

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

BETANCOR, Andrés: *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2010, 700 págs.

La presente obra, fruto de diversos avatares académicos justificados en la búsqueda de la excelencia, supone un punto de llegada en las investigaciones sobre el mito tecnocrático como justificador del poder que, desde hace bastante tiempo, ha emprendido con singular éxito el profesor BETANCOR. El presente libro de Derecho público de la economía estudia las claves institucionales del proceso de liberalización; en concreto, analiza los mecanismos jurídicos de control de la Administración cuando interviene las actividades económicas para la mejor y eficaz garantía de los derechos de los afectados. Faltaba, desde luego, en la doctrina iuspublicista española una reflexión en clave exclusivamente jurídica de la regulación tanto más necesaria desde el momento que ha sido identificada como una nueva función del Estado. Esta completa monografía está dedicada, por consiguiente, a la recuperación del tradicional discurso jurídico sobre las garantías frente al poder de la Administración y se propone levantar el velo del mito de la regulación para pasar a la realidad del Derecho. Como el propio autor afirma: «no hay Estado regulador; no hay función reguladora, no hay intervención al servicio del mercado, no hay mercado como único objetivo de interés público, no hay, en suma, regulación para la competencia. Hay Estado sometido al Derecho y a la Constitución que despliega, conforme a dicho marco, su

actividad de intervención o control de las actividades económicas que, por lo tanto, ha de sujetarse a las garantías y controles dispuestos por aquel Derecho para asegurar la protección debida a los derechos y libertades de los ciudadanos» (pág. 30).

La obra queda estructurada en dos partes. La primera, dedicada a la des-construcción del mito de la regulación, está integrada por los capítulos III y IV; y la segunda, titulada «La re-construcción: el control de la intervención regulatoria», se compone de una introducción, de los capítulos V a VIII y de unas conclusiones. Ambas partes vienen precedidas de una introducción general y de los capítulos I y II, donde el autor expone los fundamentos de la regulación y analiza su visión mitificada. Como importante complemento se añaden tres anexos sobre sentencias del Tribunal Supremo recaídas, respectivamente, sobre asuntos relativos a la actividad de los organismos reguladores independientes durante el periodo 1998-2009 (págs. 627-654); en segundo lugar se refieren las sentencias en las que se aprecia la discrecionalidad (periodo 1998-2009) (págs. 655-658); y, por último y como elemento de comparación, se recogen las sentencias del Alto Tribunal sobre discrecionalidad relacionada con la clasificación del suelo (periodo 1998-2009) (págs. 659-674). El estudio se cierra con una completa relación ordenada de la numerosísima bibliografía manejada (págs. 675-700).

El capítulo I define la regulación como función administrativa de intervención de la actividad económica privada. El carácter pluridisciplinar y jurídicamente confuso de la regulación proviene de sus fuentes an-

glosajonas, a la que la doctrina estadounidense y la británica aportan diferentes matices. Para BETANCOR, «si en el caso norteamericano, regulación y Agencia se confunden, en el caso británico sucede lo mismo con regulación y la actividad del Estado de intervención (restricción) de las actividades económicas... regulación se confunde con intervención pública de las actividades económicas» (pág. 35). El autor lleva a cabo un brillante estudio comparado de las diferentes visiones económica, politológica y jurídica para concluir que «las mayores diferencias se estructuran alrededor de los objetivos o fines perseguidos» (pág. 47) y propone, frente a la visión mítica criticada, una manera alternativa de concebir la regulación centrada, en cambio, en el control de la regulación. Las propuestas que se articulan en las páginas de esta monografía responden a esta inspiración central.

El capítulo II, basado en un trabajo anterior aparecido en 2008 pero sometido a importantes cambios, analiza la regulación como nueva realidad estatal, cuya importancia es proporcional al hueco que intenta llenar después de la liberalización. La desaparición del servicio público como título de intervención —auténtico mito fundador del Derecho público— ha dejado un hueco enorme. La urgencia de la doctrina iuspublicista europea, y en especial española, por rellenarlo ha magnificado esta supuesta nueva función pública encargada de suplirla o sucederla (pág. 50). En efecto, la liberalización y la privatización liquidaron la propiedad pública de empresas y bienes, así como la reserva de actividades (monopolio), bajo el ropaje jurídico del servicio público, como medios de los que se servía el Estado para controlar el desarrollo de ciertas actividades económicas. La crisis del Estado intervencionista europeo provocó que la vista se volviera, a través del filtro de las teorías económicas, hacia los Estados Unidos con su confianza en el mercado, pero también en la regulación como mecanismo de control público de las actividades privadas. El autor, tras más de treinta años de liberalización, considera que ha llegado el momento de desmitificar la visión tecnocrática de la regulación para, una vez despojada de su ropaje neutral, que

sólo sirve para alimentar la politización de la intervención pública, someterla a las técnicas jurídicas de control que garanticen los fines de interés público que la justifican. La conclusión central de este capítulo desnuda la falsedad jurídica de la neutralidad de la regulación, así como sus peligros en términos de garantía de los derechos de los interesados.

Los fundamentos ideológicos, económicos y jurídicos del mito de la neutralidad del Estado, estudiados en el capítulo III, hunden sus raíces en la doctrina liberal del Derecho público. En sus versiones extremadas suponen la marginación del propio Derecho, frente a las que reacciona el autor al preguntarse: «¿Cómo es concebible jurídicamente que el mercado esté al margen de la Constitución? ¿Cómo es concebible jurídicamente que el Derecho se limite al metacercado? ¿Cómo es concebible que el Derecho no tenga nada que decir respecto de cómo funciona el mercado?» (pág. 120). Su convicción, por el contrario, parte de que el Estado y el Derecho son y deben serlo constitucionales. No cabe otro Estado ni otro Derecho del mercado en nuestro sistema jurídico-político. La des-construcción de las visiones puramente economicistas, a la que se dedica toda esta parte primera, se complementa en el capítulo IV con el análisis de la contribución de la historia y del Derecho estadounidense al mito de la regulación (págs. 135 y ss.).

La segunda parte de la monografía afronta la re-construcción de la intervención regulatoria en clave jurídica, que se ha de basar, a su juicio, en ciertas ideas básicas o esenciales que asumen, paradójicamente, las aportaciones relevantes de la teoría económica —fallos del mercado— y de la teoría jurídica —control de las potestades de la Administración—. De este modo, el capítulo V indaga sobre la justificación y límites últimos de la intervención regulatoria en el marco jurídico del Derecho de la Unión Europea (págs. 218 y ss.) y de nuestra Constitución (págs. 281-310), en la que la cláusula de Estado social no impone una forma o manera de hacer realidad sus objetivos finalistas. No se puede afirmar, en coherencia, que exista una incompatibilidad entre el Estado social constitucional-

zado en España desde 1978 y el mercado (pág. 285). El autor analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de empresa (art. 38 CE) —págs. 297-310— para sintetizar que «la doctrina del TC sobre la libertad de empresa ha sufrido una evolución. Esta evolución partió, significativamente, del reconocimiento de esta libertad como una institución. Sólo posteriormente se admitirá su condición de derecho subjetivo. Es la evolución ajustada a la propia evolución histórico-política de la libertad de empresa en España» (pág. 297).

El capítulo VI analiza la independencia como nota característica de las autoridades reguladoras. Una de las características más específicas, cuando la Administración deja de ser prestadora por sí misma para convertirse en garante de la prestación, consiste en que esta función de supervisión (SCHMIDT-ASSMANN) se atribuye a organismos, en principio, imparciales. Sin embargo, esta característica que sirve de fundamento a su existencia también alimenta la crítica, la contestación, al regulador en todos los países donde han sido implantados: «no son organismos que susciten a su alrededor ni unanimidades ni apoyos entusiastas. Son demasiado poderosos y, a la vez, débiles para que no sean víctimas de críticas más o menos fundadas. Es más, esta crítica social es un mecanismo esencial de control de estos organismos. Los poderes excesivos, por mucho fundamento tecnocrático que tengan, precisan de contrapesos (jurídicos y no jurídicos) que los equilibren en la senda de su función de regulación evitando las desviaciones arbitrarias. Uno de estos contrapesos no jurídicos es el escrutinio público de la actividad del regulador» (pág. 336). La actual crisis económica, en cuya génesis han obrado los más grandes fraudes financieros de la historia, que no fueron descubiertos por los reguladores más poderosos, ha puesto de manifiesto, además, que «la distancia entre las teorías normativas y las positivas, utilizando la terminología de los economistas, es enorme. Las normativas parten de la base de un regulador informado y benevolente. Las positivas, de otro desinformado y capturado. El reto del Derecho es contribuir a moderar tanto lo malo como la

aspiración a lo bueno... Encontrar un punto de equilibrio en el que se minimicen los aspectos negativos y se maximicen los positivos que tanto el regulador como el monopolio tienen» (pág. 382).

Los fallos del mercado como límites económicos y jurídicos a la regulación son estudiados en el capítulo VII, que mostrará el juego entre la intervención regulatoria y la libertad de empresa en el escenario de un mercado con importantes fallos. El autor declara, como punto de partida, que «el mercado es una institución social organizada y regulada por el Derecho. Éste puede establecer las restricciones o limitaciones que considere oportunas en virtud de múltiples razones. Esto no quiere decir que cualquier razón o cualquier restricción son válidas. En términos jurídicos, el límite último es la libertad de empresa y el marco de la economía de mercado garantizado constitucionalmente (art. 38 CE). Si el legislador respeta este límite, puede establecer aquellas restricciones que precisamente el citado artículo justifica: el interés general. En el corazón mismo del mercado como institución social y jurídica está el interés general» (pág. 387). Así, va analizando el mercado de interés general con intervención regulatoria mediante obligaciones de servicio público (págs. 396-420); el caso del sistema financiero, en segundo lugar, como mercado de interés general sin infraestructura y con información asimétrica (págs. 420-442); el mercado de interés general con monopolio natural, en un tercer momento, ejemplificado en las actividades de servicio en red para el suministro de energía (págs. 442-481); y, por último, el mercado de interés general con empresa con poder significativo de mercado, como sucede en el caso de las telecomunicaciones (págs. 481-493). Este profundo estudio de la regulación de los mercados en que actúan los reguladores independientes permite al autor formular relevantes conclusiones (págs. 493-499).

Al control judicial de la actividad de los reguladores independientes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español dedica el autor el capítulo VIII de su monografía. La investigación íntegra, en la mejor tradición del *New Legal Realism* estadou-

nidense, muestra que la libertad de empresa es la gran desconocida en el ámbito de intervención regulatoria por lo que a la jurisprudencia del TS se refiere. Esta afirmación, necesariamente polémica, se basa en el siguiente hecho: «el TS no ha apreciado que ninguna medida restrictiva a las empresas que actúan en los mercados regulados sea contraria a la libertad de empresa por imponer una limitación desproporcionada... la falta de reconocimiento de la importancia de la libertad de empresa tiene una consecuencia evidente: cuanto menos libertad se reconozca, menos necesidad habrá de razonar sobre la proporcionalidad de los límites que se impongan» (pág. 581). Consecuencia indeseable de una visión neutralista-tecnocrática y, por lo tanto, mitológica de la regulación que constata la material deferencia hacia los reguladores. El análisis porcentual de la numerosísima jurisprudencia analizada, aplicando una metodología verdaderamente innovadora en los estudios jurídicos españoles, permite extraer conclusiones reveladoras; entre otras, que nunca se ha anulado ninguna resolución de los reguladores del sistema financiero o de la energía (pág. 614) o, por otra parte, nunca ningún gran banco ha recurrido ninguna decisión del Banco de España (pág. 618). Como con acierto sintetiza el autor: «cuando el juego se desenvuelve entre actores tan poderosos, es lógico que éstos disfruten de unas mayores posibilidades de defensa» (pág. 619).

La obra, en conclusión, demuestra que la única garantía jurídica que tienen los ciudadanos para contribuir a que los reguladores sirvan con eficacia los objetivos establecidos en la legislación correspondiente reside en el reforzamiento de los instrumentos de control, en especial del control de su discrecionalidad. Las referencias realizadas, apenas breve noticia del muy rico contenido de la presente monografía, deben invitar a la insustituible lectura de esta obra que, realizada por un gran investigador universitario, desmonta el mito de la regulación y permite atisbar un futuro de mayor control de la intervención de los reguladores económicos. El profesor BE-TANCOR ha firmado páginas señeras que, por

derecho propio, le hacen formar parte de lo más granado de nuestra doctrina iusadministrativista.

Santiago M. ÁLVAREZ CARREÑO
Universidad de Murcia