



CICLO DE SESIONES FIDE *SMART REGULATION*

DOCUMENTO DE CONCLUSIONES

FUNDACIÓN FIDE

MADRID – ESPAÑA

ENERO – JUNIO 2023



Índice:

I. Planteamiento del Ciclo FIDE sobre Smart Regulation.	3
II. Síntesis de conclusiones y recomendaciones.	4
III. Qué es y qué persigue la <i>Smart Regulation</i> .	6
IV. Desarrollo de las conclusiones y recomendaciones derivadas del Ciclo.	8
i. La Smart Regulation debe ser un pilar de la visión compartida de país a largo plazo y un elemento fundamental en la cultura de servicio público.	8
ii. La <i>Smart Regulation</i> debe sustentarse en la regulación con arreglo a evidencias.	11
iii. El diseño institucional debe propiciar las dinámicas de <i>Smart Regulation</i> .	13
iv. La aplicación de la <i>Smart Regulation</i> debe considerar el coste derivado de la regulación defectible o perfectible.	16
v. Las Ciencias Sociales conductuales resultan de gran utilidad para el desarrollo de <i>Smart Regulations</i> .	19
V. Relación de sesiones y ponentes.	22
VI. Sobre Fide	24

I. Planteamiento del Ciclo FIDE sobre Smart Regulation.

Entre los meses de enero y junio de 2023, FIDE ha celebrado un Ciclo de Sesiones sobre Smart Regulation, en el que se han analizado determinadas cuestiones de interés, tanto para los profesionales públicos como privados, de la actividad regulatoria de los poderes públicos, de la mano de diez expertos de distintos ámbitos.

Tanto en España como en los países de nuestro entorno, la sujeción del diseño y formulación de normas a los llamados principios de buena regulación es una obligación expresamente contenida dentro las normas que rigen la actuación de los poderes públicos, en concreto de la Administración. Sin embargo, la consolidación de la *Smart Regulation* como elemento central de la praxis regulatoria trasciende a su consignación legal expresa. **La cuestión interpela a distintos aspectos de la actualidad político-administrativa y económica, en particular en España, a la vista de la próxima legislatura.** Algunos de ellos son:

- La discusión sobre las vías de mejora de la calidad institucional de nuestro sistema político-administrativo.
- El fortalecimiento de la cultura de excelencia, rigor y responsabilidad en el servicio público.
- La capacidad de la sociedad civil para participar de manera satisfactoria en los procedimientos regulatorios.
- El rol de organismos e instituciones que, sin perjuicio de su adscripción formal, mantienen distintos grados de independencia sobre el Gobierno.
- La añadida complejidad derivada de la eficacia y efectividad de las normas en Estados política y territorialmente descentralizados como España.
- La constante actualización del papel del Estado en la prosecución del interés público y, en consecuencia, de los principios aplicables a la regulación de la actividad económica.

3

Con esta visión transversal en mente, el Ciclo de sesiones sobre *Smart Regulation* pretendía reunir a expertos y *stakeholders*, tanto del sector público como privado y académico, con una diversidad de perspectivas sobre la dimensión regulatoria.

Esta fase del Ciclo ha contado con cinco sesiones, en las que han participado un total de diez ponentes, habiendo sido **coordinado por Juan Espinosa y Carlos Hernández Rivera**, ambos socios fundadores de [Silverback](#). Con base en las sesiones del Ciclo, los coordinadores han elaborado este documento, que pretende contextualizar las cuestiones desarrolladas y reflejar los aspectos principales de las discusiones, en forma de determinadas conclusiones y recomendaciones¹.

¹ Si bien se ha realizado un esfuerzo de fidelidad hacia lo desarrollado en las Sesiones del Ciclo, las conclusiones y recomendaciones contenidas en este documento son fruto de la sistematización enriquecida de las distintas aportaciones de acuerdo con la visión de los coordinadores. El contenido de estas no necesariamente coincide con las presentaciones de los ponentes en las distintas sesiones ni con sus opiniones, realizadas bajo la Chatham House Rule. En todo caso, los ponentes y participantes en las distintas sesiones del curso no necesariamente han de suscribir la totalidad de las conclusiones y recomendaciones expresadas en este documento.

II. Síntesis de conclusiones y recomendaciones.

Conclusión	Recomendaciones
<p>i. La <i>Smart Regulation</i> debe ser un pilar de la visión compartida de país a largo plazo y un elemento fundamental en la cultura de servicio público.</p>	<ul style="list-style-type: none">- Consolidar la importancia de la función regulatoria como parte de una verdadera cultura pública basada en la calidad del servicio.- Fomentar la participación efectiva de empresas y asociaciones en la elaboración de la regulación.- Ser ágiles y pragmáticos en el ejercicio regulatorio, en particular en la regulación de entornos de disrupción tecnológica.- Considerar la regulación como proceso dinámico, en el que la evaluación, tanto <i>ex ante</i> como <i>intermedia</i> y <i>ex post</i>, es clave.- Reforzar la credibilidad institucional de la evaluación de políticas públicas y regulaciones.- Aprovechar las particularidades del modelo descentralizado para fomentar la experimentación, la comparación y la evaluación recíproca.
<p>ii. La <i>Smart Regulation</i> debe sustentarse en la regulación con arreglo a evidencias.</p>	<ul style="list-style-type: none">- Garantizar el acceso razonable a las series públicas de datos que se manejan en las decisiones regulatorias.- Generalizar el instrumento del “<i>Call for evidence</i>” de cara a valorar la oportunidad y pertinencia de las iniciativas.- Aumentar el potencial de la consulta pública previa como instrumento eficaz de aportación y contraste de evidencias.- Mejorar el rigor de los análisis de impacto regulatorio.- Revisar y evaluar <i>ex post</i> la calidad de los análisis de impacto regulatorio.
<p>iii. El diseño institucional debe propiciar las dinámicas de <i>Smart Regulation</i>.</p>	<ul style="list-style-type: none">- Garantizar la predictibilidad del ejercicio regulatorio mediante la planificación prospectiva.- Reforzar el peso efectivo de los informes de los órganos consultivos en los procedimientos normativos.

Conclusión	Recomendaciones
	<ul style="list-style-type: none"> - Optimizar los mecanismos interdepartamentales de mejora de la regulación previos a la aprobación de las iniciativas. - Potenciar el rol de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa. - Profundizar en las metodologías <i>Smart Regulation</i> en la fase legislativa de los proyectos de ley. - Reforzar los elementos técnicos en la tramitación de proposiciones de ley de los grupos parlamentarios. - Consolidar los elementos <i>Smart Regulation</i> en los niveles autonómico y local.
<p>iv. La aplicación de la <i>Smart Regulation</i> debe considerar el coste derivado de la regulación defectible o perfectible.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Incorporar la dimensión sistémica a la hora de sujetar una actividad económica a regulación o de modificar la regulación existente. - Abordar con cautela la regulación prohibitiva o impeditiva de la actividad en entornos en transformación. - Considerar el coste de oportunidad empresarial en la regulación de modelos de negocio basados en la disrupción tecnológica. - Promover regulaciones digitales basadas en el control de resultados.
<p>v. Las Ciencias Sociales conductuales resultan de gran utilidad para el desarrollo de <i>Smart Regulations</i>.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Considerar el instrumento de los acicates regulatorios en entornos digitales. - Considerar el instrumento de los acicates regulatorios en entornos con alto coste o baja efectividad de supervisión y control. - Desarrollar un análisis de proporcionalidad riguroso en las iniciativas regulatorias que instrumenten acicates. - Utilizar la información sobre conducta y preferencia de los usuarios y otros sujetos regulados en la formulación de regulaciones. - Potenciar la formación de los profesionales públicos de la regulación en materia de sesgos y otros aspectos conductuales.

III. Qué es y qué persigue la *Smart Regulation*.

La *Smart Regulation*, o Regulación Inteligente, se puede definir como el conjunto de principios, instrumentos y mecanismos destinados a garantizar la pertinencia, adecuación, calidad y utilidad de las regulaciones que se adoptan.

La *Smart Regulation*, cuya primera formulación data de 1998 en el contexto de la regulación medioambiental², se fundamenta conceptualmente en los llamados **principios de buena regulación**, desde hace tiempo objeto de un profuso desarrollo académico, incluyendo su análisis crítico³. Estos principios se encuentran suficientemente sistematizados por distintas entidades internacionales como la **OCDE⁴ o las propias instituciones europeas, que han asumido el término *Smart Regulation*⁵.**

A nivel UE, la Comisión Europea utiliza los principios de buena regulación en el diseño, evaluación y revisión de sus iniciativas regulatorias⁶ y el propio Tribunal de Justicia los ha consolidado en su jurisprudencia sobre el control de las restricciones regulatorias a las libertades de circulación comunitarias, en particular el de idoneidad o necesidad y el de proporcionalidad, con reflejo expreso en multitud de normas de Derecho europeo secundario⁷.

En España, tras diversas consignaciones en distintas normas a lo largo de los primeros años de este siglo⁸, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas recoge expresamente los principios de buena regulación: necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia⁹.

La *Smart Regulation* pretende generar una cultura y unas prácticas regulatorias entre los decisores públicos que aseguren que estos principios superan la barrera teórica y sean parte consustancial al día a día del proceso regulatorio. En esta aspiración, no solo es importante el qué, sino el cómo. Por tanto, más allá de la consignación de los principios de buena regulación, la *Smart Regulation* engloba un conjunto de herramientas, metodológicas y procedimentales, destinadas a hacerlos verdaderamente efectivos.

Entre los elementos metodológicos destaca particularmente el análisis de impacto regulatorio de los proyectos normativos impulsados - *Regulatory Impact Assessment* en inglés; en España desarrollado mediante la Memoria del Análisis de Impacto

2 Cunningham N., Grabosky Peter N., Sinclair D., (1998), *Smart Regulation: designing environmental policy*. Clarendon Press.

3 Baldwin, R. (2005), *Is better regulation smarter regulation?* *Public Law* (Autumn). pp. 485-511.

4 OCDE (2005), *Guiding principles for regulatory quality and performance*. <https://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>.

5 Comisión Europea (2011), *Smart Regulation in the European Union*, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:EN:PDF>.

6 Comisión Europea, *Legislar Mejor: Directrices y Herramientas*, https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox_es.

7 A modo de ejemplo al respecto, podemos citar la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

8 Por ejemplo:

Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone parcialmente al ordenamiento español la Directiva de Servicios.

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

9 Artículo 139, apartados 1 a 4.

Normativo obligatoria desde 2009¹⁰- o el seguimiento ex post del impacto y resultado de las regulaciones. De entre los aspectos más procedimentales es reseñable la articulación de la participación de los agentes económicos y de la sociedad civil en los distintos proyectos regulatorios. Igualmente, los poderes públicos dedican políticas públicas y programas específicos a profundizar en la mejora regulatoria de una manera coherente e integrada con el resto de su acción pública. Por ejemplo, el programa *REFIT* de la UE¹¹.

La conexión con el interés público que se deriva de promover principios, metodologías y procesos que redunden en una mayor idoneidad y un mejor diseño de las normas que se aprueban es evidente. El beneficio de contar con normas mejor fundamentadas, mejor diseñadas y más enriquecidas con las aportaciones de los agentes y operadores afectados o interesados conecta con el servicio que los poderes públicos prestan a la ciudadanía y a la sociedad, así como con la participación y garantía del proceso debido cuya salvaguarda es inherente a las sociedades democráticas.

Si la anterior es una afirmación aplicable con carácter general a cualquier tipo de ejercicio normativo, resulta particularmente pertinente en relación con la regulación de actividades económicas. En estos casos, normalmente la conformación del interés público a través de la intervención regulatoria responde a vectores que interactúan entre sí, con frecuencia de manera contradictoria. Por añadidura, la regulación resultante afecta directamente a elementos de la actividad económica como la productividad, la eficiencia, la innovación, la iniciativa privada o la promoción del empleo. En consecuencia, el equilibrio y ajuste de la regulación debe calibrarse con arreglo a un análisis coste-beneficio riguroso, tanto estático como dinámico.

7

Finalmente, la *Smart Regulation* no es únicamente, ni siquiera principalmente, una cualidad predicable de esta o aquella iniciativa regulatoria concreta, sino un sistema que podríamos llamar meta-regulatorio, relacionado con la existencia de elementos estructurales de índole cultural a lo largo del ciclo político-regulatorio en su globalidad, cuya presencia facilita que la regulación adoptada en cada caso sea verdaderamente “inteligente”¹². Son estos elementos los que corresponde promover desde una aproximación práctico-institucional al diseño, elaboración, fundamentación y evaluación de las regulaciones.

Las conclusiones y recomendaciones presentadas en este documento, a partir de las sesiones celebradas en FIDE, se centran en esta dimensión transversal y sistémica. Tienen asimismo un componente incremental: cuanto mayor sea su incidencia, mayor es la probabilidad de que los distintos proyectos regulatorios resulten adecuadamente diseñados y resulten “más inteligentes”.

10 Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, op.cit.

11 Comisión Europea, *REFIT – making EU law simpler, less costly and future proof*, https://commission.europa.eu/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-less-costly-and-future-proof_en#how-refit-works.

12 Comisión Europea, *Comunicación sobre Smart Regulation 2011* (op.cit): “First, smart regulation is about the whole policy cycle - from the design of a piece of legislation, to implementation, enforcement, evaluation and revision” (p.3).

IV. Desarrollo de las conclusiones y recomendaciones derivadas del Ciclo.

A continuación, se detallan, de manera sistematizada, las principales conclusiones y recomendaciones que a juicio de los coordinadores del Ciclo han suscitado las exposiciones, debates e interacciones entre ponentes y asistentes que han tenido lugar en las distintas sesiones sobre *Smart Regulation*.

Así, a modo de conclusiones se presentan cinco ideas-fuerza. Dentro de las mismas se encuadran distintas recomendaciones relacionadas con la conclusión de que se trate.

i. **La Smart Regulation debe ser un pilar de la visión compartida de país a largo plazo y un elemento fundamental en la cultura de servicio público.**

La calidad de la regulación tiene un impacto directo sobre el bienestar tanto social como económico, afectando de forma profunda al correcto funcionamiento de los distintos sectores y actividades. En concreto, en relación con esta última dimensión, un marco regulatorio ineficiente e inadaptado a las realidades de los distintos sectores económicos puede lastrar de manera significativa el desarrollo de la economía de un Estado.

En este sentido, está identificado que uno de los desafíos a que se enfrentan las sociedades de nuestro entorno, desde un punto de vista prospectivo, a largo plazo, es el de incrementar la productividad, en un contexto de profundas transformaciones, tanto tecnológicas como en sus valores sociales. La productividad es el principal determinante de la competitividad de un país a medio y largo plazo y, en consecuencia, de su crecimiento real y potencial¹³. También en España: el informe España 2050, elaborado por la Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia, identifica como el primero de sus nueve desafíos el de “Ser más productivos para crecer mejor”¹⁴.

De manera coherente con ello, la consolidación de una cultura regulatoria analítica, técnicamente cualificada y plenamente participativa debe ser percibida como una prioridad de país¹⁵. En este contexto, el impulso de la *Smart Regulation* debe constituir una línea de acción transversal y concernir a todas las administraciones públicas, al poder legislativo y al conjunto de la sociedad civil y de los agentes económicos.

Algunas de las líneas estratégicas que reforzarían el papel de la *Smart Regulation* en el bienestar socioeconómico a largo plazo son:

- **Consolidar la importancia de la función regulatoria como parte de una verdadera cultura pública basada en la calidad del servicio.** Resulta fundamental el papel de los servidores públicos que asisten desde un punto de vista técnico en la proyección, preparación, diseño y ejecución de la norma. Para ello no solo es conveniente garantizar una función pública profesional, formalizada, actualizada y sensible a los parámetros de la buena regulación,

¹³ Para un análisis de la relación entre productividad y buena regulación económica, vid. Álvarez Suarez, M. (2019). El impacto económico de la better regulation. Un análisis para España. Gestión Y Análisis De Políticas Públicas, (22), 72–85. <https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10540>

¹⁴ Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia (2022), España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo. Ministerio de la Presidencia.

¹⁵ Para un desarrollo más detallado de esta cuestión, vid. Documento del Grupo de Trabajo de FIDE (2022) sobre Propuestas para España 2050, a propósito del mencionado Informe España 2050 del Gobierno. <https://thinkfide.com/investigacion-y-grupos-de-trabajo/grupo-de-trabajo-fide-espana-2050/>.

sino también promover que las unidades encargadas de impulsar las regulaciones en los distintos ámbitos cuenten con los incentivos adecuados para desarrollar eficazmente esta labor – incluyendo los recursos necesarios – y, en particular, con el respeto a la misma por parte de superiores políticos e interlocutores empresariales.

- **Fomentar la participación efectiva de empresas y asociaciones en la elaboración de la regulación.** Regulatoriamente, los mecanismos de participación están bien establecidos: consultas públicas sobre la pertinencia de los proyectos, informaciones públicas de los textos... Sin embargo, estos hitos procedimentales con frecuencia se plantean como meros “trámites” sin contenido, lo cual rebaja su percepción de importancia, así como su utilidad efectiva. En correspondencia, la conciencia de oportunidad en la participación por parte de la sociedad civil y los agentes económicos debe robustecerse. La participación no puede limitarse a la de los *stakeholders* con mayores medios. Igualmente, debe fortalecerse la transparencia en la interacción entre reguladores y *stakeholders* mediante la regulación de la actividad de los grupos de interés o lobbies, y de la “huella regulatoria”, en refuerzo de la credibilidad y legitimidad del sistema regulatorio¹⁶.
- **Ser ágiles y pragmáticos en el ejercicio regulatorio, en particular en la regulación de entornos de disrupción tecnológica.** Los procesos de elaboración y aprobación de las normas suelen ser significativamente más lentos que las innovaciones y transformaciones sociales, lo que puede generar vacíos o inoperatividades regulatorias ante la aparición de nuevas prácticas y sectores económicos. Frente a este riesgo de “obsolescencia reguladora”, es necesario concebir modelos regulatorios innovadores. Ejemplos de ello son la regulación adaptativa, mediante la que se busca insertar mayor flexibilidad en la regulación; la regulación anticipatoria, cuyo propósito es adelantarse al cambio; los entornos de pruebas, llamados *sandboxes* regulatorios; el *outcome-based regulation*, basado en la prescripción de los resultados exigibles y en su control, dando libertad de implementación en cuanto a los medios y mecanismos de implementación; o los *self-learning systems*, que se basan en ir testeando habitualmente la regulación para identificar qué funciona y qué no.
- **Considerar la regulación como proceso dinámico, en el que la evaluación, tanto ex ante como intermedia y ex post, es clave.** Un componente esencial para la Smart Regulation es la evaluación: permite a los reguladores saber si las medidas ya aprobadas han tenido el impacto esperado. Es por tanto necesario que exista una verdadera cultura de la evaluación dentro de la Administración Pública y que esta tenga un carácter transversal y continuado. En este sentido, en el ámbito español destaca la reciente Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado. Dicha norma no está centrada únicamente en impulsar la evaluación ex-post o posterior de las normas, sino que también promueve la evaluación ex-ante e intermedia. Esto responde a la idea de que la evaluación no representa el final del ciclo regulatorio, sino que a su vez constituye el inicio de un nuevo ciclo. Esta idea de ciclo y evaluación constante también subyace a otras experiencias en la UE, como por ejemplo su programa

¹⁶ A este respecto es deseable que se acabe aprobando la legislación reguladora de la actividad los grupos de interés, que la precipitada conclusión de la actual legislatura en España ha impedido aprobar.

REFIT, a través del que se evalúan las “comprobaciones de aptitud” (Fitness Checks) de normas en vigor.

- **Reforzar la credibilidad institucional de la evaluación de políticas públicas y regulaciones.** No resulta suficiente con consagrar la evaluación en la normativa. Ello debe acompañarse del suficiente músculo en forma de medios, autonomía y liderazgo por parte de los organismos encargados de ello, en el caso español la futura Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas. Los responsables de poner en marcha y desarrollar las funciones de la institución deben “llenar los zapatos”, tal como se viene demostrando por ejemplo mediante la labor de la AIREF o la CNMC, desde ámbitos diversos. Igualmente, es conveniente el desarrollo de una estrategia global con el conjunto de administraciones de los distintos niveles territoriales y realizar un esfuerzo de identificación y priorización para articular de manera creíble y eficaz dicha evaluación de las necesidades y objetivos de la regulación.
- **Aprovechar las particularidades del modelo descentralizado para fomentar la experimentación, la comparación y la evaluación recíproca.** Se debe sacar mayor provecho de un modelo en el que existen diecisiete gobiernos autonómicos con amplias competencias para la elaboración de regulaciones piloto, o pioneras. Desde el punto de vista de la evaluación de las experiencias, la ventaja de este sistema es que existe una mayor posibilidad de comparar modelos regulatorios y de políticas públicas -por ejemplo, los modelos educativos- y obtener conclusiones globales. A tal respecto se deben potenciar los mecanismos de cooperación institucional, algunos ya existentes como comités de mejora, conferencias sectoriales o programas de evaluación recíproca, destinados a que los distintos gobiernos puedan conocer y en su caso aprovechar las experiencias de los otros.

ii. **La Smart Regulation debe sustentarse en la regulación con arreglo a evidencias.**

El volumen de datos generado en el mundo en 2018 se calculaba en 33 zettabytes y se estima que será de 175 zettabytes en 2025¹⁷. Este crecimiento exponencial acredita la tendencia a la agregación y utilización de datos de todo tipo y profundidad para conformar estrategias, decisiones y prácticas empresariales. Resulta en consecuencia obligado referirse a la conveniencia de que, en los tiempos actuales, el ejercicio regulatorio tienda a desarrollarse con arreglo a las mejores evidencias disponibles.

Sin embargo, una cosa es apelar a la oportunidad que se deriva de esta tendencia y otra distinta garantizar que la regulación proyectada y eventualmente aprobada verdaderamente responda al adecuado manejo de evidencias. Precisamente, una de las prioridades del programa *Legislar Mejor* de la UE es “lograr que la actuación de la UE se base en datos contrastados”¹⁸.

“Lograr” que la actuación regulatoria esté “basada” en datos “contrastados” es una cuestión de disponibilidad de los citados datos y de posibilidad de contraste efectivo de los mismos, así como de razonabilidad en la aplicación a la regulación prospectiva de las conclusiones derivadas de los datos. Es igualmente una cuestión aplicable a los distintos documentos que acompañan el procedimiento pre-regulatorio, como la consulta pública previa o la memoria de impacto (*Regulatory Impact Assessment* o RIA en la UE, Memoria del Análisis de Impacto Normativo o MAIN en España), en la que el organismo proponente de la regulación justifica la necesidad de las medidas por las que se ha optado y anticipa su efecto sobre distintos campos.

En este sentido, se identifican las siguientes cuestiones mejorables:

- **Garantizar el acceso razonable a las series públicas de datos que se manejan en las decisiones regulatorias.** Las administraciones cuentan con numerosos datos para la formulación de sus políticas públicas. Sin embargo, los datos que motivan o están directamente relacionados con las iniciativas regulatorias no siempre se ponen a disposición del público. Este debería ser el caso, con el nivel de desagregación máxima que permita la aplicación de la normativa de transparencia y buen gobierno.
- **Generalizar el instrumento del “Call for evidence” de cara a valorar la oportunidad y pertinencia de las iniciativas.** La Smart Regulation no solo tiene que ver con que las regulaciones estén diseñadas lo mejor posible; también con el juicio previo de si las regulaciones que se promuevan son realmente necesarias o si las regulaciones existentes resultan obsoletas¹⁹. A este respecto, cobra importancia el mecanismo de recogida de datos o “call for evidence” que, de nuevo, utiliza la Comisión Europea con carácter previo a la formulación de una propuesta regulatoria. Es este un proceso exhaustivo en el que se recibe y estudia toda la información relevante que los distintos stakeholders ponen a disposición del ejecutivo comunitario antes de que este emprenda una regulación, permitiendo una mejor calibración de la pertinencia u oportunidad de la decisión. En el contexto español reciente, un instrumento interesante a este respecto es lo que en el marco del Plan de

¹⁷ Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (2021), Agenda Digital, <https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/210330-Agenda-Digital-9-Economia-dato-inteligencia-artificial.pdf>.

¹⁸ Comisión Europea, *Legislar Mejor*: por qué y cómo, op.cit.

¹⁹ OCDE, 2005, op.cit. o el programa Fit for Future (F4F) de la Comisión Europea, en activo desde 2020.

Recuperación, Transformación y Resiliencia se conoce como “Manifestaciones de Interés (MDI)”, destinadas a conocer la opinión real del mercado sobre las medidas propuestas y los proyectos que pudieran ser financiados con cargo a los créditos disponibles²⁰.

- **Aumentar el potencial de la consulta pública previa como instrumento eficaz de aportación y contraste de evidencias.** En España, un instrumento parecido sería la “consulta pública previa” a la elaboración de un proyecto normativo. Sin embargo, con frecuencia esta consulta oficia de mero “trámite”, sin que se estructure el contenido de la consulta ni se pongan a disposición los elementos fácticos que han conducido al Gobierno a plantearse la iniciativa. Incluso, existen precedentes en los que la publicación de la consulta previa y la posterior del proyecto regulatorio están relativamente próximas en el tiempo como para presumir que la segunda haya resultado consecuencia del análisis de la primera. Como consecuencia de todo ello, la justificación de decisiones de gran profundidad y calado para los operadores afectados queda sustraída, en un momento en que los interesados pueden impactar decisivamente sobre la procedencia de la iniciativa. En todo caso, se debe llamar la atención particularmente sobre la suficiencia o conveniencia de los plazos. En ocasiones resultan verdaderamente estrechos y ello afecta a la calidad y profundidad de las respuestas, así como a la neutralidad de las mismas, al resultar particularmente difícil para PYMES o ciudadanos preparar sus contribuciones, a diferencia de las grandes empresas.
- **Mejorar el rigor de los análisis de impacto regulatorio.** Las memorias de impacto normativo son un instrumento clave para estructurar el proceso regulatorio. En España, recientemente el Tribunal de Cuentas ha evaluado la praxis de las MAIN y concluido que, en relación con los principios de buena regulación, la fiscalización ha detectado deficiencias en un porcentaje superior al 25% de la muestra²¹. Para que las MAIN supongan un ejercicio satisfactorio de análisis de la evidencia disponible, en particular en lo que se refiere al impacto de las medidas sobre los sectores y mercados, el ejercicio de justificación ha de ser exigente y no banalizarse. Existen ejemplos recientes de proyectos que consagran monopolios de productos esgrimiendo justamente como objetivo el de “evitar monopolios”. Se deben evitar prácticas tales como: argumentar que una medida no tendrá un impacto sobre un sector concreto cuando la evidencia muestra lo contrario; justificar una medida invocando la defensa del interés general sin explicar exactamente cómo se estaría protegiendo; realizar afirmaciones que podrían ser argumentalmente coherente pero no respaldadas por la evidencia o mantener restricciones por inercia sin atender a lo que se pueda inferir de nuevos datos o evidencias. Igualmente, las MAIN deben actualizarse a lo largo del ciclo regulatorio, incorporando las observaciones y explicando las modificaciones que vayan realizándose en las últimas fases de la tramitación.

12

20 Estas consultas recogen posibles ámbitos de actuación y contribuyen a aportar una visión más amplia y plural para que el diseño de las líneas pueda tener en cuenta la diversidad y características de los posibles proyectos. Su objetivo es lograr que las inversiones y ayudas del Plan se adecúen a las necesidades del tejido empresarial y de los ciudadanos. Se persigue que el diseño de políticas y programas públicos parta de información precisa y directa proporcionada por las empresas y los actores sociales.

<https://planderecuperacion.gob.es/como-acceder-a-los-fondos/manifestaciones-de-interes>.

21 Tribunal de Cuentas, Informe de Fiscalización nº 1408/2021, Análisis del impacto normativo en los ministerios del área político-administrativa el Estado, <https://www.tcu.es/es/sala-de-prensa/noticias/El-Tribunal-de-Cuentas-aprueba-el-Informe-de-fiscalizacion-del-analisis-del-impacto-normativo-en-los-Ministerios-del-Area-Politico-Administrativa-del-Estado>.

- **Revisar y evaluar ex post la calidad de los análisis de impacto regulatorio.**

En el ámbito europeo, el rigor de dichos informes de evaluación de impacto es evaluado por un organismo independiente —el *Regulatory Scrutiny Board* (RSB)²²— que, compuesto por expertos desvinculados de las unidades funcionales, formula dictámenes sobre la calidad de determinados RIA, validándolos o, en su caso, reprobándolos, valorando, entre otros aspectos, si la Comisión ha hecho una correcta aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El RSB también revisa la calidad de las evaluaciones retrospectivas de normas destacadas y de los *Fitness Checks* de las regulaciones en vigor.

iii. **El diseño institucional debe propiciar las dinámicas de Smart Regulation.**

Un procedimiento regulatorio que permita compatibilizar la legítima iniciativa y decisión política que corresponden tanto a los Ejecutivos como a las cámaras legislativas con la existencia de resortes institucionales tendentes a reforzar la adecuación técnica de los proyectos a los principios de buena regulación constituye una garantía de que la norma tenderá a responder a parámetros de regulación inteligente.

Esos resortes institucionales en refuerzo del debido proceso regulatorio existen en todos los países de nuestro entorno. España no es una excepción. Por un lado, los organismos independientes de carácter consultivo, como el Consejo de Estado, el Consejo Económico y Social o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuentan con capacidades acreditadas en su tarea de vigilancia de la calidad normativa y el respeto por los principios de buena regulación. Por otro lado, y en particular desde la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), existen mecanismos mediante los que se puede contrastar la adecuación de determinadas regulaciones y actos administrativos a los principios de buena regulación, incluso a instancias de los particulares.

Incluso, desde 2021, en España se ha articulado en relación con las propuestas normativas de la UE, iniciadas por la Comisión Europea el llamado EIPLE (Estudio de Impacto sobre las Propuestas Legislativas de la Comisión Europea), con arreglo al cual se lleva a cabo un proceso de participación pública para que los ciudadanos, grupos de interés, asociaciones empresariales y sindicales, gabinetes de estudios, expertos o cualquier sector que se considere afectado por la propuesta legislativa pueda expresar su criterio de cara a la formación de la posición española.

Igualmente, en paralelo a la consolidación de estos mecanismos se va desarrollando una cierta contestación jurisdiccional a normas que no cumplen los estándares de justificación y proporcionalidad requeridos. Tanto el TJUE a nivel europeo, controlando la adecuación de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, como el Tribunal Constitucional en su garantía de la libertad de empresa consignada en el artículo 38 de la Constitución, o la jurisdicción contencioso-administrativa en el control de disposiciones reglamentarias, abordan en sus pronunciamientos el contraste de las medidas controvertidas con los principios de buena regulación.

22 Comisión Europea, https://commission.europa.eu/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_en.

Con todo, existen vías claras de mejora de la efectividad de los mecanismos institucionales actuales, de cara a promover efectivamente la *Smart Regulation* en este punto:

- **Garantizar la predictibilidad del ejercicio regulatorio mediante la planificación prospectiva.** En la Administración General del Estado, el instrumento para promover dicha predictibilidad es el llamado Plan Anual Normativo, que debe recoger las iniciativas legislativas y reglamentarias del Gobierno (proyectos de ley y proyectos de real decreto) para el ejercicio en curso. Sin embargo, en muchísimas ocasiones iniciativas previstas o en marcha no se recogen en dicho plan, apareciendo de manera sobrevenida a lo largo del ejercicio y sorprendiendo a los agentes económicos y sociales afectados en el momento de la consulta pública previa o la información pública del texto. Se debe por tanto reforzar el rigor en la inclusión de las iniciativas afectadas e, incluso, adoptar instrumentos similares con carácter plurianual que permitan trasladar de manera más precisa la realidad del ciclo regulatorio. Igualmente, no debería haber desvíos en dichos planes salvo circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad.
- **Reforzar el peso efectivo de los informes de los órganos consultivos en los procedimientos normativos.** Se pueden observar casos en los que desde la Administración Pública no se solicitan informes relevantes, sean o no preceptivos, o en los que se ignoran sus conclusiones. La labor de estos órganos debe facilitarse poniendo a disposición en tiempo suficiente los textos. Igualmente, incluso cuando las mismas no son vinculantes, es exigible que los órganos proponentes motiven adecuadamente sus planteamientos si se desvían de los mismos, contestando expresamente a las observaciones que aquéllos han realizado. La oportunidad política de las iniciativas debe ser perfectamente compatible con el escrutinio previo de su adecuación por parte de dichos órganos.
- **Optimizar los mecanismos interdepartamentales de mejora de la regulación previos a la aprobación de las iniciativas.** Más allá del circuito interministerial de tramitación de normas, en materia de depuración de barreras y restricciones a la actividad económica la LGUM ha incorporado en su última reforma de 2022²³ un mecanismo novedoso en su artículo 28, como es el de emitir informe de valoración en proyectos normativos que se encuentren en fase de tramitación administrativa, informe que se enviará al órgano proponente del proyecto para su consideración. Este mecanismo, activable de oficio o a instancia de terceros, refuerza el control previo de la adecuación de las posibles restricciones y da la oportunidad a su corrección.
- **Potenciar el rol de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa.** Al igual que en otros países, en España existe la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa en el Ministerio de la Presidencia. Está encargada de promover la coordinación y calidad de la actividad normativa del Gobierno, velando por la calidad técnica de las iniciativas y, como parte de ella, por el cumplimiento o congruencia de estas con los principios de buena regulación. Es conveniente, sin embargo, reforzar el perfil cualitativo y analítico de dicha Oficina, evitando que su participación se limite a realizar el *checklist* de adecuación mínima de

²³ Artículo 28 de la LGUM, modificado por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas.

la multitud de proyectos que genera el Gobierno, tanto de leyes como de reglamentos, así como promover la elaboración de directrices metodológicas y evaluaciones de las memorias de impacto.

- **Profundizar en las metodologías Smart Regulation en la fase legislativa de los proyectos de ley.** La entrada de los proyectos de ley en las Cortes Generales o las cámaras autonómicas inaugura una nueva dinámica en la tramitación de la norma. Por una parte, en cuanto a los proyectos de Ley, propuestos por el Ejecutivo, cualquier desalineamiento con los principios o procedimientos de buena regulación localizado en la fase prelegislativa de Anteproyecto queda “convalidado”. Por otra, la dinámica en las Cámaras está sujeta a los principios de legitimidad política y soberanía popular que fundamentan la acción legislativa, canalizada a través de los Grupos Parlamentarios mediante su actividad en las correspondientes Comisiones y, en su caso, el Pleno. Es conveniente, por tanto, un refuerzo expreso de la institucionalización de la *Smart Regulation* en sede legislativa. Por ejemplo: el aprovechamiento eficaz de las Comisiones de expertos en la tramitación de los proyectos; la posibilidad de controlar de manera realmente exigente la introducción de enmiendas desconectadas del objeto de los proyectos o la institucionalización de un organismo en el que participen parlamentarios y Letrados de las Cortes Generales -o bien, incluso, una Comisión Parlamentaria dedicada- que pueda valorar la calidad técnica de la legislación, emitir indicaciones al respecto e interlocutar con organismos y unidades administrativas encargadas de velar por la buena regulación.
- **Reforzar los elementos técnicos en la tramitación de proposiciones de ley de los grupos parlamentarios.** A diferencia de los proyectos de ley, en las proposiciones de ley -a iniciativa de un grupo parlamentario- no tienen lugar los procedimientos de consulta o información pública, ni la solicitud de informes preceptivos, lo que implica un esfuerzo adicional para garantizar la adecuación a principios de *Smart Regulation*. Algunas vías de refuerzo en ese sentido podrían ser el informe de los Letrados de las Cortes Generales, incluyendo una valoración sobre la adecuación de las medidas propuestas a los principios de buena regulación, o la solicitud de informes técnicos a organismos independientes como, por ejemplo, la CNMC.

- **Consolidar los elementos Smart Regulation en los niveles autonómico y local.** Aunque muchas de las recomendaciones anteriores se personalizan al nivel de la organización político-administrativa estatal, resultan extensibles a los niveles territoriales inferiores. Tanto las comunidades autónomas como, las entidades locales, sin perjuicio de sus limitaciones propias -carencia de potestad legislativa- pueden y deben destinar recursos a reforzar la presencia de elementos de *Smart Regulation* en sus procedimientos normativos.
- iv. **La aplicación de la Smart Regulation debe considerar el coste derivado de la regulación defectible o perfectible.**

Si bien, en ocasiones, la regulación es de hecho necesaria para incrementar la eficiencia económica, solucionando fallos de mercado y costes de transacción, en otras ocasiones, genera barreras a la actividad económica que, idealmente, deben estar justificadas y resultar proporcionadas.

En consecuencia, dentro del ejercicio de la *Smart Regulation* se encuentra el análisis coste-beneficio para los agentes económicos y operadores directa o indirectamente afectados por la medida normativa de que se trate. En este sentido, existen metodologías a disposición de las unidades técnicas responsables de la regulación que profundizan y desarrollan este análisis de costes²⁴.

Sin embargo, más allá del grado de desarrollo que estas metodologías hayan alcanzado o de su implantación efectiva en la praxis regulatoria, la cuestión del coste de la regulación trasciende el análisis coste-beneficio estático o, incluso, el que se deriva de considerar individualmente las distintas iniciativas. Regular mal, regular perfectiblemente o, sencillamente, regular, no sale gratis; ni desde el punto de vista macro, ni desde el micro. La *Smart Regulation* debe, por tanto, considerar estos planos.

En primer lugar, a nivel agregado, ciertas dimensiones del coste no son cuestión del contenido de las normas concretas, sino de los “marcos regulatorios” globales. Una de ellas es la complejidad regulatoria, que se deriva no solo del contenido de las normas, de su grado de restricción a la actividad económica, sino de su cantidad, de la complejidad relacional de las normas producidas por las diferentes esferas regulatorias, o de su ambigüedad o falta de claridad, aumentada por la sucesión dinámica de modificaciones parciales a las normas, o la pluralidad de estratos regulatorios territoriales: UE, estatal e infra estatal²⁵.

Igualmente, a nivel de sectores concretos, una consideración profunda del coste de la regulación es particularmente necesaria en entornos económicos sujetos a transformación industrial -de procesos productivos o, incluso, de producto y servicio- o a disrupción tecnológica. En este tipo de negocios -a los que el marco regulatorio

24 Vid. por ejemplo Comisión Europea (2021), Better Regulation Toolbox, en particular los Capítulos: 3 - - Identifying impacts in evaluations, fitness checks and impact assessments, https://commission.europa.eu/system/files/2022-06/br_toolbox_-_nov_2021_-_chapter_3.pdf. 8- Methodologies for analysing impacts in impact assessments, evaluations and fitness checks, https://commission.europa.eu/system/files/2022-06/br_toolbox_-_nov_2021_-_chapter_8.pdf.

25 Mora-Sanguinetti, J. S. (2022). Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España. *Revista De Las Cortes Generales*, (114), 231-253. <https://doi.org/10.33426/rcg/2022/114/1722> .

suele llegar tarde- la regulación puede impactar de manera absoluta. Es decir, la regulación puede anularlos mediante la prohibición expresa de los productos o servicios o bien implícitamente, al dificultar de manera inasumible los modelos de negocio destinados a producirlos.

Con vista en todo ello, se pueden ofrecer distintas recomendaciones para mejorar la conciencia del coste de las regulaciones:

- **Incorporar la dimensión sistémica a la hora de sujetar una actividad económica a regulación o de modificar la regulación existente.** Entre 1979 y 2022 se han aprobado más de 414.000 normas en España, lo que da una idea de la vasta estructura regulatoria en la que deben operar ciudadanos y empresas²⁶. Con independencia de su contenido, ello señala un elevado grado de complejidad en la gestión de los marcos regulatorios, algo de lo que se resienten fundamentalmente las pymes. El ejercicio de Smart Regulation también comprende la valoración de la posibilidad de no regular y, en su caso, ordenar la actividad mediante otros mecanismos; o bien, de decidir no hacerlo. En esa consideración también debe tenerse en cuenta el coste derivado de dicha complejidad. Una buena práctica generalmente saludable, si bien no siempre practicable, es el enfoque “one in, one out”²⁷: incentivar al regulador a que, en la medida de lo posible, por cada norma nueva se derogue otra anterior. Igualmente, resulta conveniente mantener y estructurar planes de reducción de cargas administrativas a la manera de los desarrollados, en España, con motivo de la Ley de Servicios de 2009, la Comisión para la reforma de las administraciones públicas de 2012 o la LGUM de 2013.
- **Abordar con cautela la regulación con motivaciones prohibitivas o impeditivas de la actividad en entornos en transformación.** Actualmente nos encontramos inmersos en grandes transformaciones que afectan a las estructuras productivas de los sectores: cuestiones medioambientales, cambios en la percepción sobre el consumo de determinados productos... La realidad es dinámica y se encuentra en constante modificación; la regulación es fundamentalmente estática, al menos a corto-medio plazo. La modificación de los marcos regulatorios sectoriales para promover nuevas pautas de producción o de consumo a largo plazo, más allá de estar basada en razones justificadas y ser proporcionada, debe ser progresiva, no intempestiva. Igualmente, debe proporcionar margen de adaptación de los procesos productivos a los agentes económicos, reduciendo la posible disrupción creada por la propia regulación.

26 Mora-Sanguinetti (2022), op. cit.

27 De nuevo, este es uno de los pilares esenciales del programa REFIT en sede europea.

- **Considerar el coste de oportunidad empresarial en la regulación de modelos de negocio basados en la disrupción tecnológica.** Una parte de la actividad empresarial actual, fundamentalmente consecuencia de la digitalización de la economía y de la innovación tecnológica, está basada en el surgimiento de nuevos modelos de negocio, intensivos en capital en sus primeras fases, que suponen nuevos productos y servicios, o bien mejoras en los ya existentes para el consumidor. Es razonable que los responsables públicos pretendan que sus ciudadanos y sus sociedades se beneficien de dichas dinámicas; también lo es entender que ciertos aspectos de estas actividades deban estar sujetos a regulación. A la hora de trazar el punto de equilibrio entre ambas dimensiones, se debe tener en cuenta el coste oculto que para los operadores afectados pueda esconder la regulación. También se deben considerar las consecuencias de la regulación desde el coste de oportunidad en el que, en particular en entornos globalizados, se basan las decisiones de capital. Este coste de oportunidad afecta a la decisión de mantener o no un negocio en un determinado país, cuando la regulación eleva los costes operativos y reduce la rentabilidad de la inversión, como se pudo comprobar en España en el contexto de la llamada *Ley Rider*²⁸.
- **Promover regulaciones digitales basadas en el control de resultados.** Una particularidad de la regulación de los entornos digitales es la dificultad de operar con sistemas algorítmicos o, incluso, de *machine learning* o inteligencia artificial desarrollados por los operadores. Por un lado, estos desarrollos responden a importantes inversiones y constituyen valiosos activos de negocio de dichos operadores. Por otro, resulta natural que la regulación aspire a ordenar la incidencia de dichos sistemas en los ciudadanos y consumidores. Una manera de conciliar ambas dimensiones consiste en promover la llamada *outcome-based regulation*²⁹, basada en exigir a nivel regulatorio un resultado a los operadores, controlarlo *ex post* en sede de supervisión, relajando la prescripción e intervención del regulador en los procesos a implementar por los operadores para conseguir el resultado deseado.

28 Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Dicha norma reconoce la condición de personal estatutario -y no autónomo- a los repartidores a través de plataformas digitales y reconoce el derecho del comité de empresa a ser informado de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo. Como consecuencia de su aprobación una de las plataformas activas en nuestro país, Deliveroo, anunció y ejecutó el cierre de su operación en España.

29 Al respect puede resultar ilustrativo consultar por ejemplo Hodges C. (2023), Outcome-Based Cooperative Regulation, The Regulatory Review, The Penn Program on Regulation, <https://www.theregreview.org/2023/01/02/hodges-outcome-based-cooperative-regulation/>.

v. **Las Ciencias Sociales conductuales resultan de gran utilidad para el desarrollo de *Smart Regulations*.**

La adopción de decisiones, tanto a nivel individual como organizativo, no siempre responde a elecciones basadas en parámetros de racionalidad pura. Tanto la ciencia económica como otras ciencias sociales, particularmente la psicología conductual, vienen estudiando desde hace tiempo la influencia de los sesgos cognitivos sobre dichas decisiones³⁰. Estos sesgos están sobradamente identificados y categorizados.

En nuestra discusión sobre *Smart Regulation* -cuya premisa fundamental es justamente imprimir parámetros de racionalidad a la adopción de decisiones y diseños regulatorios- la cuestión tiene relevancia desde varios puntos de vista.

En primer lugar, los agentes económicos y empresariales, cuyo objetivo es maximizar su beneficio y por tanto optimizar sus ventas, utilizan técnicas conductuales para condicionar nuestro comportamiento como consumidores. Siendo lo anterior cómodamente predicable de cualquier actividad económica o comercial, resulta sin embargo particularmente acentuado en el actual contexto de digitalización de bienes y servicios.

Este entorno, y las facilidades que brinda para proporcionar datos sobre el comportamiento de los consumidores, ha desarrollado modelos de negocio basados en elementos como microtransacciones frecuentes, servicios y publicidad personalizados en relación con el perfil del consumidor y otros incentivos a mantener un patrón recurrente de uso o, incluso, de gasto. En tal contexto, se ha suscitado una creciente preocupación por los llamados “patrones oscuros” (*dark patterns*), de los que muchas autoridades se han hecho eco³¹, incluyendo de su potencial capacidad para instrumentar conductas anticompetitivas como abusos de posición de dominio³².

En segundo lugar, no solo los usuarios se ven influidos por estos sesgos: también los involucrados en la decisión y diseño de regulaciones. Como consecuencia de ello, en la toma de decisión se tienen en consideración aspectos indebidos o no se consideran aspectos relevantes generando malas decisiones y conculcando el derecho a una buena administración.

En todo caso, la existencia de estos condicionamientos conductuales también puede servir de herramienta en la adopción de estrategias regulatorias que respondan a la *Smart Regulation*. Conocer el comportamiento de los ciudadanos, sus sesgos cognitivos y sus motivaciones abre nuevos caminos para que la Administración pueda regular de una forma inteligente a través de diversas herramientas.

30 Thaler R., Sunstein C. (2008). *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven, CT: Yale University Press.

31 Destaca el reciente screening (enero de 2023) basado en metodología de “sweeps” (comprobaciones simultáneas de webs) conducido por la Comisión Europea y la Red Europea de Autoridades de Protección del Consumidor, con 399 webs consultadas, que ha revelado que el 40% de las webs utilizaban distintas técnicas manipulativas tipo dark patterns del usuario para incentivar su gasto o la permanencia en la página. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_418.

32 OCDE (2022), *Integrating consumer behaviour insights in Competition enforcement*, <https://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf>.

Es aquí donde entran los llamados acicates o “empujones” (*nudges*, en inglés), basados en introducir los incentivos adecuados en las normas para así obtener de los sujetos afectados por ellas las reacciones a las mismas que serían óptimas o, como mínimo, admisibles desde el punto de vista del interés general, a un coste inexistente desde el punto de vista del erario público.

El potencial de los *nudges* para desarrollar regulaciones adecuadas se viene explorando desde hace ya un tiempo³³, incluso para la regulación de entornos no digitales -fomento del ahorro a largo plazo, desincentivo al consumo de determinados productos...-. Sin embargo, recientemente tanto la doctrina jurídica³⁴ como distintas regulaciones sectoriales vienen desarrollando estos modelos con mayor familiaridad.

Para optimizar el alcance de las aproximaciones basadas en acicates en las distintas estrategias regulatorias se pueden proponer las siguientes recomendaciones:

- **Considerar el instrumento de los acicates regulatorios en entornos digitales.** En estos entornos, el conocimiento de los sesgos cognitivos y de los *nudges* contribuye a regular prácticas de *hyper nudging*, potencialmente dañinas del sector privado basadas en la “explotación de sesgos” e incrementar la protección de los consumidores. Un ejemplo de ello es la regulación de las actividades de juegos de azar y apuestas en línea, que contiene todo tipo de *nudges* destinados a compensar el potencial efecto de los sesgos heurísticos sobre el consumo desordenado y volátil a que puede dar lugar esta actividad en un número reducido de usuarios, con las consiguientes consecuencias patrimoniales³⁵.
- **Considerar el instrumento de los acicates regulatorios en entornos con alto coste o baja efectividad de supervisión y control.** Todas las regulaciones imponen como mínimo un coste a la Administración: el coste del control del cumplimiento de las normas. El *command and control* implica desarrollar un entramado administrativo y organizativo para investigar e instruir infracciones, hacer valer las sanciones que se impongan y funcionar como factor disuasorio en terceros hacia futuros desalineamientos. Por más que últimamente este coste se haya parcialmente desplazado hacia instrumentos empresariales de *compliance*, todo ello puede implicar una movilización ingente de recursos públicos. Por añadidura, determinados entornos de deslocalización o digitalización no facilitan el *enforcement* desde una perspectiva territorial. En tales contextos, en la medida en que la regulación basada en acicates incrementa el cumplimiento efectivo de las normas, sin imponer necesariamente prohibiciones de conductas al usuario, este tipo de estrategia regulatoria permite reducir el coste de la supervisión.

33 Por ejemplo, Baldwin, R. (2014) From regulation to behaviour change: giving nudge the third degree, *The Modern Law Review*, 77 (6). pp. 831-857.

34 Al respecto, cabe mencionar muy particularmente la reciente contribución de Juli Ponce (Ed.) (2022), *Nudging's Contributions to Good Governance and Good Administration – Legal Nudges in Public and Private Sectors*, *European Public Law Series / Bibliothèque de Droit Public Européen*, vol. CXXVI, European Public Law Organization (EPLO), Athens, 372 pp.

35 Todo el marco regulatorio de desarrollo de la Ley 13/2011, de 24 de mayo, de regulación del juego es ilustrativa del esquema de nudges inducidos a los usuarios de juegos de azar y apuesta en línea, tanto por las autoridades públicas como por los operadores que ofrecen juegos online. Sin embargo, quizá el reciente Real Decreto 176/2023, de 14 de marzo, por el que se desarrollan entornos más seguros de juego suponga la concentración más ilustrativa de acicates personalizados, basados en la identificación previa del patrón de consumo -potencialmente de riesgo- de los distintos usuarios.

- **Desarrollar un análisis de proporcionalidad riguroso en las iniciativas regulatorias que instrumenten acicates.** Al mismo tiempo, se debe ser muy riguroso en la fundamentación de la proporcionalidad de las medidas en cuestión. Es cierto que, por un lado, la estrategia de acicates permite situarse “a medio camino” entre la prohibición y la falta de ordenación de ciertas conductas. Sin embargo, ello no quiere decir que resulten siempre y en todo caso proporcionadas al objetivo perseguido. En particular, debe atenderse a que, aun cuando la introducción de acicates no suponga un coste para el presupuesto público, sí que lo puede suponer para los operadores sujetos a la regulación, en forma de coste directo -si se les impone la necesidad de incentivar ciertas conductas a sus usuarios mediante mecanismos y procesos operativos- o bien en forma de reorientación del consumo de sus bienes y servicios. Algo no exclusivo, por otra parte, del entorno digital, sino aplicable a otros contextos de regulación precautoria, en los que es exigible un rigor y cautela similares en aplicación del principio de proporcionalidad³⁶.
- **Utilizar la información sobre conducta y preferencia de los usuarios y otros sujetos regulados en la formulación de regulaciones.** Más allá de la introducción efectiva de nudges en las regulaciones, el análisis conductual puede resultar instrumental para construir opciones regulatorias adecuadas y proporcionadas. La posibilidad de que los poderes públicos analicen las conductas de los sujetos potencialmente obligados a partir de datos directos o indirectos, obtenidos a coste razonable, ya es una realidad y cobra interés no solo desde el punto de vista de regulaciones novedosas sino de otras que sean modificativas o complementarias de regulaciones existentes.
- **Potenciar la formación de los profesionales públicos de la regulación en materia de sesgos y otros aspectos conductuales.** Para implantar adecuadamente estas estrategias es necesario que los profesionales públicos de la regulación cuenten con formación en técnicas conductuales. De ello resultará un enfoque más informado en la mitigación de riesgos derivados de los sesgos cognitivos de los consumidores en ciertas actividades y, también, una mayor autoconciencia de los sesgos propios de los que ejercen la actividad regulatoria, reduciendo la posibilidad de que los mismos influyan desfavorablemente en la formulación de la norma. En este último sentido, existen ya desarrollos que sistematizan los distintos sesgos existentes en todas las fases del ciclo de las políticas públicas (reconocimiento de necesidades, deliberación de opciones, ejecución en acciones) y cómo la ciencia conductual puede ofrecer soluciones para contrarrestar dichos sesgos³⁷.

36 Por ejemplo, los acicates a modo de advertencia en materia de publicidad de productos como el alcohol, el tabaco o determinados medicamentos o productos de parafarmacia.

37 Vid. en particular, Behavioural Insights Team (2018) Behavioural Government, <https://www.bi.team/publications/behavioural-government/>.

V. Relación de sesiones y ponentes

Coordinadores del ciclo de sesiones:



Juan Espinosa
Socio fundador de Silverback.



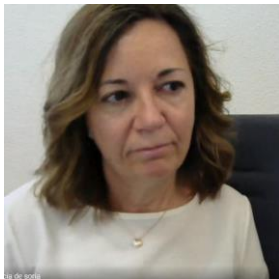
Carlos Hernández Rivera
Socio fundador de Silverback.

- **Sesiones celebradas:**

1ª SESIÓN: REGULAR EL PRESENTE PENSANDO EN EL LARGO PLAZO.

[Ver detalles](#)

Ponentes:



Maria José Gómez García De Soria.
Directora del Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas, Ministerio de Hacienda y Función Pública.



Diego Rubio Rodríguez.
Director de la Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia de País a Largo Plazo, Gobierno de España.

2ª SESIÓN: *SMART REGULATION* EN LA PRÁCTICA: EXPERIENCIAS NACIONALES E INTERNACIONALES EN LA ELABORACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS BASADA EN LA EVIDENCIA.

[Ver detalles](#)

Ponentes:



Joaquín López Vallés

Director del Departamento de Promoción de la Competencia en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).



Vicky Marissen

Socia de la consultora de asuntos público-europeos EPPA, directora en el European Training Institute y profesora en el Colegio de Europa de Brujas.

3ª SESIÓN: LA EXIGIBILIDAD DE LA *SMART REGULATION*.

[Ver detalles](#)

Ponentes:



Marisa Álvarez Suárez

Subdirectora General de Mejora de la Regulación, Apoyo a la Empresa y Competencia. Dirección General de Política Económica, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.



José María Codes Calatrava

Letrado de las Cortes Generales.

4ª SESIÓN: EL COSTE DE LA COMPLEJIDAD DE LA REGULACIÓN.

[Ver detalles](#)

Ponentes:



Juan S. Mora-Sanguinetti.

Economista titulado del Banco de España. Vicepresidente de Asociación de Expertos Nacionales de la Abogacía TIC (ENATIC). Consejero académico de Fide.



Jesús Muñoz

Ex-CEO de Deliveroo España.

5ª SESIÓN: SMART REGULATION Y MODELOS REGULATORIOS INNOVADORES: LA REGULACIÓN BASADA EN NUDGES (ACICATES) Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

[Ver detalles](#)

Ponentes:



Juli Ponce Solé

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona. Codirector de la Cátedra Barcelona de Estudios de Vivienda.



Guillermo Olagüe Sánchez

Administrador Civil del Estado, exsubdirector general de normativa del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y exsubdirector general de Regulación del Juego.

Disclaimer: Todas las personas que han participado en este ciclo de sesiones de Fide, lo han hecho a título personal y no en representación de las entidades, despachos, universidades o empresas, donde llevan a cabo su labor profesional, por lo que estas conclusiones no reflejan y no recogen posturas institucionales sino particulares de cada uno de los miembros del grupo.

VI. Sobre Fide

La Fundación FIDE constituye hoy un lugar de encuentro permanente de profesionales del más alto nivel o con una larga trayectoria profesional, que desarrollan su actividad en las empresas, los despachos profesionales y la Administración Pública.

Fide es un think-tank jurídico-económico, un centro operacional del conocimiento en estado práctico, que se hace posible gracias a la participación activa de todos los estamentos de la sociedad civil que tienen algo que decir al respecto: desde la alta dirección de las empresas a los despachos de abogados, desde las cátedras universitarias hasta los tribunales de justicia, desde todas las instancias de la administración hasta los profesionales de diferentes ámbitos relacionados con el mundo del Derecho y de la Empresa.

CICLO DE SESIONES FIDE ***SMART REGULATION***

DOCUMENTO DE CONCLUSIONES

26

FUNDACIÓN FIDE
MADRID – ESPAÑA
ENERO – JUNIO 2023