REGULACIÓ I LA SEVA DIFUSIÓ GLOBAL: 2.1. El regulatory law o dret regulador anglosaxó; 2.2. La globalització com a motor de l'expansió dels plantejaments de la regulació econòmica.—3. LA RECEPCIÓ DE LA REGULACIÓ ECONÒMICA A EUROPA.—4. EL CONCEPTE DE REGULACIÓ ADMINISTRATIVA: 4.1. La projecció de la regulació en l'activitat d'ordenació i control; 4.2. La projecció de la regulació en el servei públic; 4.3. Notes distintives de la regulació administrativa com a activitat d'intervenció de l'Administració.—5. INSTRUMENTS DE REGULACIÓ: 5.1. Classificació d'instruments reguladors en atenció al seu caràcter coactiu: *5.1.1. Tècniques reguladores de caràcter coactiu; 5.1.2. Tècniques reguladores de caràcter no coactiu*; 5.2. Classificació d'instruments reguladors en atenció a la seva finalitat prevalent: *5.2.1. Instruments de garantia de la competència; 5.2.2. Instruments de garantia de valors no econòmics. En particular, la garantia de l'equitat en l'accés als béns i serveis.*—6. LA CONFIGURACIÓ INSTITUCIONAL DE L'ADMINISTRACIÓ REGULADORA: 6.1. Principi de separació de les activitats de regulació i de gestió; 6.2. L'agència reguladora com a model institucional prevalent.—7. BIBLIOGRAFIA: 7.1. Bibliografia citada; 7.2. Bibliografia complementària recomanada.

1. LA PROJECCIÓ DE LA REGULACIÓ EN ELS TIPUS D'ACTIVITAT ADMINISTRATIVA

1. Els diversos tipus d'activitat administrativa analitzats en les lliçons prèvies (ordenació i control —*supra* § 22—, prestació i garantia —*supra* § 23—, promoció i foment —*supra* § 24—) són manifestacions de la intervenció pública en la societat, que es fonamenten en la protecció de l'ordre públic (o la gestió de riscos —*supra* § 22.17—) i en la persecució d'un projecte de justícia social (*supra* § 23.20 i 24.3). Quan aquestes activitats incideixen en l'economia, els seus contorns coincideixen amb la **noció econòmica de "regulació"**, que —a diferència del significat jurídic que tradicionalment ha tingut aquest terme entre nosaltres— no designa només la producció de normes jurídiques que disciplinen una matèria, sinó que es refereix a un conjunt variat d'actuacions dels poders públics sobre els subjectes que operen en la vida econòmica i que es vincula a uns fins i valors molt concrets. En aquest sentit, quan es parla de "dret regulador" no es comet una redundància, sinó que es pretén designar un sector concret de l'ordenament jurídic administratiu.

2. Aquesta accepció del terme "regulació" s'ha obert pas del braç d'un fenomen polític i econòmic que ha marcat profundament la configuració del dret administratiu econòmic des de l'últim quart del segle XX: la **liberalització de l'economia**. Aquest fenomen ha incidit particularment, com s'ha vist, en la configuració actual de l'activitat d'ordenació i control (*supra* § 22.7-11), en les activitats prestacionals que tradicionalment han constituït el nucli de l'activitat administrativa de servei públic (*supra* § 23.27-30), però també en la configuració de l'activitat promocional i de foment (*supra* § 24.10-13).

3. El terme "regulació", entès com qualsevol activitat que persegueix condicionar conductes o comportaments per acomplir certs fins, té una **aplicació molt àmplia**. Per aquest motiu, pot ser objecte d'estudi de disciplines tan diverses com la psicologia, la sociologia, la ciència política, l'economia i, per descomptat, el dret. La noció de "regulació" que es fa servir aquí és un concepte politicoeconòmic associat a una determinada forma d'organització de la vida econòmica: **el sistema o l'economia de mercat**.

2. ELS ORÍGENS DE LA NOCIÓ DE REGULACIÓ I LA SEVA DIFUSIÓ GLOBAL

2.1. El *regulatory law* o dret regulador anglosaxó

4. En el **món anglosaxó**, on té l'**origen** la idea de regulació econòmica, el mercat ha estat la institució sobre la qual ha descansat l'ordenació de la vida econòmica. Això equival a afirmar que correspon essencialment als subjectes privats, a través de contractes concertats en exercici de l'autonomia de la voluntat, decidir

què i com es produeix, com es distribueix i a quin preu s'adquireixen els béns i serveis en virtut del joc de l'oferta i la demanda. D'acord amb aquesta visió, els poders públics tenen una funció secundària, limitada a oferir un marc jurídic que asseguri el compliment dels contractes i la resolució pacífica de controvèrsies. Això no obstant, de la constatació que el mercat abandonat a si mateix pot tenir un comportament ineficient que el privi de la utilitat que té com a mecanisme d'organització de la vida econòmica o pot conduir a resultats poc equitatius, en neix la necessitat de **regulació**, entesa com una activitat d'**intervenció pública en la vida econòmica** el principal objecte de la qual és preservar les condicions de lliure concurrència (que són pressupòsit del bon funcionament del mercat com a mecanisme d'assignació de recursos), així com, si escau, garantir uns nivells mínims d'equitat en l'accés a béns i serveis bàsics. Aquesta idea de "regulació econòmica" difereix parcialment del concepte tradicional d'"intervenció administrativa en l'economia", propi del dret administratiu del continent europeu.

5. Mentre que en la cultura juridicopública de l'Europa continental, amb una tradició política autoritària, la idea de la **intervenció dels poders públics** i, particularment, de l'Administració en la vida econòmica es veu amb naturalitat, en el món anglosaxó s'ha obert pas tardanament i amb notables resistències. El dret públic complia històricament una funció marginal en l'ordenació de la vida econòmica als països del *Common Law*, limitada en essència a la repressió dels delictes. Per aquest motiu, l'aparició del *regulatory law* o dret de la regulació anglosaxó s'ha pogut considerar un transsumpte del dret públic econòmic que feia dècades que operava en països amb règims de dret administratiu. Ara bé, és important subratllar que el nostre dret administratiu econòmic clàssic i el *regulatory law* parteixen de premisses i operen amb caràcters molt diferenciats.

6. El *regulatory law* sorgeix als Estats Units per mitjà d'un tipus especial d'organitzacions administratives, les **agències**, a les quals, mitjançant un encàrrec del legislador, se'ls atribueixen poders normatius i de decisió per disciplinar un sector concret. Amb les agències neix el denominat *administrative state*, que va adquirir carta de naturalesa amb les polítiques del New Deal en resposta a la crisi econòmica del 1929. Hi ha, per tant, una certa equació entre *regulatory law* i dret de les agències reguladores en el món anglosaxó, sense que en el dret administratiu econòmic clàssic de tall continental europeu operi aquesta associació. El model anglosaxó i el continental europeu clàssic també es diferencien per l'atenció que s'hi presta a la garantia de la **lliure competència,** que, històricament, no ha estat entre les prioritats del dret administratiu econòmic. Més aviat al contrari: la lliure competència ha estat la principal sacrificada en l'altar dels interessos públics. El servei públic, com a institució paradigmàtica del dret administratiu econòmic, en sostreure a la iniciativa privada rellevants activitats econòmiques, impossibilita la competència. Igualment, en nom del manteniment de l'ordre públic econòmic, en el passat s'ha pogut considerar legítim limitar el nombre d'operadors econòmics autoritzats en un sector o en un territori, sense que aquesta restricció fos exigida per característiques intrínseques de l'activitat o del mercat en què es desenvolupava.

7. En tot cas, davant el risc de caure en plantejaments excessivament simplificadors, quan es comparen el *regulatory law* i el dret administratiu econòmic clàssic, cal assenyalar que el primer no sempre ha estat orientat a regular la competència, com acredita el règim inicial de les ***public utilities*** **als Estats Units**, d'acord amb el qual en sectors de l'economia especialment rellevants per als interessos

generals (ferrocarril, energia elèctrica, telèfon) eren operades monopolísticament per empreses privades sotmeses a la intervenció d'una agència reguladora que fixava les tarifes i garantia la percepció d'un benefici mínim. És la crítica acadèmica a aquest model de regulació que protagonitzen els economistes de l'Escola de Chicago, unida al canvi de paradigma en política econòmica amb el trànsit del keynesianisme al neoliberalisme a la fi de la dècada dels setanta del segle passat, el que desencadenarà una profunda revisió del model de regulació de les *public utilities* per obrir-se a la competència.

8. El *regulatory law* anglosaxó té una notabilíssima **amplitud**, que transcendeix els límits disciplinaris del nostre dret administratiu econòmic. En la mesura en què per "regulació" s'entén qualsevol intervenció que condiciona la llibertat d'actuació dels operadors econòmics, el *regulatory law* pot comprendre des del dret ambiental fins als règims de protecció social.

9. Així, per al *regulatory law* el **principi juridicoambiental "el qui contamina paga"** no seria més que l'expressió d'una solució jurídica a un error de mercat: el fet que les activitats de producció de certs béns o serveis generen externalitats negatives, és a dir, que els preus de mercat no reflecteixen la totalitat dels costos socials que generen. D'altra banda, un sistema de **subsidis socials** seria regulació econòmica en la mesura en què condiciona el comportament econòmic tant dels qui resulten obligats a finançar-lo com dels beneficiaris de les ajudes.

10. Aquesta amplitud en origen del *regulatory law* ha generat intensos debats arran de la seva importació a Europa. Es discuteix l'extensió que s'ha de donar entre nosaltres a la noció de "regulació econòmica", i no es pot dir que hi ha un consens sobre aquest tema.

11. En un altre ordre de consideracions, és necessari assenyalar que s'ha produït una ingent literatura acadèmica sobre **teories de la regulació**, amb aportacions de múltiples disciplines (dret, economia, sociologia o ciència política, entre les més destacades), que analitza les raons que expliquen o justifiquen la regulació, qui en són els protagonistes, i com actuen o s'interrelacionen. Depenent de l'enfocament disciplinari, hi ha teories que distingeixen clarament entre actors públics (reguladors) i privats (subjectes regulats), i d'altres en què aquesta frontera resulta molt més difusa.

12. Entre les diferents escoles de pensament, les **teories de l'interès públic** són les que connecten millor amb les assumpcions tradicionals del dret administratiu econòmic de tall continental europeu. D'acord amb aquestes teories, la regulació persegueix finalitats que beneficien la col·lectivitat en conjunt (p. ex. l'eficiència mitjançant la correcció d'errors del mercat, en les formulacions econòmiques d'aquestes teories; objectius ètics, redistributius, o la gestió de riscos, en les formulacions polítiques o no econòmiques d'aquestes teories). En tot cas, reconeixen a legisladors i administracions la capacitat de definir els interessos públics, i les autoritats es presumeixen sempre alineades amb aquests interessos en la seva actuació.

13. Enfront d'aquesta visió idealista, les **teories de l'interès privat** adopten una postura escèptica i posen l'accent en la capacitat dels col·lectius (empresaris, polítics, empleats públics, consumidors) per orientar la regulació cap a la satisfacció dels seus interessos particulars, de tal manera que la realització de l'interès públic seria una quimera. Aquest grup de teories posseeixen un caràcter més aviat descriptiu (quins factors expliquen l'aparició de la regulació), abans que prescriptiu (quines finalitats ha de perseguir la regulació), malgrat que, en última instància, poden inspirar reformes per posar fi a problemes detectats.

14. Així, es deu a les teories de l'interès privat la descripció del fenomen de la "**captura del regulador**", pel qual les decisions de les autoritats s'adopten fent atenció als interessos dels grups de pressió més ben organitzats i que posseeixen més capacitat d'influència, un fenomen el reconeixement del qual ha impulsat significatives reformes en l'àmbit institucional i procedimental. Entre les teories de

l'interès privat, destaca la **teoria de l'elecció pública (*public choice*)**, que es caracteritza per analitzar la presa de decisions reguladores com si es tractés de decisions d'un operador en el mercat. Així, en el "mercat polític" l'oferta de regulació vindria marcada pels interessos de reelecció dels polítics, per exemple, i la demanda de regulació pels interessos econòmics dels regulats. En vista de les ineficiències del "mercat polític", des de la teoria de l'elecció pública se sosté la superioritat del mercat per autoregular-se i es proposa la supressió de la intervenció estatal (**desregulació**) (*supra* § 2.12).

15. Finalment, cal esmentar les aportacions de la sociologia a les teories de la regulació, entre les quals sobresurt la **teoria dels sistemes autoreferencials**. D'acord amb aquesta teoria, el dret i l'economia constituirien dos subsistemes socials funcionalment autònoms, amb organitzacions i llenguatges propis, d'on es deriva la limitada capacitat del dret per condicionar eficaçment la vida econòmica des dels seus instruments i enfocaments tradicionals. Per superar aquesta deficiència, es proposen formes indirectes de regulació, com l'**autoregulació regulada,** en les quals el dret es limitaria a fixar els fins i les coordenades organitzatives i procedimentals de l'autoregulació social (en aquest cas, l'autoregulació de l'economia). D'aquesta manera, l'Estat pot assolir els seus fins sense privar el sistema econòmic de la seva pròpia funcionalitat i eficàcia. Des d'aquest enfocament, la frontera entre reguladors i regulats no ve marcada per la naturalesa pública o privada del subjecte, ja que es poden intercanviar els rols (*supra* § 22.22-25).

16. Aquestes aportacions teòriques no es queden en mera especulació, sinó que, com es pot intuir, han tingut un notable impacte i han nodrit la discussió política i inspirat multitud de reformes. El pes dels diferents enfocaments es deixa sentir en qüestions tan transcendents com, per exemple, determinar quins són els **fins de la regulació** (només l'eficiència econòmica o també la garantia de valors no econòmics?); l'**oportunitat de la regulació,** entesa com a intervenció estatal (és millor regular o no regular?), sobre les **estratègies de regulació** (és millor acudir a instruments imperatius tradicionals, emprar incentius econòmics per estimular certs comportaments o dissuadir-ne sense "obligar" ni "prohibir" o bé connectar la regulació estatal amb experiències reeixides d'autoregulació privada?; és millor combinar diferents estratègies?), o **les característiques de les institucions que regulen i/o apliquen el que s'ha regulat** (quin grau d'autonomia és convenient que tinguin respecte de la política i, si escau, com han de rendir comptes davant les institucions democràtiques i la societat?, com s'han de relacionar amb els diferents grups d'interès afectats d'una manera o altra per la seva activitat?). Els principis de *better regulation* o bona regulació incorporats en l'art.129 LPAC (*supra* § 16.50-52) són un reflex clar de l'impacte de les teories exposades.

2.2. La globalització com a motor de l'expansió dels plantejaments de la regulació econòmica

17. L'**exportació a gran escala** dels plantejaments de la regulació econòmica ha tingut lloc de bracet dels processos d'**integració econòmica** que comporta la **globalització**. El terme "globalització" s'ha emprat per designar un fenomen molt més complex que la mera "internacionalització", i que es caracteritza per la profunda interconnexió i interdependència del món contemporani en múltiples aspectes de la vida (econòmics, polítics, culturals, socials, tecnològics, ambientals, etc.).

18. Des del punt de vista econòmic, la **globalització** és, en part, **resultat de certs postulats reguladors** (p. ex. la supressió de traves al comerç de béns i serveis

i a la circulació de capitals) i, alhora, **promotora de la regulació econòmica** més enllà dels entorns culturals en què s'ha originat. Els problemes associats a la globalització escapen a les possibilitats d'ordenació dels estats, tant per les dimensions territorials com per la inadequació tècnica de les eines jurídiques tradicionals. Per aquest motiu, han cobrat protagonisme una sèrie d'**actors globals** de molt diversa naturalesa i àmbits d'actuació que, de manera espontània o per delegació dels estats, **han assumit funcions de regulació econòmica** i, en fer-ho, han contribuït decididament a difondre'n els postulats.

19. Entre els promotors en el pla global de la regulació econòmica trobem tant **organitzacions internacionals** com una altra mena de subjectes que escapen a les categories tradicionals de subjectes del dret internacional. Entre les primeres destaca el paper que han representat el **Fons Monetari Internacional** i el **Banc Mundial**. Totes dues organitzacions, amb seu a Washington, en línia amb la seva funció d'assistència financera als estats, han contribuït a difondre plantejaments reguladors concrets i han condicionat la percepció de les ajudes a la implementació de programes de reforma politicoeconòmica. No debades es va encunyar l'expressió "**consens de Washington**" per designar un conjunt de línies de política econòmica afavorides des d'aquestes institucions, entre les quals hi havia la privatització d'empreses públiques i la desregulació (WILLIAMSON, 1990), que van tenir a Iberoamèrica i, després de la caiguda del mur de Berlín, a l'est d'Europa, un camp d'experimentació privilegiat. També és destacable la iniciativa *Doing Business*, del Banc Mundial, un informe publicat entre el 2004 i el 2021 que establia un rànquing d'estats en atenció a la major o menor facilitat per posar-hi en marxa una activitat empresarial, i les conclusions del qual han inspirat programes de simplificació i millora de la legislació administrativa (p. ex. Llei 9/2021, de 25 de febrer, de simplificació administrativa i de suport a la reactivació econòmica de Galícia). Una altra organització internacional amb un paper destacat en la difusió de la regulació econòmica és l'**OCDE**, en particular com a impulsora d'una revisió de les tècniques tradicionals d'intervenció administrativa, sota el lema de la denominada *better regulation* per, entre altres objectius, millorar la competitivitat de les economies nacionals. D'altra banda, l'**Organització Mundial del Comerç** promou, en el seu àmbit d'actuació, substituir normes juridicopúbliques tendents a garantir la seguretat dels productes industrials i alimentaris —que considera mesures d'efecte equivalent als aranzels— per normes tècniques internacionals —com les que elaboren l'ISO o la Comissió del Codex Alimentarius.

20. Finalment, s'ha d'esmentar el paper de les **xarxes transnacionals de supervisors**, organitzacions escassament formalitzades integrades per representants d'agències nacionals amb funcions de regulació i de supervisió en els estats respectius. Destaquen les xarxes operatives en els sectors de la supervisió financera (banca, mercats de valors, assegurances), que, a través de la producció d'**estàndards internacionals,** han promogut, per exemple, el caràcter tècnic de les agències nacionals de supervisió i la seva autonomia respecte dels governs, o la utilització de tècniques de regulació fundades en el funcionament del mercat.

3. LA RECEPCIÓ DE LA REGULACIÓ ECONÒMICA A EUROPA

21. A Europa, la importació dels plantejaments i tècniques propis de la regulació econòmica es vincula a la **voluntat de fer efectiu el mercat interior**, un objectiu la consecució del qual es reforça políticament amb l'adopció de l'Acta única europea el 1986.

22. Encara que la creació d'un mercat únic es troba a l'origen de les comunitats europees, com testifiquen les llibertats de circulació i les regles de competència consagrades des dels tractats fundacionals, els primers compassos de la integració europea es van orientar a suprimir les barreres internes en els intercanvis comercials i a crear un marc duaner comú, sense que es qüestionessin els models nacio-

nals d'intervenció dels estats en l'economia. La neutralitat respecte del règim de la propietat en els estats membres, establerta originàriament en l'article 222 del Tractat constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea, TCEE (l'actual art. 345 del Tractat de funcionament de la Unió Europea, TFUE), es va traduir durant les tres primeres dècades de vida de les comunitats europees en una deferència extraordinària respecte de polítiques nacionals difícilment conciliables amb la lletra dels tractats, especialment els preceptes referits a la participació de les empreses públiques en el mercat o a la subjecció, com a regla general, de les empreses encarregades de prestar serveis d'interès econòmic general a les regles de la competència. En paral·lel a la progressiva pèrdua de popularitat del keynesianisme, que havia dominat la política econòmica a Europa durant gran part del segle XX, a partir dels anys vuitanta del segle passat es produeix un canvi en l'orientació de la jurisprudència del Tribunal de Justícia, molt més sensible a les reivindicacions dels operadors econòmics. El canvi jurisprudencial es plasma en una **exigència de més rigor** als estats en la **motivació** adduïda **per derogar les regles de competència** per raó del compliment de missions de **servei públic** (antic art. 90.2 TCEE, l'actual art. 106.2 TFUE). Es multipliquen, així, els pronunciaments que declaren incompatible amb els tractats la reserva d'activitats econòmiques sota la justificació que comporten serveis econòmics d'interès general (*supra* § 23.31-36).

23. La denominada **integració negativa** —és a dir, la supressió d'obstacles al funcionament del mercat interior mitjançant la interpretació rigorosa pel Tribunal de Justícia de prohibicions establertes en els tractats— constitueix l'antecedent necessari a la recepció dels plantejaments de la regulació econòmica. Aquesta té lloc pròpiament a través de la **integració positiva**, és a dir, mitjançant l'adopció de legislació específica per les institucions europees amb la finalitat d'impulsar i orientar la liberalització de sectors econòmics estratègics, que s'inspira en les experiències desenvolupades prèviament als Estats Units i, dins del territori de la CEE, al Regne Unit.

24. La importació dels plantejaments de la regulació econòmica es produeix, fonamentalment, en el context de la introducció de la competència en la prestació de **serveis econòmics d'interès general**, instada per la necessitat de conciliar la **liberalització** amb la preservació de valors tradicionals del **servei públic.** En aquest sentit, l'expressió **"sectors regulats"**, amb la qual usualment es designa una àrea d'especialització en la pràctica de l'advocacia, s'empra convencionalment per referir-se al règim dels diferents serveis econòmics d'interès general.

25. La regulació econòmica aplicada a la prestació de serveis econòmics d'interès general ha suposat un gir de cent vuitanta graus en l'abordatge tradicional de la provisió d'activitats prestacionals essencials. Si en la tradició del **servei públic** d'inspiració francesa s'entenia que assegurar-ne la prestació regular, assequible, accessible universalment i amb uns mínims de qualitat requeria assumir la titularitat pública de l'activitat prestacional com a títol d'intervenció, en l'esquema de la regulació econòmica s'inverteixen els termes: la provisió de serveis correspon, en principi, als operadors econòmics en règim de competència, mentre que a l'Administració li competeix la tasca de garantir-ne la prestació mitjançant l'ús de tècniques de regulació que —només quan sigui estrictament indispensable per preservar la missió d'interès general associada a un determinat servei— poden modular i, en última instància, excloure les regles de competència. La transició d'una **administració materialment prestadora** a una **administració substancialment reguladora** suposa, en suma, una devolució a la iniciativa privada d'activitats econòmiques, una

evolució que ha estat descrita —amb una expressió que ha fet fortuna— com una **reconfiguració de les relacions entre Estat i societat** (ESTEVE, 2013). Sobre aquest tema, la doctrina alemanya ha encunyat el concepte d'"**estat garant"** (*Gewährleistungsstaat*) que, simplificadament, fa referència al canvi de rol dels poders públics en relació amb els serveis —de la prestació material a la garantia mitjançant la regulació— i que constituiria una superació jurídica i material dels plantejaments clàssics de l'Estat social (FRANZIUS, 2003) (*supra* § 23.6-7).

26. Un altre àmbit rellevant d'importació de plantejaments propis de la regulació econòmica a Europa es produeix en relació amb la **revisió dels instruments clàssics d'intervenció** dels poders públics en les activitats econòmiques dels particulars, en col·laboració amb les iniciatives de l'OCDE per millorar la qualitat de la regulació. En aquest cas, a diferència de la revisió del servei públic clàssic, no es tracta de retornar a la societat un àmbit d'actuació que se li hagi sostret, sinó de repensar les tècniques tradicionals o, si n'és el cas, substituir-les per altres de noves que permetin, sense minva dels interessos generals que justifiquen la intervenció pública, millorar la competitivitat de l'economia europea. Es tracta, en suma, d'optimitzar el funcionament de les llibertats econòmiques que hi ha a la base del mercat comú, reconfigurant, substituint o suprimint controls que no es justifiquin des del punt de vista de la finalitat o de l'eficàcia. Aquest plantejament impacta, com s'ha vist, en l'activitat d'intervenció i control de l'Administració (*supra* § 22.7) i en la producció de normes, mitjançant l'elaboració de reglaments i altres disposicions administratives de caràcter general (*supra* § 16.50).

4. EL CONCEPTE DE REGULACIÓ ADMINISTRATIVA

27. El terme "**regulació administrativa**" remet a un objecte d'estudi més delimitat que el de regulació o regulació econòmica, perquè es refereix, específicament, a una **activitat que desplega l'Administració**. Aquesta acotació no impedeix reconèixer la transcendència que té la funció reguladora del legislador, la intervenció del qual pot venir exigida en àmbits subjectes a reserva de llei. De la mateixa manera, el control que exerceixen els jutges sobre l'activitat administrativa de regulació té, igualment, un abast regulador.

28. Feta aquesta primera delimitació, **no hi ha consens** respecte de què és la regulació administrativa. S'admet, amb caràcter general, l'existència d'un **concepte ampli** i d'un **concepte estricte** de regulació administrativa, però sense que hi hagi acord sobre què s'entén que està inclòs en l'un i en l'altre. Aquesta indefinició s'explica per la mateixa amplitud de la idea de regulació en la cultura jurídica anglosaxona, on es va originar, i la novetat de la seva recepció entre nosaltres. La discussió sobre els fins als quals serveix la regulació condiciona, igualment, el concepte de regulació administrativa defensat. Així, Ariño Ortiz associa la regulació administrativa exclusivament a la **liberalització dels serveis** públics econòmics, de tal manera que el que la defineix és un fi: l'orientació a la competència. En aquest context, la regulació administrativa és una intervenció justificada per remeiar els errors del mercat i, si escau, per repartir equitativament la càrrega que representen objectius públics irrenunciables (p. ex. el servei universal). Qualsevol intervenció administrativa que persegueixi un altre fi, encara que pugui incidir en el comportament dels operadors econòmics, quedaria al marge de la noció de regulació administrativa, perquè no participa en l'enfocament econòmic que la impregna (ARIÑO,

2006: 24-26). En canvi, Esteve Pardo sosté que la regulació és un tipus d'activitat administrativa que es qualifica per l'especificitat de l'objecte, que és doble: **la gestió de riscos**, d'una part, i l'**economia i els serveis d'interès general**, d'una altra. Dins d'aquesta, distingeix una regulació general i una regulació més intensa de certs mercats (els denominats "mercats regulats") caracteritzats perquè hi ha limitacions congènites en el seu funcionament, pel caràcter estratègic de certs recursos escassos, o perquè requereixen una protecció especial (ESTEVE, 2009: 392-393). D'altra banda, Montero Pascual advoca per un ús tecnicojurídic restringit del concepte de regulació administrativa, entorn de l'únic àmbit en què, a parer seu, cal apreciar un règim jurídic amb trets propis i dotat d'una certa coherència: la intervenció administrativa en els **mercats regulats**, és a dir, els dels **sectors estructurats en xarxa** (telecomunicacions, energètics, transport ferroviari, serveis postals o gestió aeroportuària) i els **mercats financers**. En aquest context, la regulació administrativa es definiria com "l'activitat de l'Administració consistent en el control continu d'un mercat mitjançant la imposició als seus operadors d'obligacions jurídiques proporcionades a missions d'interès general objectivament determinades, segons la valoració que en un àmbit d'extraordinària discrecionalitat fa l'Administració" (MONTERO, 2023: 48-50; traducció pròpia).

29. Convencionalment, i amb fins estrictament expositius, tenint presents les particularitats del nostre marc constitucional —molt diferent del nord-americà—, podem definir l'activitat de **regulació administrativa** com l'**activitat d'intervenció** desplegada per l'Administració que té per objecte conciliar el lliure exercici d'activitats econòmiques amb la **tutela de béns constitucionalment rellevants** en el marc d'una economia social de mercat**.** Enfront del significat elemental del terme *regulació* en català (*regulación*, en castellà), referit a l'aprovació de normes per a l'ordenació jurídica d'una activitat o conducta, la "regulació" administrativa és, per influència de la *regulation* anglosaxona, un concepte més ampli: inclou no tan sols l'aprovació de normes, sinó altres formes d'actuació —coactives o no— de l'Administració en el mercat.

30. Es tracta d'un concepte deliberadament ampli que permet adscriure-hi fenòmens de regulació administrativa de **diversa intensitat**. El punt de partida, en tot cas, és el reconeixement del mercat com a institució social bàsica per a l'ordenació de la vida econòmica que, en condicions òptimes de competència, constituiria el mitjà més eficient per a la provisió de béns i serveis i l'assignació de recursos. En els casos en què espontàniament les condicions de competència resultin idònies, la regulació administrativa s'orienta a mantenir aquestes condicions i a garantir que el comportament dels operadors econòmics no posa en risc la **satisfacció de béns de naturalesa no econòmica** la tutela dels quals és responsabilitat pública, sense que, amb això, es comprometi l'eficiència del mercat. En els casos en què la competència troba més dificultats, la regulació administrativa té més intensitat i es dirigeix, en primer terme, a **generar les condicions que permetin el funcionament del mercat** (re–crear el mercat). Si, fins i tot promoguda la competència, el mercat no assegura la provisió de **béns i serveis bàsics** en condicions d'accessibilitat universal, regularitat i assequibilitat, la regulació administrativa s'orienta a **garantir que ciutadania hi tingui accés** mitjançant la modulació de les regles de competència i la imposició d'obligacions jurídiques als operadors econòmics que resultin proporcionades als fins d'interès general presents en l'activitat econòmica que duen a terme.

31. En síntesi, la regulació administrativa no és pròpiament un nou tipus d'activitat administrativa, sinó que és el resultat de projectar un determinat enfocament, el que representa el **model de regulació econòmica** propi de la cultura jurídica anglosaxona sobre els tipus clàssics d'activitat administrativa de tall continental europeu, les tècniques característiques del qual resulten modulades en el seu disseny o desplaçades per d'altres de noves. Aquesta projecció adquireix dimensions diverses en funció de les característiques del mercat.

4.1. La projecció de la regulació en l'activitat d'ordenació i control

32. En mercats en els quals no hi ha limitacions intrínseques a la competència, l'enfocament propi de la regulació administrativa es manifesta en una **revisió crítica de les tècniques tradicionals de policia administrativa** (és a dir, d'ordenació i control) amb la finalitat d'optimitzar l'exercici de les llibertats econòmiques, fonament del mercat, en harmonia amb altres béns jurídics. Aquesta revisió es manifesta no tan sols a substituir les autoritzacions tradicionals i altres controls administratius *ex ante* per controls *ex post* mentre siguin igualment idonis i eficaços per a la tutela dels interessos generals (*supra* § 22.11), sinó eventualment a superar una idea d'intervenció administrativa que descansi exclusivament sobre la imperativitat i la coacció administrativa (enfocament tradicional de la policia administrativa) i recorri també a instruments de caràcter no coactiu (com la informació al públic i les recomanacions als operadors econòmics) que, en el context d'una economia de mercat, es demostrin igualment eficaços per alinear el comportament dels operadors econòmics amb finalitats públiques (*supra* § 22.22).

33. La integració europea ens proporciona dos bons exemples d'aquesta dimensió de la regulació administrativa, entesa en el sentit ampli que s'adopta en aquesta lliçó. En primer lloc, per superar les barreres tècniques a la lliure circulació de mercaderies que derivaven de les diferents normatives nacionals dictades per a la tutela de diferents interessos públics (p. ex. protecció de la salut i de la vida), la CEE va emprendre a partir del 1985 una política per a l'harmonització i la **normalització tècnica** dels productes, denominada "Nou enfocament". Conforme a aquest plantejament, les normes europees es limiten a fixar imperativament les exigències essencials de seguretat, mentre que renuncien a reglamentar els requisits o característiques tècniques concrets que han de complir els productes. L'especificació d'aquests requisits i característiques es deixa en mans d'organismes tècnics competents en matèria de normalització industrial; organitzacions de base privada de caràcter professional que, en exercici de funcions d'autoregulació, aproven les denominades "normes tècniques". Aquestes normes no són jurídicament vinculants, però els productes dels qui s'adhereixin voluntàriament a complir aquestes normes —la verificació de les quals queda, igualment, en mans de subjectes privats— gaudeixen d'una presumpció de conformitat amb les exigències essencials de seguretat que estableix la legislació europea. La confiança en l'autoregulació dels operadors econòmics dins del marc establert pel legislador europeu es demostraria eficaç per tutelar béns jurídics no econòmics, al mateix temps que se suprimeixen barreres no justificades a la lliure circulació de mercaderies.

34. Un segon exemple de modulació, per a finalitats reguladores, dels instruments tradicionals d'ordenació i control, el proporciona la Directiva 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior. Té l'objectiu de suprimir obstacles a la **llibertat d'establiment i a la lliure prestació de serveis en el mercat interior,** al mateix temps que es garanteix una alta qualitat dels serveis prestats, amb la finalitat última de millorar la competitivitat de l'economia europea. A aquest efecte, estableix que l'accés a una activitat de serveis només pot

quedar subjecte a una autorització prèvia quan compleix els requisits de no-discriminació, necessitat justificada en una raó imperiosa d'interès general i proporcionalitat. En cas contrari, l'activitat només pot quedar subjecta a un control administratiu *a posteriori*. D'altra banda, es preveu la intervenció de les autoritats per incrementar la informació subministrada pels prestadors als usuaris actuals o potencials dels serveis. Aquesta major informació al mercat actua, per si mateixa, com un mecanisme regulador en garantia de la qualitat dels serveis, perquè permet una elecció més informada per part del consumidor. Es tracta, per tant, de disposicions que s'orienten clarament a enfortir la competència en la prestació de serveis dins del mercat interior, sense perjudici de la garantia de béns jurídics no econòmics (*supra* § 22.8-10).

4.2. La projecció de la regulació en el servei públic

35. La regulació o intervenció administrativa, en el sentit ampli que se segueix en aquesta lliçó, es projecta amb més intensitat si és possible en **mercats amb limitacions intrínseques a la competència**. Això succeeix on hi ha un **monopoli natural**, un concepte econòmic que descriu la situació en què resulta menys costós que la producció de béns i serveis recaigui en un únic operador, en comptes que en diversos o molts. Es dona, per exemple, en les activitats que requereixen una altíssima inversió per ser posades en funcionament o que tenen costos fixos molt elevats: una vegada un operador efectua la inversió, pot incrementar la producció indefinidament sense que augmentin els costos marginals, de tal manera que es dificulta extraordinàriament o, fins i tot, s'impedeix l'accés al mercat de nous operadors que hi puguin competir efectivament. Això és el que succeeix en els **serveis la prestació dels quals depèn d'una infraestructura en xarxa** (telecomunicacions, energia, transport ferroviari).

36. Enfront de la solució adoptada en el passat consistent a **reservar l'activitat** a un únic operador (un subjecte privat que està subjecte a una intensa regulació, en el cas nord-americà; l'Administració, perquè la gestioni directament o indirecta a través d'un concessionari, en el model de servei públic "a la francesa": *supra* § 22.17), en l'actualitat es proposa la **prestació en competència** també respecte d'aquests serveis, perquè s'estima que és la manera més eficaç de proveir-ne la prestació en condicions de qualitat, regularitat, accessibilitat i assequibilitat (*supra* § 22.34). La regulació administrativa s'orienta a introduir la competència en els sectors mitjançant la **garantia de l'accés a la infraestructura essencial** de tots els operadors econòmics interessats. Amb tot, l'obertura a la competència d'un mercat intrínsecament limitat no sempre garanteix la provisió de serveis bàsics o essencials o que siguin prestats conformement a uns determinats nivells de qualitat, regularitat i preu. Per això, l'Administració hi pot intervenir **imposant obligacions a un o diversos operadors** (servei universal, obligacions de servei públic) i, en última instància, **restringint la prestació a un únic operador**. Trobem aquesta manifestació de la regulació administrativa en els processos de liberalització a Europa dels serveis econòmics d'interès general (energia, telecomunicacions, serveis postals, transports) per fer efectiu l'article 106.2 TFUE.

37. L'activitat administrativa de regulació o intervenció en el mercat presenta una dimensió singular en el sector dels **mercats financers** (valors, banca, assegurances). En aquest cas, es tracta de mer-

cats que no estan afectats per limitacions intrínseques a la competència, però que, no obstant això, se subjecten a una regulació administrativa d'alta intensitat pel **caràcter essencial de l'activitat** que duen a terme en una economia de mercat (l'assignació de recursos que financen l'economia real), que, al mateix temps, **genera enormes riscos** que, en cas de verificar-se, amenaçarien l'estabilitat del conjunt del sistema econòmic. La intensitat que aconsegueix la regulació dels mercats financers determina que, al costat dels mercats amb restriccions intrínseques a la competència, se'ls inclogui en la relació de "mercats regulats", és a dir, intensament controlats o intervinguts per l'Administració.

4.3. Notes distintives de la regulació administrativa com a activitat d'intervenció de l'Administració

38. Del que s'ha exposat, se'n dedueix que la regulació administrativa presenta uns **trets específics** respecte de la manera com tradicionalment s'entén l'activitat d'ordenació i intervenció administrativa canalitzada a través de les tècniques clàssiques de policia i del servei públic (reglaments, autoritzacions, ordres i prohibicions, concessions). Les notes característiques de la regulació administrativa serien les següents.

39. Complementarietat del mercat. El punt de partida de la regulació administrativa és que el mercat constitueix el mecanisme ordenador essencial de la vida econòmica. La regulació o intervenció administrativa compleix, per tant, una funció complementària o subsidiària del funcionament del mercat. La primera conseqüència que en deriva és la necessitat d'un estudi molt precís dels trets de cada mercat i dels problemes específics que presenta amb vista a ajustar l'estratègia reguladora a les necessitats concretes. D'aquesta nota bàsica, se'n deriven la resta de les notes que defineixen la regulació administrativa.

40. Continuïtat i dinamisme. En vista del comportament tan variable del mercat, condicionat per multitud de factors externs (p. ex. crisis generades per successos d'ordre no econòmic, com ara un desastre natural, una epidèmia un conflicte bèl·lic; l'aparició d'innovacions tecnològiques que solucionen problemes que abans exigien una mesura imperativa del regulador, com, p. ex., la no necessitat d'imposar el manteniment d'una xarxa de cabines telefòniques per desenvolupar la telefonia mòbil i la seva accessibilitat general) i de factors interns (p. ex. fusions o absorcions d'operadors econòmics que determinen l'aparició d'un operador dominant que distorsioni el comportament del mercat, errors amb efecte sistèmic), la regulació administrativa no pot quedar limitada a la simple intervenció de control a l'inici de l'activitat econòmica (mitjançant una autorització operativa o de funcionament) o a controls puntuals *ex post*, sinó que l'acompanya al llarg del temps. Vinculada a les transformacions del mercat, la regulació administrativa té, per tant, caràcter dinàmic. En aquest sentit, l'exigència d'avaluació del marc regulador o el caràcter deliberadament temporal o experimental amb el qual s'adopten sovint disposicions són reveladors del dinamisme de la regulació administrativa.

41. Forta orientació a l'eficàcia i a l'eficiència. La regulació administrativa, encara que se serveixi d'instruments ordenats pel dret, presenta una dimensió eco-

nòmica òbvia, derivada de l'objecte sobre el qual es projecta, el mercat. D'aquesta manera, els principis d'eficàcia i eficiència, aplicables amb caràcter general a l'actuació administrativa en virtut de l'article 103.1 CE, tenen una consideració més acusada en l'àmbit de la regulació administrativa.

42. Des del punt de vista metodològic, aquesta orientació determina la necessitat d'integrar les aportacions de la ciència econòmica tant en el disseny de les estratègies reguladores com en la presa de decisions concretes per part dels reguladors. La denominada "**anàlisi econòmica del dret**" constitueix una eina habitual en l'avaluació de la regulació administrativa, en l'àmbit normatiu i aplicatiu. Més enllà de les aportacions de l'economia, l'especial orientació a l'eficàcia i a l'eficiència explica la importància especial que la regulació administrativa concedeix, en general, al **coneixement expert** enfront dels plantejaments de caràcter polític. Això es manifesta tant en el disseny institucional de les organitzacions administratives a les quals s'atribueixen funcions reguladores com, anant un pas més enllà, en la delegació o, si escau, la retirada de les institucions públiques perquè siguin les organitzacions privades de base tècnica o professional les que exerceixin les funcions reguladores.

43. Una atribució àmplia de discrecionalitat a l'Administració. La necessitat de respondre a les transformacions del mercat és incompatible amb una intensa predeterminació material pel legislador de la regulació administrativa. La llei compleix una **funció directiva,** en determinar els fins públics als quals ha de servir el regulador i, si escau, en establir l'ordre de prioritat entre diferents fins públics en conflicte. Correspon també al legislador, en atenció al principi de reserva de llei, habilitar la utilització de tècniques imperatives i coactives que comportin una reducció o un límit en l'exercici de llibertats. Correspon al regulador administratiu, en exercici d'una àmplia discrecionalitat, determinar els mitjans que emprarà per assolir els fins que ha establert el legislador**.**

44. Diversificació de les tècniques d'intervenció. En la nostra tradició jurídica la intervenció administrativa s'ha associat sempre a la imperativitat i a l'eventual recurs a la coerció administrativa (*command-and-control*, en la terminologia jurídica anglosaxona). Les aportacions de ciències auxiliars com l'economia o la psicologia revelen que hi ha **instruments alternatius** tan eficaços o més per condicionar la conducta dels regulats o influir-hi. La regulació administrativa, per tant, empra tècniques molt variades que es combinen en divers en grau per assolir els fins establerts pel legislador. Aquesta qüestió s'aborda amb més extensió en l'apartat següent.

5. INSTRUMENTS DE REGULACIÓ

45. L'activitat administrativa de regulació o intervenció en el mercat es caracteritza per l'ús combinat de tècniques associades tradicionalment a modalitats diferents de l'activitat administrativa, al mateix temps que introdueix mecanismes nous d'eficàcia comprovada per condicionar les conductes dels regulats. La regulació administrativa dona a llum, per tant, a estratègies reguladores de **caràcter híbrid**.

46. Alhora, l'anàlisi individualitzada dels diferents instruments i tècniques de regulació posa de manifest que no són "químicament purs", en el sentit que no descansen en un únic element que condiciona la conducta (la coerció, l'incentiu eco-

nòmic o la informació, entre d'altres), sinó que habitualment en combinen diversos. Un altre tret que convé destacar és que la regulació administrativa no descansa exclusivament sobre l'acció d'autoritats o organismes inserits en els poders de l'Estat, sinó que, de manera creixent, remet o, si escau, es retreu perquè siguin els mateixos membres del mercat els qui, a través de **mecanismes d'autoregulació social,** s'autodeterminen i s'autolimiten en les seves conductes.

47. Cap classificació dels instruments reguladors no aconsegueix reflectir la complexitat que presenten. No obstant això, a efectes merament expositius, s'ofereix una ordenació temptativa que pren com a referència dos **criteris**: a) el recurs major o menor a la imperativitat o coacció en el disseny de l'instrument, i b) l'orientació prevalent a la garantia de la competència o a la garantia de l'equitat.

5.1. Classificació d'instruments reguladors en atenció al seu caràcter coactiu

5.1.1. Tècniques reguladores de caràcter coactiu

48. Una primera decisió a la qual s'enfronten les autoritats reguladores és determinar si, per aconseguir un determinat objectiu, resulta **més eficaç** formular una regla imperativa (com la que consisteix a imposar un comportament degut o prohibir una determinada conducta), el compliment de la qual es pretén assegurar amb l'amenaça de la potestat sancionadora, o recórrer a instruments alternatius de regulació que no descansen prioritàriament sobre la coacció administrativa.

49. Aquesta elecció és condicionada per una **diversitat de factors**, com poden ser el cost eventual que comporta per al poder públic obtenir la informació precisa que permet formular una regla eficaç o sostenir una organització per inspeccionar i castigar efectivament els incompliments; la rigidesa que pot introduir una regla imperativa en el comportament dels subjectes regulats, que en pot llastrar la capacitat d'innovació; la conveniència, des del punt de vista de l'ètica pública, que certes conductes estiguin prohibides expressament com a manifestació d'un judici social desfavorable, etc.

50. En el cas que s'opti per emprar **mecanismes fundats en la coacció**, la regulació administrativa s'alinearia amb l'enteniment clàssic de l'activitat d'intervenció o limitació administrativa. No obstant això, l'enfocament de la regulació imposa una revisió dels requisits als quals es condiciona l'accés o l'exercici d'una activitat, per evitar càrregues innecessàries, així com dels mecanismes tradicionals de la policia administrativa, ja que la premissa de partida és preservar, tant com sigui possible, la capacitat del mercat per ordenar la vida econòmica. A la llum d'aquesta idea, que es fa operativa a través d'un judici de **proporcionalitat** sobre la necessitat i la intensitat del recurs a la coacció, s'explica l'aposta general per les tècniques de control *ex post* de les activitats dels particulars (comunicacions i declaracions responsables) i la posició marginal dels controls *ex ante* (autoritzacions, comunicacions prèvies amb potestat de veto) sobre activitats econòmiques, que es desprèn de normes com la Directiva de serveis o la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat (*supra* § 22.66).

51. Amb tot, si resulta necessari recórrer a controls *ex ante*, el disseny d'aquests controls ha de tenir molt present que no s'ha de distorsionar el funcionament del mercat. Així, la Directiva de serveis exigeix que les autoritzacions, amb caràcter general, tinguin una durada temporal il·limitada (art. 11). En els casos en què el nombre de les autoritzacions hagi de ser necessàriament limitat (p. ex. perquè recau sobre recursos escassos), l'atorgament requereix tramitar un procediment de concurrència competitiva i l'eficàcia temporal ha de ser limitada, per no afavorir els qui ja es troben fent aquesta activitat (operadors incumbents) enfront dels qui volen incorporar-se al mercat.

52. Malgrat que l'estratègia reguladora en un sector no descansi prioritàriament sobre instruments coactius, la coacció mai no està enterament absent de la regulació administrativa. També els **instruments no coactius** descansen en certa manera sobre aquesta, amb el matís que la imperativitat no es projecta directament sobre l'activitat econòmica del subjecte regulat, sinó sobre elements accessoris de la seva conducta que es posen a disposició del regulador per dissenyar l'estratègia reguladora.

53. Per exemple, el regulador pot optar per un mecanisme de regulació basat a difondre informació al mercat, però, per a això, cal imposar als subjectes regulats l'obligació de difondre la informació o de proporcionar determinades dades a l'autoritat reguladora, sota l'amenaça d'imposar sancions en cas d'incompliment.

5.1.2. Tècniques reguladores de caràcter no coactiu

54. L'aportació més gran de l'enfocament de la regulació a l'anàlisi de la intervenció administrativa rau en la **rellevància** que atorga als **mecanismes de base no coactiva**. Alguns tenen certa tradició entre nosaltres, com la subvenció i, en general, les mesures de foment (*supra* § 24). La clau que l'enfocament regulador aporta per entendre aquest instrument i d'altres és que l'elecció dels instruments està intervinguda, en essència, per consideracions d'eficàcia i eficiència en la consecució dels fins que s'hagin establert.

55. Entre els instruments de caràcter no coactiu, podem **distingir** els de caràcter econòmic o de mercat, els que descansen en el maneig de la informació i els que es recolzen sobre la psicologia conductual.

56. El disseny dels **instruments de caràcter econòmic** pren com a referència les característiques del comportament dels subjectes privats com a membres del **mercat** per condicionar-ne la conducta. Una primera categoria d'instruments, de disseny més senzill, opera **incentivant** comportaments socialment desitjables o **desincentivant** comportaments reprovables —encara que no prohibits, perquè, en cas contrari, es tractaria d'un instrument coactiu. Entre els primers es troben les **subvencions** o qualsevol tipus d'ajuda per estimular l'alineació voluntària amb fins que ha marcat el regulador. Entre els segons es troba la creació de **tributs o taxes**, ja en el terreny de la fiscalitat, el disseny dels quals no s'orienta tant a recollir recursos per a la hisenda pública sobre la base de la capacitat econòmica dels subjectes obligats al pagament com a gravar les conductes o els comportaments que es volen corregir. L'efectivitat d'aquests mecanismes requereix un estudi molt precís de les

externalitats, positives o negatives, que generen les conductes sobre les quals es vol influir per evitar distorsions en el funcionament del mercat (*supra* § 24.11).

57. La **protecció ambiental** proporciona exemples d'aquesta mena d'instruments econòmics. Imaginem que es vol suprimir la utilització d'una substància contaminant. Una estratègia reguladora basada en instruments coactius partiria de prohibir l'ús de la substància sota l'amenaça de sanció. Pot ocórrer que no es pugui fer de manera immediata, pels enormes costos econòmics que comporta per al sector prescindir completament de la utilització de la substància o que, eventualment, l'Administració no tingui els mitjans per controlar efectivament el compliment de la prohibició. En aquest cas, una estratègia més realista pot ser subvencionar noves tecnologies que no requereixin utilitzar la substància contaminant o, en sentit contrari, crear una taxa que en gravi l'ús, de manera que els operadors trobin un estímul en la introducció dels canvis tecnològics que permeten prescindir de la substància.

58. La **regulació bancària** que segueix els estàndards internacionals que contenen els acords de capitals del Comitè de Basilea de Supervisors Bancaris també empra aquest tipus d'instruments per condicionar les activitats de les entitats de crèdit. En comptes de prohibir directament certes conductes, la qual cosa podria inhibir la innovació financera, s'ha optat per exigir requisits de capital més elevats a les entitats que facin activitats de crèdit que comportin més risc. La valoració del risc recau, en el cas de les entitats de mida superior, en models interns d'avaluació subjectes a la supervisió del banc central o de l'agència nacional amb competències en matèria de supervisió bancària. Respecte de bancs de mida inferior, el risc en què incorre una entitat de crèdit l'avaluen agències de qualificació (agències de ràting), que també són supervisades pel regulador. En aquest cas, el caràcter econòmic de l'instrument (els majors o menors requisits de capital que s'exigeixen a una entitat depenent del risc contret) es combina amb mecanismes d'autoregulació regulada (els models interns d'avaluació o les agències de qualificació).

59. Una altra categoria més complexa d'instruments econòmics es basa en la **comercialització en règim de competència de drets** creats *ad hoc* pel regulador amb la finalitat d'assolir certs fins públics. El dret comercialitzable pot tenir per objecte exercir una activitat socialment indesitjable o l'impacte de la qual es vol reduir. Enfront de l'enfocament estàtic que implica una norma que directament prohibeixi l'activitat, aquest mecanisme de regulació administrativa parteix de fixar un volum global admès de l'activitat que es vol regular —és a dir, el punt de partida és una disposició de caràcter imperatiu que fixa un límit general en atenció al risc admissible—, volum que es divideix en unitats (drets) transmissibles. Es confia en la capacitat d'innovació dels operadors econòmics, de tal manera que els drets que s'assignen es converteixen en actius que els operadors més innovadors, aquells que han introduït millores científiques o tecnològiques capaces de reduir l'activitat penalitzada, venen a altres operadors rivals amb processos productius més endarrerits, la qual cosa en fa més costós l'acompliment i és un llast per a la seva competitivitat.

60. A aquesta categoria, s'hi adscriu el **comerç de drets d'emissió** de gasos d'efecte d'hivernacle, sobre la qual descansa bona part de la lluita internacional contra el canvi climàtic i que es preveu, en l'àmbit internacional, en el Protocol de Kyoto, signat per la Unió Europea el 2002 i, en l'àmbit europeu, en la Directiva 2003/87/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 13 d'octubre de 2003, per la qual s'estableix un règim per al comerç de drets d'emissió de gasos d'efecte d'hivernacle, transposada a l'ordenament espanyol per la Llei 1/2005, de 9 de març.

61. Aquesta tècnica també s'empra per optimitzar la **gestió d'un recurs escàs**. Succeeix així amb determinats recursos naturals com l'aigua continental, que es declara de domini públic per proporcionar a l'Administració un títol d'intervenció que en permeti la gestió integral. La titularitat pública de l'aigua no impedeix que es puguin crear drets d'ús que poden ser objecte de comerç. D'aquesta mane-

ra, els operadors més eficients en la utilització del recurs poden obtenir una rendibilitat addicional amb la transferència dels drets que no empraran. Aquesta és la filosofia subjacent als "mercats d'aigua", les bases de funcionament dels quals s'estableix en la Llei 46/1999, de 13 de desembre, de modificació de la Llei 29/1985, de 2 d'agost, d'aigües (vegeu l'art. 61 bis de la Llei d'aigües, en la redacció que li dona la Llei 46/1999), i als quals va donar un impuls definitiu la transposició de la Directiva 2000/60/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre de 2000, per la qual s'estableix un marc comunitari d'actuació en l'àmbit de la política d'aigües.

62. Les **tècniques** reguladores **basades en l'ús de la informació**, en certa manera, constitueixen un subtipus d'instruments de mercat, ja que la transparència i l'accés a la informació veraç i comprensible sobre els béns i serveis constitueix un dels elements que permeten als subjectes **prendre decisions econòmiques**. Un dels errors més comuns en el funcionament dels mercats deriva de l'**asimetria de la informació** entre els qui participen en les transaccions, de manera que resulta beneficiada la part amb més informació. En altres ocasions, la difusió d'informació s'orienta a lluitar contra les denominades "**preferències endògenes**", és a dir, les que no són manifestació d'una voluntat autènticament individual, sinó que depenen molt del context en què sorgeixen i que se sustenten en pràctiques socials, valors assumits acríticament o patrons de conducta arrelats i que poden perpetuar injustícies socials o perjudicar els subjectes en la presa de decisions individuals (p. ex. el consum de substàncies que provoquen addicció).

63. Sense ànim exhaustiu, podem distingir entre instruments de regulació basats en la **difusió d'informació pels subjectes regulats** i aquells en què són **els reguladors els qui difonen la informació**, a partir d'estudis propis o de les dades subministrades pels subjectes regulats. Els subjectes regulats poden estar sotmesos a un règim **imperatiu** de difusió d'informació o de subministrament de dades a l'Administració.

64. Succeeix així en l'àmbit dels mercats financers, en el qual és molt comú l'error de la informació asimètrica. Il·lustren aquesta tècnica l'obligació de publicar un fullet informatiu per a l'oferta de valors al públic o la seva admissió a cotització (art. 35 de la Llei 6/2023, de 17 de març, dels mercats de valors i dels serveis d'inversió); el règim de publicitat dels comptes anuals de les societats de capital (art. 279-284 del Reial decret legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de societats de capital), o el dels productes i serveis bancaris (Circular 4/2020, de 26 de juny, del Banc d'Espanya, sobre publicitat dels productes i serveis bancaris). L'incompliment d'aquestes obligacions pot ser sancionat per les autoritats reguladores.

65. La difusió d'informació pels subjectes regulats pot ser també conseqüència que s'adhereixin a un **programa voluntari**, cosa que permet un posicionament millor en el mercat dels subjectes que assumeixen més transparència sobre les seves pràctiques empresarials o els seus processos productius.

66. Exemplifiquen aquesta tècnica les etiquetes de qualitat o de caràcter ètic que descansen de manera parcial o total en sistemes d'autoregulació privada. Es pot esmentar, en el primer cas, el règim de l'etiqueta ecològica europea, un sistema europeu d'adhesió voluntària per a la promoció de productes amb un impacte ambiental reduït (Reglament (CE) 66/2010, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2009, relatiu a l'etiqueta ecològica la UE). D'altra banda, constitueix un instrument de regulació a través de la informació de caràcter estrictament privat el certificat de benestar animal (Animal Welfair) per a productes derivats de la ramaderia o de la cria d'ocells.

67. La **difusió d'informació pels reguladors** pot, alhora, revestir diferents característiques segons la **finalitat dominant en la posada a disposició** de la informació al públic.

68. Podem trobar instruments de regulació basats en la difusió d'informació de caràcter exhortatiu, sovint amb un marcat caràcter paternalista. Aquí s'enquadrarien el fet de dur a terme campanyes de publicitat institucional per promoure hàbits de vida o patrons de consum saludables (p. ex. consum d'aliments frescos, campanyes antitabac o de foment de l'ús de mètodes de prevenció de malalties de transmissió sexual) i les campanyes per reforçar el compliment de deures cívics o, fins i tot, obligacions legals (p. ex. la separació de residus per al reciclatge, la conscienciació sobre la compra de productes falsificats).

69. En altres ocasions, els reguladors difonen informació de caràcter pedagògic o orientatiu que permet als subjectes exercir millor els seus drets o prendre decisions econòmiques. En aquesta línia, es pot esmentar com la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència posa a disposició dels ciutadans a la seva pàgina web una eina que permet comparar les característiques de les diferents ofertes de subministrament d'electricitat i gas disponibles en el mercat.

70. Una última varietat d'instrument de regulació basat en el fet que el regulador difongui informació consisteix a publicar resultats de rendiment o de compliment normatiu, un mètode que, de manera gràfica, en anglès es denomina *name and shame*. Una última varietat d'instrument de regulació basat en el fet que el regulador difongui informació consisteix a publicar resultats de rendiment o de compliment normatiu, un mètode que, de manera gràfica, en anglès es denomina *name and shame*. Aquí se situen els règims de publicitat de les sancions, com el que preveuen l'article 115.7 de la Llei 10/2014, de 26 de juny, d'ordenació, supervisió i solvència d'entitats de crèdit, respecte de la publicació pel Banc d'Espanya de les sancions imposades per la comissió d'infraccions molt greus i greus, o en els articles 334 i 335 de la Llei 6/2023, de 17 de març, dels mercats de valors i dels serveis d'inversió, relativa a la publicitat en el seu lloc web o en el BOE de les sancions imposades per la Comissió Nacional del Mercat de Valors.

71. Al catàleg d'instruments de la regulació administrativa, s'hi sumen també tècniques que aprofiten les aportacions de la **psicologia conductual** per dirigir la conducta dels regulats cap als objectius marcats pel regulador. Aquí s'insereixen els denominats *nudges* (empentetes o esperons), que no es basen en els incentius vinculats a l'ús de la coerció o a un benefici econòmic, sinó que es fonamenten en el funcionament de processos mentals i conductuals automàtics en què no s'arriba a prendre una decisió pròpiament. Al marge de la utilitat que poden proporcionar reforçant el compliment de normes de caràcter imperatiu, aquestes eines poden tenir una eficàcia reguladora autònoma (*supra* § 24-79).

72. Els *nudges* (*supra* § 24.79-80) es poden emprar per corregir preferències intuïtives o irracionals en la presa de decisions individuals. Són *nudges* o esperons, per exemple, els protocols no imperatius d'actuació que aprova una autoritat reguladora. Aquests protocols, si bé no vinculen en sentit estricte els operadors econòmics, es beneficien de la propensió natural dels éssers humans a conservar *l'statu quo* i a acomodar la conducta pròpia a la que consideren la comuna del grup. Són també *nudges* reguladors els règims que proposen com a solució automàtica per defecte la que l'autoritat considera preferible (p. ex. en el règim de donació d'òrgans). Sovint els *nudges* es combinen amb la difusió d'informació. Així, s'aprofita la força de la norma social i la tendència natural a adaptar la conducta individual a la que és habitual en un col·lectiu quan, per exemple, s'informa del consum individual comparat amb el dels veïns en les factures de subministrament d'energia, amb l'objectiu d'induir a l'estalvi.

5.2. Classificació d'instruments reguladors en atenció a la seva finalitat prevalent

5.2.1. Instruments de garantia de la competència

73. La regulació econòmica s'orienta primordialment a garantir el funcionament correcte del mercat com a mecanisme preferent per ordenar la vida econòmica i assignar recursos. Això requereix, en primer terme, assegurar que es donen les condicions per a una competència efectiva, la qual cosa constitueix l'objecte d'una branca especial de l'ordenament jurídic: el dret **de la competència**. L'ordenació de la competència es pot basar en instruments de dret privat, però també en instruments de dret públic; en particular, de dret administratiu, mitjançant la regulació administrativa. En particular, al costat de la sanció per part de l'organisme regulador de conductes prohibides (abús de posició dominant, conductes col·lusòries), la regulació pot tenir per objecte controlar la **concentració horitzontal** excessiva en el mercat, per efecte de processos de fusió o d'absorció, cosa que dona lloc a operadors amb una quota de mercat prou significativa per distorsionar-ne el funcionament.

74. Així, la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència, regula en els articles 55-60 un procediment de **control de les concentracions econòmiques**, en virtut del qual s'imposa a les empreses un deure de notificar les concentracions econòmiques que reuneixin els trets que la llei especifica a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència, organisme al qual s'atribueix la potestat d'autoritzar-les —amb subjecció, si escau, a condicions— o prohibir-les. És una decisió que, eventualment, pot requerir confirmació del Consell de Ministres perquè desplegui efectes.

75. La competència també pot resultar amenaçada pel fenomen de la **concentració vertical**, és a dir, el fet que siguin dutes a terme diverses activitats complementàries per a l'oferta d'un producte o servei final per part d'una sola empresa o un grup d'empreses sotmeses a una direcció comuna, amb el mateix efecte pertorbador del mercat.

76. La liberalització del sector elèctric es va enfrontar precisament a aquest problema, amb l'afegit que existia un monopoli natural per operar en les xarxes de transport i distribució, monopoli que reforçava la posició del titular de les xarxes en les activitats de generació i de comercialització. Ja la Directiva 96/92/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 19 de desembre de 1996, sobre normes comunes per al mercat interior de l'electricitat, va imposar, com a primer pas, **separar les activitats** de producció, transport i distribució a efectes comptables, per evitar subvencions creuades. D'altra banda, la Llei 54/1997, de 27 de novembre, del sector elèctric, va imposar la separació jurídica —és a dir, la gestió per persones jurídiques diferenciades— de les diferents activitats, que, alhora, han de complir certs criteris d'independència en el funcionament si pertanyen al mateix grup empresarial. La separació d'activitats permet, al mateix temps, ajustar el règim de competència a les característiques intrínseques del mercat en el qual tenen lloc, de tal manera que les activitats de generació i de comercialització estan completament obertes a la competència i, en canvi, en les activitats en les quals el monopoli natural és ineludible —el transport i la distribució— l'absència de competència es compensa amb una regulació intensa de l'activitat dels operadors de les xarxes.

77. La regulació per a la competència requereix limitar els efectes dels **monopolis naturals** en els mercats en els quals es donin. En aquest sentit, al costat de la

separació d'activitats a la qual s'acaba d'al·ludir, un instrument essencial per regular certs serveis econòmics d'interès general que requereixen utilitzar una **xarxa o infraestructura bàsica** és garantir l'**accés de tercers a la xarxa** i, en cas que hi hagi diverses xarxes sobre el territori, assegurar-ne la **interconnexió.** Normativament, s'estableixen els requisits i les condicions d'accés a la xarxa, al mateix temps que s'atribueixen a l'organisme regulador poders de resolució de conflictes entre particulars en aquest àmbit.

78. En el sector elèctric, la xarxa primària de transport d'electricitat és operada en exclusiva per la Red Eléctrica de España, SAU, una societat mercantil subjecta a una intensa regulació administrativa i que, alhora, exerceix funcions de regulació mitjançant la concessió del permís d'accés a la xarxa als subjectes autoritzats, d'acord amb els criteris que estableix en l'actualitat la Llei 24/2013, de 26 de desembre, del sector elèctric, un accés que, a la vegada, té un preu regulat. D'altra banda, l'activitat de distribució elèctrica es produeix a través de xarxes interconnectades que són operades en monopoli pels seus titulars en el territori en el qual es despleguen. La llei igualment garanteix l'accés a les xarxes de distribució, que els titulars han de permetre als subjectes autoritzats, els quals han d'abonar un preu regulat.

79. Un altre instrument que s'adreça a garantir la competència és la **compensació per imposar obligacions de servei públic** a prestadors de serveis d'interès econòmic general. Tal com es tractarà a continuació, aquestes obligacions determinen la necessitat de prestar el servei en localitzacions o circumstàncies en què pot no ser rendible. Si complir aquesta obligació llastra excessivament la competitivitat dels operadors afectats, ha de ser compensada econòmicament. Els fons emprats en la compensació, depenent del sector, poden provenir dels pressupostos públics o de contribucions que fan tots o una part dels operadors econòmics del mercat.

5.2.2. Instruments de garantia de valors no econòmics. En particular, la garantia de l'equitat en l'accés als béns i serveis

80. Juntament amb la garantia de la competència, la regulació té per objecte conciliar l'exercici d'activitats econòmiques amb altres valors tutelats constitucionalment. Entre aquests valors es troba assegurar l'accés de la ciutadania a béns i serveis bàsics. En la prestació de serveis econòmics d'interès general, en el passat aquest accés es garantia mitjançant l'assumpció pública de la titularitat de l'activitat prestacional, per a la seva gestió directa per l'Administració o indirecta a través de concessionari. En el règim liberalitzat dels serveis econòmics d'interès general, s'espera que la mateixa competència dels operadors del mercat propiciï l'accés als serveis en condicions de qualitat, assequibilitat i regularitat. Però, si això no fos possible, s'assegura que qualsevol ciutadà, amb independència de l'emplaçament, té accés al servei en unes condicions de qualitat determinades i amb un preu raonable mitjançant la regulació del **servei universal**.

81. La Llei 11/2022, de 28 de juny, general de telecomunicacions, defineix el servei universal com "el conjunt definit de serveis la prestació dels quals es garanteix per a tots els consumidors amb independència de la seva localització geogràfica, en condicions de neutralitat tecnològica, amb una qualitat determinada i a un preu assequible" (art. 37). Està integrat per l'accés a internet de banda ampla a una determinada velocitat i serveis de comunicacions vocals; en tots dos casos, a través d'una connexió

subjacent en una ubicació fixa. D'altra banda, la Llei 43/2010, de 30 de desembre, del servei postal universal, dels drets dels usuaris i del mercat postal, que defineix el concepte de servei universal en termes molt semblants, hi inclou les activitats de recollida, admissió, classificació, transport, distribució i lliurament d'enviaments postals nacionals i transfronterers en règim ordinari de cartes i targetes postals de fins a 2 kg de pes i paquets postals de fins a 20 kg de pes, així com els serveis accessoris de certificat i de valor declarat (art. 21).

82. Un instrument regulador ulterior és la **imposició d'obligacions de servei públic** a un o diversos operadors del mercat. Aquestes obligacions poden tenir per objecte la prestació del servei universal o, si escau, cobrir altres necessitats associades a un servei econòmic d'interès general.

83. En l'àmbit de les telecomunicacions, el Reial decret 424/2005, de 15 d'abril, estableix el procediment de designació d'operadors obligats a la prestació del servei universal de telecomunicacions, que té lloc mitjançant licitació i, si el concurs queda desert, mitjançant designació directa. Fins a l'1 de gener de 2027 Telefónica de España, SAU, és l'operador designat per a la prestació del servei universal. La Llei general de telecomunicacions reconeix la possibilitat d'imposar a l'operador designat altres obligacions de servei públic no vinculades a la prestació del servei universal. Això també es reconeix en l'àmbit dels serveis postals, en què l'operador designat per prestar obligatòriament el servei postal universal és la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, per un període de vint anys des que entra en vigor la Llei del servei postal universal (disposició addicional primera).

84. La **regulació de preus i tarifes**, juntament amb el paper que exerceix per garantir l'accés de tercers a les infraestructures i xarxes essencials per prestar servei, pot servir per garantir un **accés equitatiu dels consumidors** quan el joc de la competència no proporcioni preus assequibles.

85. En els sectors elèctric i del gas, juntament amb els preus establerts lliurement en el mercat, es fixen **preus màxims al subministrament** per a categories específiques de consumidors que la llei determina, els quals tenen el dret d'acollir-s'hi si ho decideixen. Es tracta del **preu voluntari per al petit consumidor** (PVPC) en l'electricitat i de la **tarifa d'últim recurs** en el gas. Al costat d'aquests preus, es preveuen tarifes especials per als consumidors vulnerables sota la fórmula del **bo social** en el sector elèctric, el cost del qual es reparteix entre totes les empreses que participen en el conjunt d'activitats destinades al subministrament d'energia elèctrica, després que la STS 130/2022, de 31 de gener de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:130), declarés nul el règim precedent de finançament del bo. En l'àmbit del gas, el Reial decret llei 15/2018, de 5 d'octubre, de mesures urgents per a la transició energètica i la protecció dels consumidors, va crear el **bo social tèrmic**, el qual es finança íntegrament amb càrrec als pressupostos generals de l'Estat.

6. LA CONFIGURACIÓ INSTITUCIONAL DE L'ADMINISTRACIÓ REGULADORA

86. La incidència de la regulació en els tipus d'activitat administrativa no es projecta únicament en els instruments propis de l'activitat d'ordenació i control, en la substitució de l'activitat prestacional per la de garantia, en els nous límits jurídics a la concessió de subvencions i ajuts públics o en les noves modalitats de l'activitat de foment, basades en estímuls indirectes, sinó que es reflecteix també en la **configuració institucional de l'Administració** que exerceix aquestes activitats. El model burocràtic i centralitzat d'Administració en el qual es basava l'activitat autoritzatòria clàssica i el model gerencial sobre la base del qual es va estructurar la prestació de

serveis públics han estat desplaçats per altres models organitzatius (*supra* § 1.32), entre els quals ha adquirit un protagonisme especial el model de les agències i, en particular, el de les agències reguladores (*supra* §§ 1.34, 8.28 i 9.79).

87. En l'àmbit de la policia administrativa, la substitució de l'activitat de control i inspecció administrativa per l'activitat de comunicació i certificació privada porta aparellada la creació d'**autoritats d'acreditació** (*supra* § 22.3133), al mateix temps que l'avaluació de riscos prèvia a adoptar les decisions administratives en matèries tècnicament complexes ha comportat la necessitat de crear **agències** o organismes altament especialitzats, com l'Agència Espanyola de Medicaments i Productes Sanitaris o l'Agència Espanyola de Seguretat Alimentària i Nutrició (*supra* § 22.17).

6.1. Principi de separació de les activitats de regulació i de gestió

88. En l'àmbit de la prestació de serveis públics en el territori i, en particular, dels **serveis d'interès econòmic general** (com els serveis postals, l'energia, els transports o les telecomunicacions), la supressió dels monopolis públics derivada de la liberalització i l'aplicació del principi de competència no impedeix que les administracions públiques continuïn prestant serveis, però, en el cas que ho facin, el dret europeu imposa l'obligació de separar degudament les activitats de **gestió** de les de **regulació**.

89. A Espanya, alguns d'aquests serveis, com els postals o els de transport ferroviari, encara els presten entitats del sector públic estatal (Societat Estatal Correos y Telégrafos, RENFE Operadora) en concurrència amb entitats privades. Des de la perspectiva de la garantia de la lliure competència, és important que totes les entitats prestadores de serveis puguin accedir en igualtat de condicions a les xarxes. La **gestió de les xarxes** necessàries per prestar els serveis d'interès econòmic general està principalment en mans de societats mercantils amb participació pública en el capital (com Red Eléctrica de España, ENAGAS o la Compañía Logística de Hidrocarburos, per al sector de l'energia, o AENA, per a la xarxa aeroportuària) o d'entitats públiques empresarials (com ADIF, per a la xarxa ferroviària). Aquestes entitats, a part de dur a terme l'activitat de regulació com a titulars d'infraestructures essencials, poden desenvolupar també les seves pròpies activitats econòmiques, però sota un règim de separació funcional. Alhora, se sotmeten a la **regulació i supervisió** de la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència (CNMC), que és l'encarregada de garantir la prestació efectiva dels serveis públics, en condicions d'accessibilitat, seguretat, continuïtat, mutabilitat i igualtat, així com la competència en tots els mercats i sectors productius i, en particular, els que han estat objecte de liberalització (energia —gas i electricitat—, comunicacions electròniques i audiovisuals, serveis de transport ferroviari i aeroportuari i serveis postals).

6.2. L'agència reguladora com a model institucional prevalent

90. La CNMC respon tendencialment al model d'**agència reguladora** propi de l'Administració nord-americana (*supra* § 1.35) i que es caracteritza per l'autonomia i, eventualment, la **independència** que té, tant respecte del Govern com respecte dels subjectes regulats. L'existència d'aquest tipus d'entitats, l'autonomia de les quals es consagra en les mateixes lleis de creació i es garanteix a través del seu peculiar estatut orgànic, ha estat reconeguda en la legislació general i, en concret, en l'article

109 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, que regula les autoritats administratives independents d'àmbit estatal i les defineix com a "entitats de dret públic que, vinculades a l'Administració General de l'Estat i amb personalitat jurídica pròpia, tenen atribuïdes funcions de regulació o supervisió de caràcter extern sobre sectors econòmics o activitats determinades, perquè el seu acompliment requereix independència funcional o una autonomia especial respecte de l'Administració General de l'Estat, la qual cosa s'ha de terminar en una norma amb rang de llei" (*supra* § 8.29 i 9.68).

91. La independència de les agències reguladores —que es garanteix a través del caràcter expert dels seus membres, de les particularitats del seu nomenament (que no queda en mans exclusives del Govern, sinó que hi pot tenir participació el Parlament), la durada del mandat, la limitació de les causes de cessament, la revisió jurídica de les seves decisions, l'autonomia pressupostària o el finançament de les seves activitats— es planteja com a pressupòsit ineludible per complir l'exigència de **neutralitat** en la seva actuació i imparcialitat de les seves decisions. Aquesta exigència connecta amb el principi de separació de les activitats de gestió i de regulació i cobra especial importància si es té present, d'una banda, que hi pot haver empreses públiques operant en el sector regulat, atès que el dret europeu no qüestiona el règim de propietat dels estats membres (art. 345 TFUE) i, d'altra banda, l'atribució freqüent de competències de resolució de controvèrsies entre operadors del sector regulat. Aquesta garantia l'ha subratllada el TJUE, que ha declarat contràries al dret europeu operacions de reforma institucional consistents a fusionar organismes reguladors (com la que va implicar la creació de la CNMC), quant al cessament anticipat dels vocals dels òrgans rectors per causes no previstes en la legislació (STJUE de 19 d'octubre de 2016, assumpte C-424/15, *Ormaetxea Garai i Lorenzo Almendros*, ECLI:EU:C:2016:780). Amb tot, en la configuració d'aquestes agències el problema principal rau a trobar quina és la **distribució òptima de funcions regulatòries** entre instàncies que gaudeixen de legitimitat democràtica i instàncies amb legitimitat de tipus tècnic, ja que, si bé la independència o autonomia de les agències s'erigeix com un requisit per preservar la competència en el mercat, la seva dèbil legitimitat democràtica les fa inidònies per adoptar decisions que prioritzin interessos públics en conflicte. D'això, la importància que les agències disposin d'unes competències orientades a la consecució de fins públics ben definits, així com que quedin subjectes a mecanismes rigorosos de rendició de comptes.

92. El model institucional d'agències reguladores, configurades com a autoritats independents no es limita als **sectors** que han estat objecte de liberalització, sinó que s'estén també a àmbits vinculats a la protecció de drets fonamentals (Agència Espanyola de Protecció de Dades), d'especial complexitat tècnica (Consell de Seguretat Nacional) o senyaladament sensibles des d'un punt de vista social (Consell de Transparència i Bon Govern). Per descomptat, en els sectors capaços de provocar un risc sistèmic en l'economia, en els quals resulta particularment exigible adoptar decisions tècniques totalment independents de l'acció política del Govern —com és el cas del sector bancari i els mercats de valors—, la regulació també s'instrumenta mitjançant agències reguladores independents o amb un alt grau d'autonomia (~~el~~ Banc d'Espanya i ~~la~~ Comissió Nacional del Mercat de Valors).

93. L'impuls del model institucional d'agència reguladora dotada d'independència respecte dels governs respon en part també a la necessitat de ga-

rantir una execució harmonitzada del dret sectorial de la Unió Europea. L'harmonització dels trets d'aquestes administracions és una operació d'enginyeria organitzativa que afavoreix la legislació europea de caràcter sectorial amb l'objectiu de millorar les possibilitats de cooperació transnacional d'aquestes entitats, mitjançant fórmules d'**administració en xarxa**, a través de la cooperació transnacional de reguladors.

94. Per seguir amb els mateixos exemples que hem analitzat fins ara, les autoritats nacionals de regulació que operen en l'àmbit de les telecomunicacions i l'energia coordinen l'actuació a escala europea gràcies a la participació, respectivament, en l'Organisme de Reguladors Europeus de Comunicacions Electròniques i l'Agència de Cooperació de Reguladors d'Energia. En l'àmbit dels mercats financers, les autoritats nacionals de regulació bancària i dels mercats de valors s'integren en l'òrgan decisori de l'Autoritat Bancària Europea (ABE) i l'Autoritat Europea de Valors i Mercats (AEVM). En àmbits especialment afectats per la globalització, com el dels mercats financers, aquestes autoritats participen en els organismes reguladors globals respectius, com el Comitè de Basilea de Supervisió Bancària (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS) i l'Organització Internacional de Comissions de Valors (International Organization of Securities Commissions, IOSCO).

7. BIBLIOGRAFIA

7.1. Bibliografia citada

Gaspar ARIÑO ORTIZ, "Fallos y logros de los sistemas regulatorios", a DIVERSOS AUTORS, *Regulación, desregulación, liberalización y competencia,* Círculo de Empresarios, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, Madrid, 2006, pàg. 23-40.

José ESTEVE PARDO, "El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público", a Santiago MUÑOZ MACHADO i José ESTEVE PARDO (dir.), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pàg. 387-405.

José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires - São Paulo, 2013.

Claudio FRANZIUS, "Der 'Gewährleistungsstaat' - Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?", *Der Staat,* vol. 42, núm. 4 (2003), pàg. 493-517.

Juan José MONTERO PASCUAL, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados,* 5a ed., Tirant lo Blanch, València, 2023.

John WILLIAMSON, *Latin America Adjustment: How Much Has Happened?*, Institute for International Economics, Washington, 1990.

7.2. Bibliografia complementària recomanada

Anthony OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory,* Hart Publishing, Oxford–Portland, 2004.

Gaspar ARIÑO ORTIZ (autor), Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ i Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA–MORATO (col·laboradors), *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica,* Fundación de Estudios de Regulación - Comares, Granada, 1999.

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

Juan DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea,* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.

Elisenda MALARET i GARCÍA, "Administración pública y regulación económica", a *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales,* Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pàg. 127-160.

Bronwen MORGAN i Karen YEUNG, *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials,* Cambridge University Press, 2003.

Santiago MUÑOZ MACHADO i José ESTEVE PARDO (dir.), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación,* Iustel, Madrid, 2009.

Cass R. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice,* Oxford University Press, Oxford - Nova York, 1997.

Richard H. THALER i Cass R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness,* Penguin, Londres, 2009.

Karen YEUNG i Sofia RANCHORDAS, *An Introduction to Law and Regulation. Text and Materials,* 2a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2024.