

Principios de Derecho regulatorio

Servicios económicos
de interés general
y regulación de riesgos

José Esteve Pardo



Marcial
Pons

*Derecho de los Servicios Públicos
y de la Regulación*

Colección

**Derecho de los Servicios Públicos
y de la Regulación**

José Esteve Pardo
(dir.)

PRINCIPIOS DE DERECHO REGULATORIO
SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL
Y REGULACIÓN DE RIESGOS

JOSÉ ESTEVE PARDO

PRINCIPIOS DE DERECHO REGULATORIO

**SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS
GENERAL Y REGULACIÓN DE RIESGOS**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

© José Esteve Pardo
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-1381-193-2
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	19
NOTA INTRODUCTORIA	21

PRIMERA PARTE

FORMACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO REGULATORIO

CAPÍTULO I. LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DERECHO REGULATORIO	25
I. LOS DOS FRENTES PRINCIPALES DE LA REGULA- CIÓN: REGULACIÓN DE SERVICIOS ECONÓMI- COS DE INTERÉS GENERAL Y REGULACIÓN DE RIESGOS	25
II. CONCEPCIÓN SUBJETIVA Y CONCEPCIÓN OBJE- TIVA —LA PROPIA— DEL DERECHO REGULATORIO...	28
III. DE LA ORDENACIÓN VERTICAL A LA REGULACIÓN HORIZONTAL DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE IN- TERÉS GENERAL Y REGULACIÓN DE RIESGOS	32
IV. SOBRE LA FALTA DE AUTONOMÍA DEL DERECHO REGULATORIO QUE ES PARTE DEL DERECHO AD- MINISTRATIVO. LA REGULACIÓN COMO NUEVA FORMA DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	33
V. EL DERECHO REGULATORIO COMO EXPRESIÓN E INSTRUMENTO DEL MODELO DE ESTADO GA- RANTE	35

	Pág.
VI. LA ACTIVIDAD DE REGULACIÓN. RASGOS CARACTERÍSTICOS	37
Bibliografía	37
CAPÍTULO II. LA FORMACIÓN DEL DERECHO REGULATORIO (I). LA REGULACIÓN DE RIESGOS.....	39
I. PLANTEAMIENTO	39
II. LA NOCIÓN DE RIESGO COMO OBJETO DE REGULACIÓN Y MATERIA DEL DERECHO REGULATORIO.	40
III. LAS FASES DE LA REGULACIÓN DE RIESGOS. DECISIÓN, GESTIÓN, RESPONSABILIDAD	42
IV. LOS PELIGROS O RIESGOS NATURALES. GESTIÓN Y RESPONSABILIDAD. EL CASO DE LA COVID-19	43
V. LA COMPLEJIDAD E INCERTIDUMBRE. EL CONOCIMIENTO MUTABLE.....	44
VI. DE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA A LA REGULACIÓN DE RIESGOS	45
VII. LA GENERALIZACIÓN DE LA REGULACIÓN DE RIESGOS LIGADA A UN FENÓMENO UNIVERSAL COMO ES LA EXPANSIÓN DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO. SU DIFERENCIA RESPECTO A LA REGULACIÓN DE SECTORES ECONÓMICOS.....	48
Bibliografía	49
CAPÍTULO III. LA FORMACIÓN DEL DERECHO REGULATORIO (II). LA REGULACIÓN DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL.....	51
I. LA REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE <i>PUBLIC UTILITIES</i> . PRESUPUESTOS DE PARTIDA EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	51
1. Europa. La tradicional titularidad pública sobre los servicios públicos como plataforma para la atención de los intereses generales	52

	Pág.
2. La construcción por la jurisprudencia de la <i>Supreme Court</i> del primer modelo de regulación de las <i>public utilities</i>	54
II. LA REGULACIÓN VERTICAL. LA REGULACIÓN EN MONOPOLIO EN ESTADOS UNIDOS Y SU SEMEJANZA OPERATIVA CON EL MODELO DE TITULARIDAD PÚBLICA EUROPEO.....	56
III. LA CRÍTICA Y CRISIS DEL MODELO DE REGULACIÓN VERTICAL EN MONOPOLIO	58
1. La crítica desde los nuevos grupos sociales, usuarios y consumidores. La captura del regulador	59
2. Las transformaciones tecnológicas y su impacto	59
3. La segmentación de los sectores en fases de actividad (<i>unbundling</i>) y la limitación del monopolio	60
4. La crítica economicista.....	61
5. La primera experiencia alternativa. La liberalización del transporte aéreo y sus enseñanzas.....	62
IV. LA REGULACIÓN HORIZONTAL. EL MODELO VIGENTE DE REGULACIÓN EN COMPETENCIA.....	63
1. La transición al nuevo modelo en Estados Unidos	63
2. La articulación y operatividad del eje horizontal de la regulación.....	64
3. La recepción del modelo en Europa en sintonía con la opción de la Unión Europea por el mercado y la competencia	65
V. LA COMPLEJA E INELUDIBLE DISTINCIÓN DEL MODELO DE REGULACIÓN EN COMPETENCIA CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN	66
Bibliografía	69
CAPÍTULO IV. LAS FUENTES DEL DERECHO REGULATORIO Y SUS SINGULARIDADES.....	71
I. LAS PRINCIPALES SINGULARIDADES DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO REGULATORIO	71

	Pág.
II. LAS NORMAS GENERALES QUE CONFORMAN EL MARCO DEL DERECHO REGULATORIO	73
III. LAS CIRCULARES E INSTRUCCIONES DICTADAS POR LOS PODERES REGULADORES.....	74
IV. LA AUTORREGULACIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO REGULATORIO	76
1. La autorregulación primaria con fundamento en el acuerdo de los sujetos privados que la generan y asumen.....	77
2. La autorregulación con reconocimiento y efectos públicos. La autorregulación regulada	78
3. La remisión desde el ordenamiento jurídico a la autorregulación. Remisión estática y remisión dinámica	79
V. LA TENDENCIA GLOBALIZADORA DE LA REGULACIÓN Y SU RESPUESTA NORMATIVA SUPRANACIONAL.....	82
Bibliografía	83

CAPÍTULO V. LOS SUJETOS DEL DERECHO REGULATORIO

I. LOS DESTINATARIOS PRINCIPALES DE LA REGULACIÓN: LOS OPERADORES	85
II. LA EXPOSICIÓN DE LOS OPERADORES A LAS POSTESTADES REGULATORIAS. SUS EXPLICACIONES Y FUNDAMENTO	86
1. La doctrina de los poderes implícitos.....	87
2. La doctrina de las relaciones especiales de sujeción	87
3. La conexión y sujeción a un régimen especial derivado de la autorización de entrada en el sector regulado	88
III. EL ESTATUTO DE LOS OPERADORES	91
1. Derechos y obligaciones. Criterios de atribución.....	91
2. La posible desigualdad no discriminatoria.....	91
IV. LOS REGULADORES. LA FORMACIÓN DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN LA TRADICIÓN NORTEAMERICANA	93

	Pág.
1. La admisión y construcción por la <i>Supreme Court</i> de la regulación de actividades económicas revestidas de interés público	93
2. Las primeras agencias para la regulación de <i>public utilities</i>	95
3. La creación en el siglo XX de agencias para la regulación de riesgos	96
4. El debate sobre el encaje constitucional de las agencias y sus poderes.....	97
V. LA APARICIÓN Y LAS FASES DE EVOLUCIÓN DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN EUROPA.....	99
VI. LA ORDENACIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES Y LOS ORGANISMOS REGULADORES POR LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL SECTOR PÚBLICO (LSP)	105
VII. INDEPENDENCIA Y NEUTRALIDAD.....	107
VIII. LOS ORGANISMOS PÚBLICOS REGULADORES EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL SECTOR PÚBLICO	111
IX. OTRAS AUTORIDADES O ADMINISTRACIONES REGULADORAS	113
1. Las autoridades independientes en otros ámbitos administrativos territoriales.....	113
2. Autoridades administrativas independientes con proyección interadministrativa.....	114
3. El debate sobre las agencias reguladoras sobre servicios locales.....	115
X. ¿EJERCICIO DE ACTIVIDADES DE REGULACIÓN POR SUJETOS PRIVADOS?.....	116
1. Sujetos privados con un estatuto materialmente público. Sociedades gestoras de infraestructuras estratégicas.....	116
2. Habilitación a particulares para el ejercicio de ciertas funciones públicas de regulación	117
Bibliografía	119

SEGUNDA PARTE

LA REGULACIÓN DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

CAPÍTULO VI. LAS TÉCNICAS PLURIFUNCIONALES PARA LA GARANTÍA DE LOS INTERESES GENERALES Y LA EFECTIVA COMPETENCIA ENTRE OPERADORES.....	123
I. PLANTEAMIENTO. LA DOBLE ORIENTACIÓN GARANTE DE LA REGULACIÓN DE SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL.....	123
II. LAS TÉCNICAS PARA LA REGULACIÓN DEL INICIO DE ACTIVIDADES POR LOS OPERADORES Y DE ENTRADA EN MERCADOS REGULADOS. LA APARENTE TENDENCIA LIBERALIZADORA.....	124
III. EXISTENCIA DE REQUISITOS SUJETOS A COMPROBACIÓN REGULATORIA.....	127
1. Las exigencias sobre la propia organización y estructura empresarial de los operadores.....	127
2. Los requerimientos tecnológicos	128
3. La funcionalidad del régimen de comunicación y otras fórmulas similares	128
4. La formulación de un sistema en torno a las fórmulas reflexivas (comunicación, autocertificación, etc.)	129
5. Asignación y transmisión de títulos habilitantes	132
IV. OTRAS INTERVENCIONES REGULADORAS LIGADAS A LA ENTRADA —Y SALIDA— DE SECTORES REGULADOS.....	132
V. INSPECCIÓN Y OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN	134
Bibliografía	134
 CAPÍTULO VII. LAS TÉCNICAS DE GARANTÍA DE LOS INTERESES GENERALES EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA.....	 137
I. LAS TÉCNICAS REGULATORIAS DE ATENCIÓN DE LOS INTERESES GENERALES COMO ALTERNATIVA	

	Pág.
Y CORRECTIVO ANTE LA PÉRDIDA DE POSICIONES DE TITULARIDAD PÚBLICA SOBRE SERVICIOS Y SECTORES ECONÓMICOS	137
II. LA ATENCIÓN A LOS INTERESES GENERALES CON LAS TÉCNICAS TRADICIONALES DEL SERVICIO PÚBLICO Y DESDE POSICIONES DE TITULARIDAD.....	139
1. Las reservas parciales	139
2. La garantía del suministro en el sector energético	140
3. La atención a los intereses generales desde infraestructuras de titularidad pública.....	140
III. LA GARANTÍA DE SERVICIO UNIVERSAL EN SECTORES LIBERALIZADOS	141
1. Las asignaciones de las obligaciones de servicio público al operador dominante	142
2. La constitución de un fondo común para cubrir los costes de las obligaciones de servicio público	144
3. La creación de un operador especializado en las obligaciones de servicio público	144
4. Las obligaciones de servicio público en el sector del transporte.....	144
5. El bono social como obligación de servicio público en el sector energético.....	146
Bibliografía	147
 CAPÍTULO VIII. LAS TÉCNICAS DE GARANTÍA DE LA COMPETENCIA EFECTIVA ENTRE OPERADORES. EL ACCESO A REDES Y UTILIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS	 149
I. DELIMITACIÓN DE LAS DIFERENTES REALIDADES. REDES E INFRAESTRUCTURAS	149
II. EL USO DE INFRAESTRUCTURAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	151
1. La regulación del uso de infraestructuras, normalmente de dominio público, con fines regulatorios	151
2. La renovada consideración del dominio público como título refugio para fundar la intervención pública en servicios liberalizados.....	153

	Pág.
III. LA REGULACIÓN DE ACCESO A REDES	154
1. La contradictoria tensión entre monopolio natural y competencia. El derecho de acceso como instrumento para superarla	154
2. El entorno subjetivo del acceso. El gestor de la red y sus funciones	155
3. Características y naturaleza jurídica del derecho de acceso a redes	156
IV. ACCESO E INTERCONEXIÓN A REDES	157
1. Presupuestos y funcionalidad de la interconexión	157
2. La fijación de las condiciones y precios de interconexión a redes	158
V. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y GARANTÍAS EN EL ACCESO E INTERCONEXIÓN A REDES	159
1. La vía de recurso ante la autoridad reguladora	159
2. La vía arbitral	160
Bibliografía	161

TERCERA PARTE

LA REGULACIÓN DE RIESGOS

CAPÍTULO IX. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN DE RIESGOS Y SUS FASES: DECISIÓN, GESTIÓN, RESPONSABILIDAD	165
I. DECISIÓN, REGULACIÓN, RESPONSABILIDAD EN LA REGULACIÓN DE RIESGOS. SU SINGULARIDAD Y SU ESTRECHA INTERRELACIÓN	165
1. Sus naturales singularidades	165
2. Su estrecha interrelación	166
II. LA CUESTIÓN DE LOS PELIGROS O RIESGOS NATURALES. NO HAY DECISIÓN, PERO SÍ GESTIÓN DE LOS MISMOS... Y RESPONSABILIDAD POR ELLA	167

	Pág.
III. LA RELEVANCIA CENTRAL Y DECISIVA DEL COMPONENTE EPISTEMOLÓGICO, DEL CONOCIMIENTO, EN LA REGULACIÓN DE RIESGOS	169
IV. LA INSERCIÓN DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EN LA REGULACIÓN DE RIESGOS	171
Bibliografía	173
 CAPÍTULO X. LA DECISIÓN SOBRE EL RIESGO PERMITIDO Y LA GESTIÓN DE RIESGOS	 175
I. LA DECISIÓN SOBRE ACEPTACIÓN DE RIESGOS. EL RIESGO PERMITIDO	175
II. ASPECTOS FORMALES, INSTITUCIONALES Y PROCEDIMENTALES DE LA DECISIÓN SOBRE EL RIESGO PERMITIDO	176
1. Decisiones de carácter general por vía legislativa.....	176
2. Las decisiones singulares y localizadas. La autorización como fórmula de decisión sobre el riesgo permitido	178
III. ASPECTOS MATERIALES DE LA DECISIÓN	179
1. La decisión del riesgo permitido como opción entre riesgos	180
2. La tensión entre valoración científica del riesgo y su percepción social.....	181
3. Decisión y distribución de riesgos	182
IV. LA GESTIÓN DEL RIESGO.....	184
1. Su orientación al incremento del conocimiento del riesgo.	184
2. El conocimiento sobre los medios y técnicas de reducción de riesgos	186
3. La cláusula técnica en las autorizaciones de instalaciones que obliga a la incorporación de las mejores técnicas disponibles para la reducción de riesgos. Condiciones y alcance.....	187
3.1. La disponibilidad y accesibilidad de las tecnologías	188
3.2. La ponderación entre beneficios y costes.....	188
3.3. Los programas y técnicas de cooperación para incorporar las tecnologías más costosas.....	189

	Pág.
3.4. El problema de la influencia y dominio de los grandes operadores sobre la investigación tecnológica.	189
V. LA GESTIÓN DE LOS PELIGROS Y RIESGOS NATURALES.....	190
Bibliografía	191
CAPÍTULO XI. DECISIÓN Y GESTIÓN EN LA INCERTIDUMBRE. LA RESPONSABILIDAD POR LA REGULACIÓN DE RIESGOS.....	193
I. LA DECISIÓN Y GESTIÓN EN LA INCERTIDUMBRE. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN	193
1. Origen y funcionalidad.....	194
2. La incertidumbre acreditada como presupuesto ineludible para la aplicación del principio de precaución.....	196
3. Las medidas. El principio de proporcionalidad como criterio modulador	197
4. La vocación provisoria y revisable de las medidas de excepción adoptadas según el principio de precaución.....	198
II. LA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD COMO INSTRUMENTO REGULATORIO EN LA REGULACIÓN DE RIESGOS	199
1. La responsabilidad como criterio de distribución de riesgos	200
2. Medidas de regulación de riesgos en torno a la responsabilidad	201
III. LA COMPLEJA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DECISIONES Y ACTUACIONES EN ENTORNOS DE RECONOCIDA INCERTIDUMBRE.....	203
1. Planteamiento	203
2. La necesidad de ajuste en las soluciones normativas	203
Bibliografía	204

CUARTA PARTE

GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO REGULATORIO

CAPÍTULO XII. EL CONTROL JUDICIAL. ÁMBITO Y TÉCNICAS	209
I. PLANTEAMIENTO	209
1. Los niveles de controversia atendiendo a los sujetos en liza	209
2. La cuestión central. El control judicial de las decisiones de las agencias y autoridades en la actividad de regulación	211
II. POSTULADOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES	211
1. La naturaleza administrativa de las resoluciones y su justiciabilidad	211
2. La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa	212
III. ÁMBITO Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL	213
1. Los problemas y limitaciones del control judicial. La baja densidad de las determinaciones legales y la relevancia de las referencias económicas y científicas desde el conocimiento experto	213
2. La aplicación de las técnicas de reducción de la discrecionalidad. Su operatividad y modulaciones en el Derecho regulatorio	215
2.1. Las normas de procedimiento	216
2.2. La concurrencia (acreditación por el regulador) de los presupuestos de hecho para la adopción de medidas	216
2.3. Los principios generales del Derecho. En especial, el principio de proporcionalidad	217
2.4. La indagación sobre la voluntad del legislador. La doctrina <i>Chevron</i> y su influencia	218
IV. DEFERENCIA JUDICIAL Y JUICIO DE RAZONABILIDAD	219
Bibliografía	221

ABREVIATURAS

BNETZA	Bundesnetzagentur (Agencia federal alemana de regulación de servicios en red).
CAB	Civil Aeronautics Board.
CE	Constitución Española.
CNE	Comisión Nacional de la Energía.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
CSN	Consejo de Seguridad Nuclear.
EJRR	European Journal of Risk Regulation.
FCC	Federal Communications Commission.
ICC	Interstate Commerce Commission.
LPAC	Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015).
LSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015).
OSHA	Occupational Safety and Health Administration.
RAP	<i>Revista de Administración Pública.</i>
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo.</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.

NOTA INTRODUCTORIA

Podrá decirse que el llamado Derecho regulatorio no está todavía nucleado en torno a un objeto bien definido. Que carece de autonomía, que no se ha emancipado de otras disciplinas que le proveen de su instrumental básico, que no se ha segmentado marcando las diferencias con ellas. Son apreciaciones que ciertamente pueden aceptarse en el marco de los clásicos debates académicos, cada vez más infrecuentes, en torno al objeto de cualquier rama del Derecho, sobre todo si se le atribuía el papel de protagonista —como asignatura— en ese guion que escribe la comunidad universitaria y se expresa en sus programas de estudios.

Pero al margen de ese interés y escrutinio fundamentalmente dogmático, lo cierto es que el Derecho regulatorio se está presentando y reivindicando allí donde otros Derechos lo hicieron antes de su reconocimiento académico: en el territorio de la práctica jurídica y forense. Son ya habituales en ese panorama los estudios jurídicos especializados en Derecho regulatorio y las grandes firmas de abogados cuentan invariablemente con un departamento en esta materia. Se apunta también una cierta especialización judicial atendiendo a sus singularidades, que se advierte ya muy claramente en una sección de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo. Se advierte por lo demás una colaboración profesional con economistas, atentos sobre todo a los servicios económicos estratégicos más directamente implicados, pero también con profesionales y expertos en biología, farmacia, alimentación, medicina (virología, epidemiología), ciencias ambientales y otros sectores en los que se proyecta la regulación de riesgos.

Más allá de esta relevante y expansiva presencia, interesa sobre todo lo que el Derecho regulatorio interioriza, que es en esencia una nueva correlación entre sector público y sector privado, entre Esta-

do y sociedad en último término. Y lo que el Derecho regulatorio exterioriza o expresa es una nueva línea de actividad de los poderes públicos, la Administración destacadamente, que se articula desde nuevas posiciones estratégicas, la del Estado garante entre ellas. Para visibilizar estos movimientos y reajustes me ha parecido conveniente seguir las dos principales líneas de progresión del Derecho regulatorio, que discurren por esos espacios en los que se producen con más intensidad los flujos y reflujos entre Estado y sociedad. Un espacio muy transitado en diversas direcciones es el de la actividad económica y la nueva correlación entre servicio público y mercado en la que cobra su sentido la regulación de sectores económicos estratégicos. El otro eje, el de la regulación de riesgos, opera en el marco de una correlación que ahora, y sin duda en el futuro, adquiere la mayor relevancia: la que se entabla en torno al conocimiento científico, que vive un episodio bien significativo en la crisis de la covid-19, y la aplicación tecnológica, con una muestra, a modo de ejemplo, tan próxima como es el desarrollo de la inteligencia artificial. Son dos líneas de regulación netamente diferenciadas pero que tienen fundamentos y elementos comunes. Por ello, la primera parte de este libro es lo que podría considerarse, atendiendo a las tipologías tradicionales, una parte general del Derecho regulatorio, para seguir luego esas dos líneas de regulación advirtiendo en ellas —a veces más claramente en una, a veces en otra— los principios más relevantes de este Derecho.

Lo que sigue no es, ni pretende ser, una exposición descriptiva y apegada al Derecho positivo, menos aún un tratado o algo semejante del Derecho regulatorio, sino la exposición de sus claves, de su génesis, sus técnicas y su operatividad, sin olvidar la cuestión, con algún trazo propio de la dogmática, de su caracterización y encuadre. Sus principios, en definitiva.