

LA RECEPCIÓN EN LA EUROPA CONTINENTAL DEL DERECHO DE LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)

JOSÉ ESTEVE PARDO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

I. LAS RECEPCIONES ENTRE CULTURAS JURÍDICAS. SUS CARACTERÍSTICAS CONSTANTES EN LA HISTORIA DEL DERECHO: 1. *El carácter voluntario de la recepción*. 2. *La capacidad del Derecho «recepionado» para solventar nuevos problemas en la cultura jurídica receptora*. 3. *El protagonismo principal de la doctrina académica en las recepciones. Disparidad en los resultados*.—II. LA RECEPCIÓN EN LA EUROPA CONTINENTAL DEL DERECHO DE LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA: 1. *La sintonía del modelo de regulación norteamericano con las orientaciones económicas dominantes*. 2. *La utilidad del modelo de regulación tras la pérdida de las posiciones de dominio y titularidad del Estado en sectores estratégicos*. 3. *El protagonismo de la doctrina académica en la recepción del Derecho de la regulación*.—III. LA SISTEMÁTICA DE LA REGULACIÓN EN LA DOCTRINA ALEMANA: 1. *Los sectores sujetos a regulación*. 2. *El cuadro conceptual e institucional de la regulación*.—IV. EL ASENTAMIENTO DEL DERECHO DE LA REGULACIÓN EN EUROPA. LA NECESIDAD DE AJUSTE DE SUS PIEZAS Y LA REDEFINICIÓN DE SU ENTORNO.

RESUMEN

El Derecho de regulación de sectores económicos, formado originariamente en los Estados Unidos de América, está siendo «recepionado» en la Europa continental. *Regulierungsrecht*, un importante libro colectivo de la doctrina alemana, es una prueba de ese movimiento de recepción realizado también por la doctrina española. Falta todavía una construcción propia que requerirá redefinir importantes referencias del Derecho administrativo.

Palabras clave: regulación; Derecho comparado; libros.

ABSTRACT

Administrative Regulatory Law, originally formed in the United States of America, is now the subject of reception in Europe. *Regulierungsrecht*, a very important book of a brilliant group of german scholars, is an evidence of this reception movement, as it was just before among spanish scholars too. The purpose is now the construction of an own Regulatory Law with the needed arrangements in the frame of Administrative Law.

Key words: regulation; Comparative Law; books.

I. LAS RECEPCIONES ENTRE CULTURAS JURÍDICAS. SUS CARACTERÍSTICAS CONSTANTES EN LA HISTORIA DEL DERECHO

Ésta es la crónica de una recepción. Recepciones ha habido muchas en la historia del Derecho. Posiblemente, la más conocida y celebrada sea la recepción del Derecho romano. Una recepción que, en sus dimensiones espaciales, se produce más allá de las que fueron las fronteras del Imperio y, en sus dimensiones temporales, más allá del dilatado periodo en el que Roma podía imponer su Derecho por la fuerza de las armas. La paradoja está en que la recepción del Derecho romano se produce bastantes siglos después de la caída del Imperio y la disolución del poder militar romano¹.

1. *El carácter voluntario de la recepción*

Como todas las paradojas, la contradicción que ésta expresa es sólo aparente y al resolverla damos con una de las características de las recepciones en el mundo del Derecho: presuponen éstas una aceptación —generalmente implícita pero inequívoca— por la cultura jurídica receptora. Nunca se producen por la imposición política o militar de una potencia externa; de ser así, estaríamos ante una invasión o anexión pura y simple.

Esa voluntaria y pacífica aceptación explica que las recepciones puedan producirse mediando un extenso periodo de tiempo entre la génesis de un Derecho y su recepción, siglos más tarde, por otra cultura jurídica, como es el caso de la recepción del Derecho romano. O que esa recepción se produzca entre culturas jurídicas territorialmente distanciadas, tal como ha ocurrido mucho más recientemente cuando en la construcción de nuestro orden constitucional se produce una recepción de fórmulas e instituciones generadas no ya al otro lado de los Pirineos, sino al otro lado del Rin; no es difícil advertir así en nuestro sistema de ordenación territorial —también en lo relativo a la autonomía local—, de justicia constitucional, de derechos fundamentales, la impronta de las construcciones germánicas igualmente levantadas en un periodo de reinstauración de la democracia y del Estado de Derecho. De la misma manera que cuatro o cinco siglos antes la órbita germánica se hizo receptora de las doctrinas de los iuspublicistas de la escolástica española, Suárez y Vitoria, destacadamente².

¹ Sobre la recepción del Derecho romano todavía sigue siendo de interés la obra clásica de P. KOSCHAKER, *Europa und das römischen Rechts*, Munich, 1947 (hay traducción española). Sobre otra recepción, también de gran calado, la del Derecho canónico por las instituciones públicas y civiles, es de gran interés la obra de R. H. HELMHOLZ, *The Spirit of Classical Canon Law*, Athens (Georgia), 1996.

² Sobre esa recepción, M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vol. I. (1600-1800)*, Verlag C. H. Beck, Munich, 1988, págs. 269 y ss. Con la incisiva rotundidad que le caracteriza, afirma Carl SCHMITT sobre esta recepción doctrinal, no sólo en el espacio sino también en el tiempo, cómo «el siglo XVIII desplazó la metafísica con ayuda de las construcciones de una filosofía deísta, y fue una vulgarización de gran estilo, ilustración,

2. *La capacidad del Derecho «repcionado» para solventar nuevos problemas en la cultura jurídica receptora*

Un segundo elemento que invariablemente se observa en las recepciones es la utilidad y efectividad del Derecho «repcionado» para resolver las cuestiones que de manera novedosa se plantean en la cultura jurídica receptora. Ocurre que en ésta se plantean nuevos problemas, nuevas demandas sociales o se agotan modelos jurídicos que en su momento se habían mostrado eficaces. Es entonces cuando ante la operatividad de toda una batería de técnicas y fórmulas ensayadas y acreditadas en otro entorno se opta por incorporarlas, con las necesarias adaptaciones y con mayor o menor acierto, al sistema que no encuentra en su instrumentario jurídico tradicional las herramientas adecuadas para afrontar los nuevos retos que se le plantean. No son, por tanto, criterios de autoridad, sino de utilidad, los que se imponen en las recepciones.

3. *El protagonismo principal de la doctrina académica en las recepciones. Disparidad en los resultados*

Un tercer elemento, fundamental y determinante, de las recepciones es el destacado y prácticamente exclusivo protagonismo que en ellas asume la doctrina, la academia. Las recepciones no se deben, al menos en su impulso inicial, ni al legislador ni a la jurisprudencia; sin perjuicio de que tanto las normas como las decisiones judiciales acaben por asumir y ratificar esa recepción. Pero las recepciones son conducidas por los juristas de estudio, por juristas doctos, por la doctrina. La recepción del Derecho romano fue posible porque, quizá por vez primera desde la disolución del Imperio, se formó una clase de juristas doctos, los glosadores, capaces de contrastar y ponderar la utilidad que en la sociedad europea de la Baja Edad Media tenían las fórmulas y técnicas alumbradas en Roma muchos siglos antes. Es la doctrina la que tiene el conocimiento de las experiencias que se registran en otras culturas jurídicas, pasadas o contemporáneas; la que advierte sus utilidades, y la que primeramente plantea su incorporación en su propio y nativo entorno.

Naturalmente, la doctrina, esos juristas que pretenciosamente damos en llamar doctos, puede desempeñar esa función receptora con un grado de acierto que puede ser muy variable. Dos fases o momentos, con absoluto protagonismo doctrinal, cabe distinguir al respecto.

apropiación literaria de los grandes acontecimientos del xvii, humanización y racionalización. Se puede reconstruir en detalle cómo se perpetúa por ejemplo la obra de Suárez en innumerables escritos populares; por lo que se refiere a más de un concepto fundamental de la moral y de la teoría del Estado, Pufendorff no es más que un epígono de Suárez, y finalmente el propio contrato social de Rousseau no es a su vez más que una vulgarización de Puffendorff». Carl SCHMITT, «La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones», publicado en la edición de *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, 3.ª reimpresión, 2005.

El primero es el de la atención al modelo jurídico exterior y la valoración de sus bondades. El juicio aquí puede ser más o menos certero. Puede estar motivado en un análisis objetivo, crítico, o influenciado por el brillo de un sistema, por las modas o por el más elemental papanatismo, que no está ausente en absoluto en los ambientes académicos. El segundo momento es, propiamente, el de la recepción. Puede ser ésta en su estado bruto, injertando sin más las piezas externas en el entramado del sistema propio; pero también, como resulta del todo exigible a la doctrina, puede que se desarrolle una labor de adaptación y hasta de recreación, depurando los componentes incompatibles con el sistema receptor.

II. LA RECEPCIÓN EN LA EUROPA CONTINENTAL DEL DERECHO DE LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA

Con esta sumaria caracterización de las recepciones en el mundo del Derecho estamos en condiciones de ofrecer la crónica, igualmente concisa, de la que tiene como objeto el llamado Derecho de la regulación o Derecho de la regulación de la economía. Articulamos así su relato en torno a los elementos que hemos destacado como característicos.

1. *La sintonía del modelo de regulación norteamericano con las orientaciones económicas dominantes*

El primero es que ya resulta notoria la generalizada aceptación en la Europa continental del Derecho de la regulación, que se gesta fundamentalmente en los Estados Unidos de América desde el último tercio del siglo XIX. No es, desde luego, una aceptación rendida ante lo que proviene de la primera potencia económica y militar. El signo de los tiempos, el curso de la historia económica si se quiere precisar así, pasa ahora por ese modelo en lo que es la ordenación de sectores económicos de marcado interés general; de la misma manera que hace un tiempo, sobre todo a mediados del pasado siglo, el curso de la historia pasaba por el sistema de Derecho administrativo, de génesis europea y de amplia recepción en Norteamérica.

2. *La utilidad del modelo de regulación tras la pérdida de las posiciones de dominio y titularidad del Estado en sectores estratégicos*

El segundo elemento a constatar es el de la utilidad, en estrictos términos pragmáticos, del Derecho de la regulación. Las condiciones que al efecto se observan son del todo propicias para la recepción. La fundamental de ellas es el abandono en la Europa continental de un modelo arraigado y extendido de presencia e intervención pública en la economía. Un modelo que se articulaba sobre la titularidad y presencia dominical del Estado como operador,

a través de la Administración pública, en toda una serie de sectores con una acusada dimensión económica y, sobre todo, de ahí la presencia pública, de marcado interés público.

El abandono de ese sistema se debe a causas diversas. Unas son el resultado de la propia evaluación del funcionamiento del modelo. Una valoración que no es unánime pero en la que parece haberse impuesto un diagnóstico que reparaba en las disfunciones en que fue incurriendo el sistema con el paso del tiempo; en su merma de eficiencia; en su inadecuación para operar a buen rendimiento en un entorno globalizado y altamente competitivo; en la promiscuidad que fomentaba entre economía y política, al utilizar el Estado su posición dominical sobre estos sectores para adoptar decisiones en las que con frecuencia primaban objetivos de política económica general —por ejemplo, reducción de tarifas, por debajo incluso de los costes, como medida para contener la inflación— sobre los propios de la gestión del sector de que se trate. Hay otras causas específicas de Europa, y desde luego más contundentes, pues se trata de determinaciones inequívocas del Derecho primario de la Unión Europea que rechazan el apoyo y las ventajas públicas a las empresas que operen en esos sectores.

Si la posición dominical, la titularidad pública se retira así de estos sectores, no los abandona en cambio la plena y generalizada convicción de que se trata de sectores de interés público, de servicios de interés general, como el propio Derecho europeo los caracteriza.

El objetivo que entonces se plantea es el de mantener esos sectores, ahora bajo titularidad privada, en sintonía con los requerimientos del interés público, evitando en primer término los posibles abusos que pudieran derivarse de la presencia de intereses privados en la gestión de servicios con una marcada proyección pública. Pero para la consecución de esos objetivos no se dispone entonces de los medios e instrumentos necesarios al haberse desprendido el poder público de las posiciones de dominio, de titularidad, que le proporcionaban la necesaria plataforma al ejercicio de potestades para la salvaguarda del interés público.

Ese vacío instrumental, al no disponerse de los medios y herramientas para el logro de unos objetivos ampliamente compartidos, es una de las situaciones más propicias para que se produzca la recepción de un modelo jurídico que colme ese vacío si presenta la utilidad de aportar el instrumental eficaz para alcanzar esos objetivos. Así fue como se tendió la vista sobre todo al modelo de regulación de los Estados Unidos de América, porque durante más de un siglo ofrecía la característica utilidad que se demanda en Europa: atender y proteger relevantes intereses públicos —desde los muy elementales asociados a la calidad de las prestaciones y la equidad de sus precios o tarifas— en sectores y mercados con operadores privados y en los que ha de mantenerse en lo posible la dinámica propia del mercado.

Se introdujeron primero y súbitamente, sobre todo en la segunda mitad de los años noventa, las Agencias y Autoridades Independientes como grandes protagonistas de la regulación. Pero las técnicas, las fórmulas jurídicas que en estos ámbitos se utilizan estaban todavía por conocer en su real alcance

y, sobre todo, por adaptar a su nuevo entorno. La propia posición institucional de las agencias, en un entorno constitucional y organizativo diferente al de origen, estaba por definir; como también lo estaba todo el entramado dogmático y conceptual que daba cobertura, explicando también su lógica interna, al modelo de regulación. Tampoco se tenía un conocimiento preciso y sistemático sobre la propia experiencia del modelo norteamericano de regulación, analizando su génesis histórica y sus resultados. Un conocimiento, sin duda, de gran interés para explicar las claves del sistema.

3. *El protagonismo de la doctrina académica en la recepción del Derecho de la regulación*

Se estaba requiriendo así la concurrencia del tercer y más relevante elemento de las recepciones: la aportación doctrinal. Se trataba, en definitiva, de construir un modelo de regulación de la economía en Europa a partir del conocimiento y la inspiración de la experiencia de los Estados Unidos de América. Una labor de adaptación, posiblemente de reformulación conceptual y de integración de las nuevas técnicas y conceptos en el marco constitucional y en la sistemática del Derecho público de los Estados de la Europa continental.

Se realizaron primero aproximaciones doctrinales limitadas a sectores concretos que habían sido objeto de reformas legislativas radicales, como sucediera, por ejemplo, con la energía eléctrica o las telecomunicaciones. Pero a los diez años aproximadamente de esas primeras reformas aparece entre nosotros una obra que por su propia concepción y contenidos colma plenamente, hasta desbordarlas, las expectativas que podían haberse depositado en la doctrina iuspublicista española. Se trata, como es fácil de adivinar, de la obra colectiva *Derecho de la Regulación de la Economía*³. Una obra monumental en nueve volúmenes, dedicado el primero de ellos, *Fundamentos e instituciones de la regulación*⁴, a las cuestiones más relevantes en un proceso de recepción: la coyuntura y las razones que explican el cambio de modelo y la recepción de otro que ya se mostraba operativo, la génesis de ese modelo en su órbita de origen, su posible encuadre en nuestra sistemática de Derecho público, las analogías y diferencias con otros órdenes próximos como pueda ser el Derecho de la competencia, las relaciones entre regulación y autorregulación, la impronta de los servicios en red en la configuración del modelo y, por supuesto, las técnicas, instituciones y fórmulas características de la regulación. Un volumen que contaba también con la participación de profesores de política económica, destacados expertos en materia de regulación. Los ocho volúmenes restantes se ocupan de la regulación en otros tantos sectores relevantes.

³ Editada por Iustel y Fundación Instituto Universitario José Ortega y Gasset, y dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO. Los cinco primeros volúmenes aparecieron en 2009 y este año 2010 se prevé la aparición de los volúmenes restantes de la colección.

⁴ S. MUÑOZ MACHADO/J. ESTEVE PARDO (Dirs.), Iustel/Fundación Instituto Universitario José Ortega y Gasset, Madrid, 2009.

Se destaca la significación de ese primer volumen porque, al concebirlo, nos permitimos salir en un punto del guión previsto para recabar un estudio sobre la recepción del Derecho de la regulación en Alemania. Queríamos conocer si este Derecho se incorporaba a un ordenamiento y una dogmática muy depurada y firme, nada proclive a una frívola y acrítica recepción marcada por las modas. Queríamos saber, en definitiva, si estábamos solos o si ese esfuerzo por conocer, analizar las técnicas de la regulación se estaba desarrollando en otro ordenamiento jurídico y por sus expositores. Encargamos ese estudio a la persona que considerábamos más capacitada para realizarlo y que no era otra que Mercé DARNACULLETA I GARDELLA, Directora del grupo de investigación «Génesis normativa en la globalización» en la Universität Konstanz y profunda conocedora de los fenómenos de regulación. Unos conocimientos que ha tenido ocasión de enriquecer en esa Universidad con el estímulo del profesor Hans-Christian RÖHL, autor también en la obra que suscita esta crónica. No nos equivocamos lo más mínimo en la elección, pues aportó a la obra una exposición certera y muy clarificadora de la recepción del Derecho de la regulación en la órbita germánica en su excelente artículo «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana»⁵.

Pues bien, a los pocos meses de aparecer en España este primer volumen y varios de los dedicados a sectores concretos hace su aparición en Alemania una obra muy importante: el Derecho de la Regulación, *Regulierungsrecht*⁶, con una nómina de dieciocho autores, profesores todos de diversas universidades alemanas, figurando como editores los profesores Michael FEHLING y Matthias RUFFERT. Es esta obra la que, por su novedad y por las dificultades de conocimiento que pueda plantear al lector español, se sitúa en el centro de la presente crónica. Debe destacarse de inmediato que se trata de una obra colectiva con la que la doctrina alemana más avanzada da una respuesta sistemática y completa al reto que plantea la regulación. Ello no debe hacer olvidar que a pesar de tratarse de un fenómeno que podemos considerar muy reciente, sobre todo si atendemos a los dilatados márgenes temporales característicos de las recepciones, se habían registrado estudios individuales de gran valor, entre los que me permito destacar la monografía de Christian BERRINGER *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*⁷.

III. LA SISTEMÁTICA DE LA REGULACIÓN EN LA DOCTRINA ALEMANA

Pero los motivos de marcado interés para nosotros de este libro son en realidad otros, que fácilmente pueden desprenderse de la exposición precedente. El libro no sólo permite conocer en todo su detalle el proceso de re-

⁵ En *Fundamentos e instituciones de la regulación*, cit., págs. 349 y ss.

⁶ Ed. Mohr Siebeck, Tübinga, 2010.

⁷ Verlag C. H. Beck, Munich, 2003. Referencias abundantes a esta obra pueden encontrarse en el estudio de Mercé DARNACULLETA aquí citado o en los míos que se contienen en la obra *Fundamentos e instituciones de la regulación*, cit.

cepción del Derecho de regulación en Alemania, sino que también nos faculta para comparar las perspectivas de estudio adoptadas por la doctrina alemana y por la nuestra. Éste es un punto al que prestaremos una especial atención al filo de la exposición necesariamente escueta del *Regulierungsrecht* y, sobre todo, de su sistemática. Adelantando ya la coincidencia prácticamente total en la perspectiva y puntos fundamentales de atención que en ambas obras se advierte.

Conviene significar que la edición de ambas obras, la española y la alemana, se produce con una muy escasa diferencia de tiempo. La obra española aparece cuando se cierra la fase de corrección de pruebas de la alemana. Sólo en algunos capítulos pudo introducirse una referencia a la obra colectiva española, sobre todo a su primer volumen.

El libro *Regulierungsrecht* contiene en 1.300 páginas lo que en la obra *Derecho de la Regulación de la Economía* se desgrana a lo largo de nueve volúmenes de unas 900 páginas cada uno. De ello no puede deducirse en modo alguno que la exposición alemana tenga un formato reducido, sintético. Antes al contrario, se trata de un libro muy importante que dispensa a la regulación un tratamiento extenso y completo. Lo que ocurre es que la monumental obra colectiva española, dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO, desborda por completo las expectativas del estudio del tema por especialistas para convertirse en una obra única en Europa y que supera en detalle, extensión y exhaustividad el estudio realizado por la doctrina alemana, lo que desde luego no resulta nada frecuente, al menos hasta ahora.

Con esta concepción, en el *Regulierungsrecht* advertimos claramente cómo el estudio de la regulación se divide en dos partes: una parte general y una parte especial en la que se analizan los sectores más relevantes bajo la órbita de la regulación.

1. *Los sectores sujetos a regulación*

Comencemos por los sectores, destacando simplemente los que se sitúan bajo la órbita de la regulación. Mencionamos primero los que coinciden plenamente con nuestras clasificaciones, destacando entre paréntesis el autor del correspondiente estudio. Se trata de los sectores de las telecomunicaciones (Jens-Peter SCHNEIDER), de la energía (Gabriele BRITZ), transporte público (Michael FEHLING), correos (Matthias RUFFERT), medios de comunicación —fundamentalmente audiovisual— (Margarete SCHULER-HARMS), mercado financiero (Hans-Christian RÖHL).

Pero hay otros sectores que se encuentran también en el ámbito de aplicación del *Regulierungsrecht* y que entre nosotros no tienen tan indiscutible consideración: uno es el de la infraestructura social en la sanidad (*Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen*), y en él se distinguen dos sectores o subsectores a los que se dedican sendos estudios: el sector ambulante de la atención social sanitaria (Margarete SCHULER-HAMS) y el sector estacionario, hospitalario y de establecimientos (Ansgar HENSE).

Otro sector es el de los residuos y su tratamiento (Wolfgang KAHL). Un sector particularmente pujante en Alemania. Como el propio autor se cuida de destacar, son 3.300 empresas privadas y 700 empresas públicas o semipúblicas, con participación privada significativa, las que conforman este dinámico mercado, que, por envolver intereses públicos muy relevantes, queda sujeto a regulación.

El sector del agua (Wolfgang KAHL) reúne, sin duda, todos los componentes para convertirse en objeto predilecto de la regulación: destacadísima relevancia pública, no menos importante significación económica, escasez y limitaciones objetivas, necesidad de fijar determinaciones que pueden ser muy variables. La prueba evidente de ello es que en muchos países el agua es un sector central en el panorama regulatorio. Sin embargo, una determinación muy arraigada en nuestra cultura jurídica, como es la naturaleza de bien de dominio público del agua, la sitúa al margen de la lógica regulatoria que tiene como presupuesto la titularidad privada de los bienes o recursos, lo que permite la formación de un mercado que, por una serie de razones específicas, requiere de una regulación pública. Pero la titularidad pública, demanial, del agua entre nosotros constituye un título tan poderoso que en torno a él puede articularse todo un acabado y poderoso sistema de atención y protección de los intereses públicos. Es justamente la pérdida de posiciones dominicales —con mucha similitud a estos efectos con la titularidad demanial, sin ser lo mismo desde luego— en otros sectores lo que ha suscitado la incorporación de la regulación como modelo alternativo para la atención y garantía de ciertos intereses públicos.

En fin, el sector genuinamente alemán de las Escuelas Superiores, *Hochschule* (Michael FEHLING). Su entrada en la órbita de la regulación se debe a que en este sector se ha desarrollado un componente económico, de gestión, de competencia, de mercado, del que antes carecía por completo. Su régimen se adscribía de lleno al Derecho administrativo cultural, *Kulturverwaltungsrecht*, que concedía a la Administración efectivos medios de dirección que se van perdiendo con el desplazamiento hacia el mercado de estas instituciones.

2. *El cuadro conceptual e institucional de la regulación*

Mayor interés parece que ha de suscitar la parte general, los fundamentos, el tronco del que proceden las ramificaciones de los diferentes sectores. Pues bien, si en los sectores habíamos registrado alguna diferencia, imputable siempre a rasgos diferenciados en la cultura jurídica española y en la germánica —como pudiera ser el régimen de dominio público—, cuando reparamos en orígenes y fundamentos de la regulación de la economía la sintonía es prácticamente total entre la aproximación y análisis de la doctrina alemana en su *Regulierungsrecht* y el realizado por nosotros en el volumen *Fundamentos e instituciones de la regulación*.

Las coincidencias se advierten ya en la atención que se dispensa en primer término a los antecedentes y modelo actual de la regulación económica

en los Estados Unidos de América (Oliver LEPSIUS). Un tema que tuve también ocasión de tratar en un capítulo a él dedicado en nuestro libro. El conocimiento de esta materia me permite valorar en su real alcance la magnífica exposición de Oliver LEPSIUS, profesor en la Universidad de Bayreuth, sucesor allí en la cátedra de Peter HÄBERLE, y a quien conocía bien de nuestros años de formación en la Universidad de Munich, prolongados luego, en diferentes momentos, en la Universidad de Chicago. Allí pudo estudiar LEPSIUS en profundidad el sistema del Derecho administrativo en Estados Unidos, arrancando de sus raíces en el *common law* y evolucionando luego en la línea del Derecho administrativo de la Europa continental⁸.

Un solo aspecto creo de interés destacar aquí por mi parte, más allá de las muchas cuestiones que se tratan en las aproximaciones al sistema regulador norteamericano, y es que el modelo al que se presta atención desde Europa es el de la última, y vigente, fase de su evolución. Se trata del modelo de regulación en competencia. En Estados Unidos se conocieron otros modelos de regulación que no suscitaban interés alguno en Europa, pues se disponía ya aquí por entonces de sistemas con una similar funcionalidad. A título de ejemplo y aunque, desde luego, no resulta pertinente desarrollarla aquí, una constatación que se alcanza tras alguna reflexión es que el modelo inicialmente extendido de regulación en monopolio venía a ser muy semejante al nuestro de concesión: cuando al concesionario se le garantizaban unas retribuciones seguras a cambio de que operase con unas tarifas razonables, los rigores que pudieran derivarse del contrato se habían aliviado previamente admitiendo su mutabilidad para situar al concesionario en una situación muy similar a la del operador monopolista sujeto a regulación. El eje referencial de ese modelo regulador era, recordémoslo, la *rate of return* o tasa de retorno, que trataba de articular de manera equilibrada y razonable los costes e ingresos del operador monopolista y que guarda muchas similitudes —es prácticamente lo mismo— con lo que se conoce como la ecuación financiera del contrato de concesión.

La misma preocupación se detecta por el impulso dado por el Derecho europeo y la recepción de la regulación en Europa (con dos artículos de Matthias RUFFERT), el encuadre de la regulación en el marco constitucional (Oliver LEPSIUS). Tampoco faltan análisis desde otras perspectivas, como es la iusfilosófica, centrada aquí en la relación entre regulación y libertad (Hans-Joachim CREMER), y, por supuesto, la perspectiva económica (Martin LESCHKE), que nosotros cuidamos también muy particularmente en nuestro volumen con la participación del Grupo de Regulación del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Barcelona.

La parte general acaba por sintetizarse en torno a cinco temas centrales, desarrollados por los autores con mayor protagonismo en esta obra: el concepto de regulación (Matthias RUFFERT), sus fines u objetivos (Oliver LEPSIUS), sus procedimientos e instrumentos (Michael FEHLING), la organización

⁸ Fue el resultado de ese estudio un libro excelente, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, Ed. Mohr Siebeck, Tubinga, 1997.

de la regulación (Gabriele BRITZ), la protección jurídica en el Derecho administrativo de la regulación, *¡sic!* (Jens-Peter SCHNEIDER), y, finalmente, las perspectivas que se avizoran (Michael FEHLING y Matthias RUFFERT).

La formulación de un concepto de regulación de la economía se le presenta a RUFFERT como una tarea de alto riesgo científico. Más que reproducir ese recargado concepto⁹, cuya traducción del alemán nunca sería del todo fidedigna, parece más conveniente destacar sus elementos.

La regulación es en primer lugar una actividad de poder, de supremacía (*hoheitliche Handeln*). Es ejercicio de poder público.

Esa actividad se proyecta sobre sectores económicos, o que tienen un marcado componente económico, que resultan vitales para la sociedad.

El objetivo de esa actividad de regulación es doble: por un lado, activar y mantener los mecanismos de competencia entre los operadores; por otro, atender a las exigencias de aseguramiento del interés público o bien común (*Gemeinwohlsicherung*).

Es del todo fundamental prestar atención a la última palabra de la definición, que en alemán, por muy largo que sea el enunciado, es invariablemente un verbo que dará todo su sentido a todos los componentes de la frase. Pues bien, ese verbo no es otro que *garantieren*, bien fácil de traducir: garantizar.

La regulación se nos presenta así con un marcado y determinante componente garantista. En Alemania, ese garantismo característico de la regulación se encuadra en un macroconcepto que se presenta como calificativo del Estado en su conjunto, el *Gewährleistungsstaat*, el Estado garantista o Estado garante, como también se conoce entre nosotros¹⁰. Un modelo de Estado que se presenta como alternativa o sucedáneo al Estado prestacional. El Estado garante deja de ser prestador directo de servicios, al abandonar su titularidad y posición de dominio sobre los mismos, para replegarse estratégicamente y ocupar, o pretender ocupar, la posición de garante. El Estado no presta servicios, los garantiza. Ése es al menos el objetivo, otra cosa su consecución efectiva. En ese entorno se sitúa y explica la regulación, hasta tal punto que al concluir su concepto de regulación, RUFFERT lo reformula con un enunciado más sintético y rotundo: «la regulación es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de tareas públicas en el Estado garante»¹¹.

No deja de ser significativa la simultaneidad o contigüidad en el tiempo con que se desarrollan en los últimos años procesos como la privatización de servicios y empresas públicas, la recepción del sistema de regulación de la economía, y la construcción doctrinal del Estado garante o *Gewährleistungsstaat*. Todos ellos están estrechamente relacionados: el traslado a manos privadas de buena parte de los medios y aparatos de prestación que sa-

⁹ *Regulierungsrecht*, pág. 359.

¹⁰ Sobre el tema me permito remitirme a mi ponencia «La regulación de la economía desde el Estado garante», *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Thomson-Aranzadi, núm. 2, 2007, págs. 79 y ss.; especialmente, sobre el estado de la cuestión en la doctrina alemana, págs. 109 y ss.

¹¹ «Regulierung ist ein Mechanismus zur Sicherstellung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Gewährleistungsstaat», en *Regulierungsrecht*, cit., pág. 359.

tisfacen necesidades públicas conduce a la recomposición de la función del Estado, que no puede ser ya la de prestador, sino la de garante. La regulación es entonces, efectivamente, un mecanismo, un medio del Estado garante, alternativo a la función de prestación, pero con los mismos objetivos y la misma atención por los intereses generales.

Resulta por ello muy oportuna la aportación de Oliver LEPSIUS sobre los fines de la regulación, destacando desde un principio que el Derecho de la regulación institucionaliza un proceso dual que conecta la promoción de la competencia con la atención al bien común (*Gemeinwohlbelangen*). El eje y sentido del Derecho de la regulación consistirá en articular correctamente estos dos fines y resolver los frecuentes conflictos que entre ellos puedan suscitarse.

IV. EL ASENTAMIENTO DEL DERECHO DE LA REGULACIÓN EN EUROPA. LA NECESIDAD DE AJUSTE DE SUS PIEZAS Y LA REDEFINICIÓN DE SU ENTORNO

La aparición de una obra colectiva tan importante como el *Regulierungsrecht* acredita por sí misma la entidad que se reconoce ya al Derecho de la regulación de la economía. Se confirma así plenamente la percepción y recepción por la doctrina española, que se anticipó en unos meses a ofrecer un completo tratamiento de este Derecho, tanto en sus conceptos e instrumentos generales como en la aplicación en sus diversos sectores. No estamos, pues, ante una moda académica pasajera ni ante un episodio de papanatismo de los que no faltan. Una dogmática tan sólida y depurada como la alemana, nada proclive a introducir lo que no puede ponerse en sintonía con sus tradiciones y referencias básicas, salvo que resulte imprescindible para resolver nuevos problemas a los que éstas no dan respuesta, incorpora también el modelo de regulación en competencia de sectores básicos de la economía.

Es una confirmación rotunda por la nueva generación de la doctrina iuspublicista alemana. Un nutrido y representativo grupo de jóvenes profesores —y profesoras, otra destacada novedad en el panorama universitario germánico— que acceden a la cátedra en los diez últimos años. Una generación con una marcada orientación europeísta y unas preocupaciones que rebasan con mucho el espacio cerrado de la dogmática de antaño. No en vano, varios de los autores de esta obra mantienen una relación fluida con universidades españolas y son conocidos entre nosotros.

Creo, en cualquier caso, que se tiene la plena convicción, tanto en la órbita germánica como en la nuestra, de que este proceso inicial de recepción es sólo el primer material para la construcción —y no, desde luego, para la mera traslación— de un modelo propio de regulación. La aportación doctrinal, característica de los procesos de recepción, está ya lanzada. Falta ahora un trabajoso proceso de ajuste de las piezas e instrumentos cuyo protagonismo necesariamente habrá de compartir la doctrina con la jurisprudencia. Pero conviene destacar que, más allá de este ajuste interno, que afecta a las fórmulas y técnicas características de la regulación económica, habrá que con-

siderar en sus justos términos el impacto de la incorporación de esta maquinaria jurídica en la sistemática del Derecho público, y particularmente del Derecho administrativo. Se advierte y se reitera, en efecto, a lo largo de la obra alemana algo sobre lo que nos pronunciábamos con total convicción: el Derecho de regulación es Derecho administrativo, es una actividad del poder público sujeta a Derecho. Parece incuestionable que la regulación, con sus modos y giros característicos, tensiona con alguna frecuencia referencias y principios fundamentales de un Derecho administrativo que deberá recomponer sus líneas para, sin retroceso en sus conquistas, ponerse a la altura de los tiempos y encarar la realidad, aunque no guste (12).

¹² En la fase de corrección de pruebas de esta crónica está a punto de celebrarse el Congreso Hispano-Luso de Profesores de Derecho Administrativo, que tiene como tema único la regulación de la economía, con especial atención a la regulación bancaria. Con toda seguridad, el elogiado esfuerzo organizativo de la Universidad de Córdoba para acoger este evento dará sus frutos con aportaciones relevantes a ese proceso de construcción de unas nuevas categorías e instituciones en el que estamos comprometidos.

