

Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos

Gaspar Ariño Ortiz y Juan Miguel de la Cuétara
Catedráticos de Derecho Administrativo

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. REGULACIÓN, REGULACIÓN ECONÓMICA Y REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA.—2. «RIESGO REGULATORIO» Y «CONTRATO REGULATORIO».—3. BASES ECONÓMICAS Y JURÍDICAS DE LA REGULACIÓN.—4. OBJETIVOS Y FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN.—5. REGULACIÓN Y REGULADORES.—6. APUNTE DE TÉCNICA REGULATORIA.—7. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo, se habla mucho en España de «regulación», con referencia a la ordenación de los sectores estratégicos (sectores «regulados») puestos bajo el control de comisiones *ad hoc* (organismos «reguladores») que se han abierto recientemente a la competencia dentro de ciertas condiciones (competencia «regulada»). Los observadores sociales no han dado demasiada importancia al auge de este término, que han tomado como una moda pasajera, directamente achacable al actual predominio de las técnicas de gestión económica norteamericanas en todo el globo. La regulación —piensan— es un invento anglo-norteamericano que se extiende con la economía de mercado proyectada desde los Estados Unidos a todo el planeta.

Frente a esta apreciación de muchos analistas, hay que decir que no es sólo una cuestión de palabras y mucho menos de modas. Detrás del cambio terminológico hay un cambio estructural que no podemos desconocer. Los «sectores regulados» (agua, energía, transportes, comunicaciones ...) se gestionan en Europa y en España de un modo muy distinto a como se hacía

diez o quince años atrás. Se rigen por nuevas reglas (se han liberalizado), sus protagonistas son otros (las antiguas empresas públicas que los gestionaban se han privatizado y han aparecido otras nuevas), y sus rectores son también otros (junto a los Ministros, han surgido con fuerza los reguladores «independientes»: CMT, Comisión Nacional de la Energía, etc.). Con nuevas autoridades, nuevos protagonistas, nuevas normas y nuevas instituciones, es claro que nos encontramos ante sectores también nuevos¹.

Ahora bien, en estos sectores renovados existen viejas y permanentes necesidades. La actividad debe ser incesante y los servicios deben fluir hacia sus destinatarios en forma regular y continua, puesto que ni el agua ni la electricidad pueden faltar—hoy, menos que nunca— en los hogares, ni las ciudades pueden funcionar sin transportes y comunicaciones eficientes, ni las sociedades contemporáneas pueden prescindir de un continuo e intenso flujo de información noche y día, sin cesar un instante. La regulación, en lugar del monopolio y gestión pública, como antaño, se encarga de ello en los sectores calificados de «estratégicos».

Al liberalizar y privatizar estos sectores, hemos introducido en ellos, qué duda cabe, factores determinantes de tensiones, oscilaciones o alteraciones, que hay que mantener bajo control. En la mayoría de los casos, el equilibrio espontáneo del mercado determina este control; en unos pocos, la regulación toma el relevo. La actividad en los sectores regulados debe mantenerse dentro de unos parámetros determinados, en cuanto son esenciales al sostenimiento de la colectividad; el mercado y la regulación y, más concretamente, la «regulación para la competencia», mantienen los abastecimientos de electricidad, de gas, de combustibles, o los transportes terrestres, o las comunicaciones inalámbricas, dentro de los parámetros señalados.

La regulación es, por tanto, algo más que una moda y desde luego no es un fenómeno pasajero². En las páginas que siguen se hace una reflexión sobre su sentido, fundamentos y técnicas que incorpora, que se ofrece al lector en la esperanza de que contribuya a orientarle en el mundo, viejo y nuevo a la vez, de la satisfacción de las necesidades colectivas de forma regular

¹ Una explicación global de nuestro entendimiento de estos cambios puede encontrarse en la prelección «Las relaciones Estado-Sociedad. De dónde venimos, a dónde vamos» que hemos incluido en: ARIÑO DE LA CUÉTARA-LÓPEZ CASTRO, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, Granada 1999, pp. XXVII y siguientes.

² Desde hace muchos años vienen trabajándose estas materias en otros países, sobre todo en los EE.UU. Sirva de muestra el excelente libro de Stephen BREYER—hoy magistrado del Tribunal Supremo norteamericano— *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, 1982. En España, los autores del presente artículo venimos también impulsándolas desde hace cierto tiempo, primero desde el Programa de Estudios de Regulación Económica (P.E.R.E.) y luego desde la Fundación de Estudios de Regulación Económica (F.E.R.). Sirvan ahora de muestra los trabajos del «Congreso Mundial de Regulación Económica» (Sevilla 1996) y, en especial, en *Raport final de conclusiones y recomendaciones*, o los recogidos en el volumen *Privatización y liberalización de servicio*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

y continua, pero ahora a partir de la libertad, la competencia y la iniciativa individual.

1. REGULACIÓN, REGULACIÓN ECONÓMICA Y REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

Aceptemos que la regulación, en general, comprende aquel conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales, necesario para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados. Ello significa, al menos, que:

a) *La regulación se asienta sobre el Derecho, pero no es sólo Derecho.* Las normas jurídicas delimitarán lo que se puede hacer y lo que no, lo que es un derecho subjetivo (acceso a redes —eléctricas, gasísticas, de telecomunicaciones— ...) y lo que es una obligación (de dar, hacer o soportar), pero no convertirán la regulación en «cosa de abogados» ni su metodología será la de la dialéctica seguida tradicionalmente ante los tribunales de Justicia.

b) *La regulación tiene una base técnica, adecuada al «estado del arte» del sector de que se trate.* Normalmente se la denomina, precisamente por esta circunstancia, «regulación sectorial», haciéndose por sectores (energía) o subsectores (electricidad, gas, petróleo ...) para adaptarse a los requerimientos técnicos de cada uno de ellos. El estudio y diseño de la regulación requiere en primer lugar el conocimiento de cómo funciona un sector; cuáles son sus características técnicas y económicas.

c) *La «toma de decisiones» regulatorias tiene una importancia capital en el conjunto de esta disciplina.* Al regular una actividad se están adoptando continuamente decisiones de gran trascendencia para los regulados: se fijan precios, cantidades, cuotas, tiempos, etc. Aunque, por supuesto, existe una supervisión judicial, los efectos inmediatos de cada decisión son de tal magnitud que se precisa el uso de técnicas específicas para orientarlas y definir sus condiciones de aceptabilidad inicial. Las medidas regulatorias deben basarse en el análisis económico de las decisiones, que permita prever las consecuencias de las mismas, no sólo a corto, sino también a medio y largo plazo.

d) *La finalidad esencial de la regulación es mantener la actividad en marcha dentro de unos parámetros prefijados.* En lo esencial el regulador social funciona igual que un regulador físico, como el de una caldera de vapor: maneja fuerzas importantes impidiendo que sobrepasen determinados umbrales críticos (temperatura, presión, velocidad en el caso de los reguladores físicos) para que no se ponga en peligro la estabilidad del sistema y pueda funcionar eficientemente.

Según esto, la regulación económica será la aplicable a actividades de este carácter que, por alguna razón, requieran estabilizarse u organizarse en función de determinados objetivos, y en la que el enfoque, la perspectiva a considerar, será ordinariamente la proporcionada por las ciencias económicas. Con ello centramos el foco sobre actividades de producción, distribución y consumo de bienes caracterizados por su utilidad y escasez y sobre las decisiones que les dan forma, dejando a un lado las regulaciones puramente técnicas, tan abundantes por razones de seguridad, sanidad, urbanísticas, ambientales, etc., y otras que, aunque relacionadas con la producción de bienes y servicios, se fundamentan sobre bases deontológicas (regulación del ejercicio de profesiones tituladas), culturales (patrimonio histórico) y demás de naturaleza no económica (regulaciones deportivas, de moralidad, etc.).

Dentro de la regulación económica, nos interesa especialmente la que usa potestades públicas (quedan aparte los fenómenos de autorregulación)³, que afecta a las infraestructuras y prestaciones públicas de mayor necesidad individual o colectiva. Estas actividades —hoy calificadas como «de interés general» y antes consideradas «servicios públicos»— y los servicios e infraestructuras que las soportan, constituyen los llamados «sectores estratégicos», bien diferenciados en el seno de la economía general de un país.

Cabría hablar mucho de estos sectores, pero baste con decir que en todos ellos se atienden necesidades vitales de las personas, reconocidas formalmente como tales, o necesidades de la colectividad en sí misma, que precisan la organización de empresas económicas para satisfacerlas. En todos ellos existe una razón técnica (economías de escala, de red, utilización de bienes públicos ...) y unas prestaciones mínimas que hay que garantizar a los usuarios, todo lo cual lleva a la aplicación de mecanismos regulatorios superpuestos al mercado y a la aplicación de mecanismos regulatorios superpuestos al mercado y a la competencia sobre los que se basa su actividad⁴.

La mayor particularidad de las potestades que se ejercen en ellos es que se utilizan, no como antaño, para sustituir al mercado, sino para promoverlo y hacer posible la competencia. Esta «regulación para la competencia⁵» ha nacido de la necesidad de transformar antiguos monopolios estatalizados en auténticos mercados, con pluralidad de operadores y libre elección del usuario. La mera derogación de las normas preexistentes no era suficiente para lograr esta transformación, sobre todo ante la situación de hecho, con

³ Sobre el elemento clave de la diferenciación, esas «dosis medidas de poder juridificado», que son las potestades, puede verse: DE LA CUÉTARA, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.

⁴ En el libro, *Principios de Derecho Público Económico*, al que ya hemos hecho referencia, se estudian en detalle la energía, las telecomunicaciones, los transportes y el agua. Otros sectores estratégicos serían, por ejemplo, las infraestructuras (redes viarias, portuarias, aeroportuarias) o el de Banca y Finanzas.

⁵ Sobre ésta, ARIÑO, *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, CERE - De Palma, Buenos Aires, 1996.

un único proveedor inicial del servicio, y la obligada garantía de determinadas prestaciones que había que mantener (servicio universal de comunicaciones, de abastecimiento de electricidad, de combustibles).

Aunque parezca paradójico, como se ha señalado ya repetidamente, la «regulación para la competencia» forma parte del movimiento liberalizador y, con ella, se aumenta, no disminuye, la libertad de los agentes económicos y los ciudadanos, pese a tratarse de auténtica regulación, con normas y decisiones de obligado acatamiento.

2. «RIESGO REGULATORIO» Y «CONTRATO REGULATORIO»

Diseñar una buena regulación para la competencia en los sectores estratégicos recientemente liberalizados no es fácil y seguidamente se explica por qué. La regulación tiene que aportar claridad y previsibilidad a la evolución de estos sectores, tiene que facilitar la realización de planes de negocio y promover la inversión en ellos, tiene que definir el nuevo «tablero de juego» cara al futuro, de una manera clara y estable, en la que los operadores puedan confiar. Esto es especialmente necesario cuando además de liberalizar se privatizan antiguas empresas públicas, normalmente monopólicas, que operaban en el sector. Al privatizar, se llama en muchas ocasiones al capital internacional para que invierta en el país, sector y empresa de que se trata; y éste analiza su inversión en función, entre otras cosas, de la regulación bajo la cual ha de actuar la empresa en la que se invierte. Pero la regulación suele incorporar algunas incógnitas e incertidumbres, que componen lo que conocemos como «riesgo regulatorio». He aquí alguna muestra de las mismas:

- *La regulación incorpora en muchas ocasiones ambigüedades, calculadas o no.* Así, con frecuencia se establece que el nivel de competencia para que se activen o desactiven determinadas facultades del regulador en el mercado de que se trate (eléctrico, gasístico, de combustibles, etc.) ha de ser «suficiente». Pero ¿cuándo es «suficiente»?; ¿cómo estimamos el mercado relevante a efectos de suficiencia?; si hacemos comparaciones, ¿con qué países hemos de hacerlas? Lo mismo cabe decir de conceptos frecuentemente utilizados en la regulación como «facilidades esenciales», «precios asequibles», etc. ¿Quién aprecia o cómo se declara el carácter esencial de una instalación? ¿Cuál es el nivel de asequibilidad de un precio?
- *La regulación se establece en normas de mínimo rango, que son fáciles de cambiar.* El miedo de los responsables políticos de la regulación a verse atados en sus propias medidas suele llevarlos a esquivar las normas parlamentarias —o a redactar proyectos de ley muy genéri-

cos— prefiriendo adoptar las verdaderas decisiones a través de normas meramente administrativas e, incluso, a través de instrucciones, circulares, directrices, recomendaciones y demás formas de orientación de las conductas de los operadores que incorporan la mínima responsabilidad. La falta de seguridad jurídica así creada reduce enormemente la previsibilidad en el sector. Las normas de fijación de los precios de interconexión de los operadores de telecomunicaciones aprobadas en Europa con una Recomendación y en España con una Orden Ministerial, son un buen ejemplo de lo que aquí se dice.

- *Se abusa de la discrecionalidad del regulador con efectos claramente perniciosos.* En paralelo con cuanto acaba de exponerse, la regulación se construye en muchas ocasiones sobre decisiones discrecionales de los reguladores, lo que tiene efectos perniciosos variados: el poder político, para no perder el control de estas decisiones discrecionales, tiende a reducir la independencia del regulador; éste se acostumbra a no dar razón de sus decisiones, los operadores tratan de «capturar» su voluntad, ya que no pueden razonar técnicamente frente a la pura discrecionalidad, etc., etc.
- *Los criterios de los reguladores y la regulación cambian bruscamente.* Hemos dicho que para que el sector sea previsible, la regulación tiene que ser estable. Pero ello no siempre ocurre ni mucho menos. La experiencia muestra que en muchas ocasiones no lo es, con el consiguiente daño para el sector.

Así pues, la imprevisibilidad y la inseguridad son factores destacados del «riesgo regulatorio». Otros factores son la politización de las decisiones, su captura por uno u otro grupo de presión o de influencia, su burocratización, etc. El conjunto de todos ellos puede alcanzar niveles muy significativos, que redundarán en claro perjuicio de empresas y usuarios e incluso, como seguidamente se comenta, de la economía general del Estado que lo tolera.

El riesgo regulatorio tiene una manifestación muy clara en la economía internacional al convertirse en «riesgo país». Aquellos países con necesidades de inversiones internacionales cuya regulación en los sectores estratégicos es deficiente, insegura o mal aplicada, son calificados como de «alto riesgo» y para invertir en ellos se exigirán retornos más altos, más frecuentes y más rápidos de lo que ocurriría en otro caso. El riesgo regulatorio se puede cuantificar en estos casos, y sus efectos negativos para el país pueden llegar a ser muy elevados ⁶.

⁶ Los técnicos del Banco Mundial han insistido mucho en ello y en la necesidad de minimizar estos riesgos. Así lo hacen, por ejemplo, GUASCH y SPILLER en *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues and the Latin America and Caribbean Story* (1996).

Para suavizar las más notorias manifestaciones del riesgo regulatorio existen diversas técnicas. Muchas de ellas son de índole jurídico formal, y consisten en elevar el rango de la regulación «antes de» demandar inversiones internacionales, llegando en ocasiones a compromisos de rango constitucional. Pero hay una concepción de especial interés, que trasciende al indicado nivel jurídico formal y contempla a la regulación, cualquiera que sea su forma, como un auténtico contrato tácitamente suscrito entre el Estado, los inversores y los ciudadanos usuarios de los sectores estratégicos. Esta teoría ha sido desarrollada en los EE.UU. por SIDAK y SPULBERG en su interesante libro *Deregulatory Takings and Regulatory Contract* (Cambridge University Press, 1997) y básicamente dice lo siguiente:

- Las empresas de un sector regulado, cualquiera que sea su título habilitante y la norma que lo regula, se encuentran en una situación de naturaleza materialmente contractual con el Estado bajo cuya regulación actúan, en la que su derecho a recuperar los costes de oportunidad del capital invertido más un razonable retorno de la inversión se articula con su obligación de prestar el servicio de que se trate a los ciudadanos que lo soliciten (que, a su vez, tienen derecho a ello). Esta trabazón de derechos y obligaciones —ya esté definida por norma o por documento contractual— impide al Estado actuar caprichosamente, especialmente en los tres componentes regulatorios fundamentales: condiciones de entrada en el sector para otras empresas, potestad tarifaria y delimitación de las obligaciones de prestar servicio.
- La base de esta concepción se asienta en dos observaciones fundamentales. Primera: desde la perspectiva económica, es esencial a toda regulación permitir que las empresas sometidas a ella puedan recuperar sus costes del mismo modo que ocurre en los contratos (la recuperación de los costes está ínsita en la causa de los contratos). Segunda: desde la perspectiva jurídica, la cláusula de la Constitución norteamericana que impide a las legislaturas de los Estados actuar en contra del cumplimiento de los contratos debidamente celebrados resulta igualmente aplicable a estas situaciones para evitar extralimitaciones en la actuación de las *public utilities commissions*, que son los reguladores estatales de los sectores estratégicos. Es lógico que, en tales condiciones, se postule la existencia de contrato o acuerdo básico en todos los regímenes regulatorios, incluso los no formalizados como tales. Es más, la existencia de contratos explícitos en muchos casos, y de contratos implícitos reconocidos por la jurisprudencia en otros (caso *Charles River Bridge*, por ejemplo) avalan esta teoría.

No es el momento de discutir a fondo el pensamiento de SIDAK y SPULBERG, que tiene interesantísimas repercusiones en cuestiones tales como los

costes de transición a la competencia (CTCs, muy importantes en el sector eléctrico español), los límites de la potestad reglamentaria en materia regulatoria, o la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en las obligaciones de inversión asumidas por las empresas. Pero debe quedar constancia, al menos, de que la Economía y el Derecho señalan en la misma dirección, que no es otra que la aplicación del principio de la «buena fe» y de protección de la confianza (situaciones en las que los operadores tienen derecho a confiar) a las empresas que actúan en sectores regulados ⁷.

3. BASES ECONÓMICAS Y JURÍDICAS DE LA REGULACIÓN

Cuando los economistas se preocupan de describir lo que debe hacer el Estado en relación al mercado, nos dicen que su papel consiste esencialmente en sostener las instituciones que hacen posibles las transacciones dentro de él, y que tales instituciones (lo que ellos llaman el «metamercado») se resumen en el sostenimiento de los derechos de propiedad y de la obligación de cumplimiento de los contratos. Dado que la regulación para la competencia ayuda a crear mercados en los sectores recién liberalizados, estas instituciones esenciales son también aplicables en los sectores estratégicos aquí considerados: la defensa de la propiedad y el cumplimiento de los contratos forma parte esencial de la regulación de sectores estratégicos de abastecimientos, transportes, comunicaciones...

Los juristas, por su parte, entienden que un determinado sector social está en situación de normalidad cuando en él se da el libre y pacífico ejercicio de los derechos y el normal funcionamiento de las instituciones (concepto tradicional de orden público) ⁸. A lo que aquí interesa, tales derechos son los de propiedad, necesarios para el funcionamiento del mercado (la propiedad, *-ius utendi, fuendi et disponendi-*, incorpora las facultades de disposición que el mercado precisa); y las instituciones serán las que garantizan la defensa de este derecho y la de los actos de disposición relativos a los mismos (es decir, los contratos). Juristas y economistas coinciden así en que en los mercados regulados deben darse las condiciones mínimas de todos los mercados, que son las expresadas: respeto de la propiedad y libertad de contratación.

Sobre estos cimientos, la regulación viene a establecer restricciones y ampliaciones de las posibilidades de actuación de unos y otros: genera con-

⁷ Sobre la eterna cuestión del control de los poderes discrecionales de los responsables de la Economía ha llegado a nuestra manos un libro, cuyo contenido aún no hemos tenido oportunidad de evaluar, pero del que queremos dejar constancia, al menos como prueba de la actualidad de la materia. Es el siguiente: CIRIANO VELA *Administración económica y discrecionalidad, un análisis normativo y jurisprudencial*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2000.

⁸ Vid. DE LA CUÉTARA, *La Actividad de la Administración*, Editorial Tecnos, 1983, pp. 238 y ss.

tratos forzosos (interconexión y acceso a redes, prestación del servicio universal), impone limitaciones a la propiedad (incompatibilidades, afectación de bienes, límites máximos en la participación en las sociedades) o al uso de los activos (compartición forzosa). Al mismo tiempo, facilita el acceso de terceros a determinados bienes (*essential facilities*) o a servicios a precio deficitario (servicio universal, en determinados supuestos). De todas estas acciones y otras que se irán comentando, debe retenerse que son excepciones a la regla general, y que, como tales excepciones, deben estar justificadas caso por caso y establecidas con arreglo al principio de legalidad. La justificación de estas restricciones deriva de la existencia de fallos del mercado (estructurales o transitorios) y de la necesidad de satisfacer determinadas necesidades públicas, en las condiciones que seguidamente se expresan.

De la problemática de los fallos de mercado podríamos hablar mucho, e incluso negar su existencia, reconociendo que tales fallos son en realidad fallos de la regulación (incluyendo en ella todo el sistema institucional del «metamercado»). Para simplificar, retengamos que en la transición a la competencia los mecanismos del mercado incipiente no funcionarán de modo totalmente satisfactorio (fallo coyuntural) y que aun con la competencia ya entablada, en los sectores con economías de red (la mayoría de los energéticos, muchos de los de abastecimiento y todos los de transportes y comunicaciones) los derechos que otorga la titularidad de la red deben verse limitados si se quiere que exista pluralidad, concurrencia y opcionalidad para los usuarios (teoría jurídica de las *essential facilities* y teoría económica del *third party access*).

Por lo que hace a la satisfacción de determinadas necesidades de la población, aquí hace acto de presencia la vieja teoría del servicio público, en su formulación compatible con el mercado, esto es, en la de «cargas de servicio público» y «obligaciones de servicio universal», no en la del antiguo servicio público de titularidad estatal exclusiva y excluyente. La denominación de «actividades de interés general» es bastante expresiva de las que tienen lugar en los sectores estratégicos, con la salvedad de que, para justificar restricciones a la libertad, este «interés general» tiene que concretarse en algo, haciéndose lo suficientemente sólido como para contrapesar la preferente aplicación del principio *pro libertate*, que también impera en los sectores estratégicos una vez liberalizados.

4. OBJETIVOS Y FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN

La regulación para la competencia en los sectores estratégicos se justifica en virtud de alguna de las dos opciones siguientes: a) la opción positiva en favor de determinadas prestaciones para todos, que induce a regular sus modalidades de provisión; o, b) la opción negativa de supresión de cuellos

de botella e insuficiencias del mercado, que lleva a corregir regulatoriamente los abusos que de ellas podrían derivarse. Y, dado que hablamos de «regulación para la competencia», entre sus fundamentos está necesariamente la consecución de tres grandes objetivos:

Primero, facilitar la entrada y salida del sector, posibilitando la inversión y desinversión en él de capitales privados (pluralidad y capacidad de elección). Los posibles abusos se controlan mediante la regulación de defensa de la competencia.

Segundo, facilitar la conformación autónoma de la propia oferta comercial por las empresas del sector, posibilitando la libre formación de precios (régimen de competencia); si para ello es necesario regular el uso de algunos medios (acceso a redes, p. ej.) debe hacerse.

Tercero, facilitar la innovación y la asunción de riesgos, posibilitando la apropiación de los beneficios que de ellos puedan obtenerse (equilibrio riesgo-beneficio). Donde no haya posibilidad de elección para los usuarios, la regulación debe actuar (fijación de tarifas, estandarización y publicidad de la oferta, etc.) y también debe hacerlo para que las prestaciones declaradas esenciales lleguen a todos sus posibles destinatarios (en éstas, el principio de «riesgo y ventura» se relativiza, en favor del de continuidad y regularidad de la prestación).

Todo lo dicho resulta fácil de aceptar, al menos al nivel abstracto en que se está moviendo la explicación. Pero debemos ser conscientes de que, una vez aceptado, la lógica interna que todo ello conlleva nos obliga a examinar y, si es necesario, repensar una y otra vez, los fundamentos de cualquier regulación sectorial —en vigor o proyectada— para:

— *Combatir la tendencia a mezclar fines dispersos y en ocasiones contradictorios en la regulación sectorial.* Es una experiencia común que las decisiones regulatorias muchas veces se ponen al servicio de los grandes objetivos del Gobierno (por ejemplo, combatir el paro o la inflación), de los intereses de diversas administraciones o grupos (aquí interviene la política territorial o autonómica en muchas ocasiones), o de otros sectores a los que se desea ayudar (por ejemplo, del sector minero en la regulación eléctrica española). Ello distorsiona injustamente muchas medidas regulatorias.

— *Determinar la admisibilidad de una medida.* En regulación, tan importante como imponer una medida forzosamente, es conseguir su aceptación por los operadores. Tal aceptación sólo puede lograrse sobre la base de la vinculación directa y clara de la misma a los fundamentos de la regulación previamente aceptados. El diálogo, la negociación y la persuasión es aquí más importante que el «orden y mando».

— *Separar la regulación económica de otras regulaciones y entender el modo de articulación de unas y otras.* La regulación ambiental, por ejemplo, incorpora medidas de repercusión económica, pero responde a una lógica distinta de la regulación destinada a establecer la competencia en los mercados liberalizados, con respecto a la cual debe tener efectos neutrales. Lo mismo cabe decir de la regulación del tráfico frente a la de la competencia en los mercados de transporte y tantos otros supuestos. Son enfoques distintos.

5. REGULACIÓN Y REGULADORES

La regulación económica de sectores estratégicos se define por una misión, misión de la cual se responsabiliza al regulador específico del sector. La Unión Europea se ha referido a esta misión en el artículo 86 de su Tratado Fundacional (ant. art. 90 Tratado de Roma) en relación a las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos compatibles con la política general de la competencia; esta compatibilidad sólo es admisible en función de la «misión» específica confiada a tales empresas; pues bien, dado que la regulación incorpora *per se* derechos —y obligaciones— especiales y exclusivos, debe activarse para ello un mecanismo similar, que permita estimar su compatibilidad con las reglas generales del mercado, esto es, contrastarla con la misión que se confía a los reguladores.

No existen todavía buenos ejemplos de especificación legislativa de dicha misión, por lo menos en España. Las leyes de telecomunicaciones o hidrocarburos, por dictar dos recientes, se preocupan más de la *despublicatio* (suprimir la calificación de servicio público y sustituirla por la de actividad de interés general) que de precisar la misión de los reguladores. Esto no obstante, en ambas leyes se establece que la respectiva comisión reguladora debe «*velar por la competencia efectiva*» (L.H.) o «*salvaguardar las condiciones de competencia efectiva*» (LGTel, por referencia a la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones), siendo el referente común la «competencia efectiva», que es como el núcleo de la misión de los reguladores.

Ahora bien, es claro que éste no es el único objetivo. La competencia ha de hacerse compatible con la continuidad, regularidad y universalidad de algunos servicios, con la estabilidad de las redes, con la garantía de suministro, o con el reparto de beneficios y cargas entre las generaciones presentes y las futuras, así como con el respeto a los derechos adquiridos, el debido reparto de los costes de transición a la competencia o la justicia de los precios de interconexión y acceso a las redes. Todo ello también forma parte de la misión del regulador.

Es importante definir esta misión del modo más preciso posible porque, de lo contrario, será sustituida por la visión del regulador. A pesar de la pro-

ximidad fonética de ambos términos, «misión» y «visión» son dos mundos absolutamente distintos; la primera es objetiva, la segunda es subjetiva; la primera es compartible, la segunda no lo es; la primera, en fin, puede ser objeto de debate racional y de entendimiento técnico, mientras que la segunda lleva al debate político y al puro voluntarismo. Pues bien, debe decirse con toda rotundidad que los reguladores no pueden ser, en absoluto, visionarios. La forma de evitarlo es la objetivación de la misión que se les confía, de la que se deriva una clara definición institucional de su papel como reguladores.

Lo que acaba de expresarse es el *desideratum*, en el sentido estricto y etimológico del término. En la realidad de las cosas, la misión del regulador se presenta como un encargo, una tarea, que una persona confía a otra. Estas personas son, de un lado, los políticos responsables del sector dentro del Gobierno de turno y, de otro, los reguladores que reciben teóricamente el mandato de aquéllos. Siendo esto así, lo importante es que este encargo al menos se haga público y se haga de una vez por todas, esto es, se realice a un regulador al que se dota de la independencia suficiente para cumplirlo. El Derecho proporciona los mecanismos que hacen posible ambas cosas.

Dejando a un lado la publicación y estabilización de la tarea confiada al regulador, que se rige por el principio de publicidad y jerarquía de las normas (principio de legalidad), la independencia del regulador del poder político ha consumido chorros de tinta, en un debate todavía abierto. Mientras todos estamos de acuerdo en que el regulador debe ser independiente de las empresas reguladas y, en general, de cualquier tipo de poder económico, dudamos qué hacer con respecto al poder político.

De una parte, la necesidad de legitimación democrática de los reguladores parece llevarlos a algún tipo de dependencia del poder político legítimamente constituido, pero, por otra, las funciones que está llamado a ejercer demandan a gritos su despolitización. De una parte también, no existe Gobierno que pueda trazarse una política económica global sin incidir en los principales sectores estratégicos (transportes, comunicaciones, energía); pero, de otra, cuando se ha decidido confiar tales sectores al mercado y se ha erigido un regulador para ello, se los ha puesto fuera del alcance de la política gubernamental, situándolos al margen del proceso político (electoral). Algunas funciones del regulador (la arbitral, la atributiva de derechos) precisan una independencia parecida a la de los jueces, mientras que otras (potestades normativas secundarias) están claramente integradas en una cadena jerárquica (jerarquía normativa) y deben responder de algún modo a las directrices políticas del Gobierno. En suma, nos encontramos ante una independencia difícil de configurar.

Con todo, si hemos de equivocarnos, procuremos caer del lado bueno. Y, en este caso, el lado bueno es la independencia, no hay duda de ello. Los

reguladores económicos más veteranos y de mayor alcance (Bancos Centrales, organismos responsables de las Bolsas) han ido consolidando su independencia a lo largo del tiempo, en beneficio de todos. Los organismos responsables de la política de la competencia (como nuestro TDC) también lo han hecho; los mejores reguladores sectoriales del mundo se han caracterizado siempre por la toma de decisiones con sus propios criterios. Para decirlo con pocas palabras, la función y la misión de los reguladores sectoriales demandan por sí mismas la independencia de la que aquí se habla. Obviamente, esta independencia no puede llevarse al extremo de que los reguladores elijan sus propios fines, escojan el Derecho bajo el que han de actuar o se autoatribuyan potestades. Ningún organismo público puede hacer eso y los reguladores lo son ⁹.

6. APUNTE DE TÉCNICA REGULATORIA

Llegado este punto, no irá mal, para completar el cuadro, describir aquí algunas de las técnicas que esta regulación utiliza, expuestas en muy breves pinceladas.

- *Regulación de precios.* Es la técnica que la ciencia económica estudia con mayor interés y tiene un amplio desarrollo en la literatura especializada. Se aplica a todos aquellos supuestos en que la libre formación de precios no es posible, sea porque la oferta es insuficiente, porque la demanda es excesivamente rígida o por tratarse de cuellos de botella en los que la parte débil no tiene posibilidades reales de discutir el precio. La solución son los «precios regulados», cuyo principio básico es la cobertura de costes más un adecuado retorno del capital (normalmente el que cubra su coste de oportunidad) creando además incentivos para la innovación tecnológica y la inversión en activos fijos. Las técnicas para el establecimiento de estos precios cubren un amplio abanico de posibilidades, destacando los sistemas del *rate of return* (con tendencia al desuso) y *price cap* (en ascenso) en los que se utilizan diversas modalidades de cómputo de costes (por ejemplo TELRIC o ECPR), todavía en discusión ¹⁰.
- *Desagregación de actividades.* Esta técnica es de base jurídica, y tiene como finalidad aislar, dentro de cada sector, las distintas actividades que lo integran, distinguiendo aquellos segmentos del mercado

⁹ Sobre la nueva Administración reguladora de la economía y sus características institucionales, *vid.* G. ARIÑO ORTIZ. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Pons, Madrid, 1993, cap. XI, *in totum*.

¹⁰ Para una explicación, en detalle, de ambos sistemas de tarificación, *vid.* Gaspar ARIÑO ORTIZ y Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORAÑO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, editorial Montecorvo, Madrid, 1998.

donde existen dificultades estructurales para establecer la competencia o ésta es todavía incipiente, de aquellos otros en que la pluralidad de operadores y la competencia son inmediatamente posibles»¹¹. Es muy usada en política de la competencia, para corregir las concentraciones excesivas cuando dan lugar a abusos de posición de dominio, como prueban el actual caso de Microsoft y antes del de ATT en los Estados Unidos. Tiene varias vertientes, que van desde la separación contable, a la separación jurídica y la segregación de empresas. Al separarse las actividades, las empresas se ven obligadas a establecer contratos explícitos, contratos cuyos términos pueden hacerse transparentes e incluso regulatoriamente extensibles a terceros.

- *Obligación de dar acceso a terceros a las propias instalaciones o servicios.* Esta obligación se corresponde con el derecho de acceso a las infraestructuras y redes existentes (red de alta tensión, de gasoductos, de oleoductos, red telefónica, etc.) que se reconoce a los nuevos entrantes en el sector para que puedan incorporarse a la oferta en condiciones equitativas. Este derecho/obligación incorpora la necesidad de ajustar muchos elementos (puntos de acceso, modalidades, cantidades, reservas, etc.) y, sobre todo, el precio. En ocasiones, el acceso exige llevar determinados equipos a las instalaciones de otro operador, que no puede negarse a su establecimiento siempre que sea razonablemente posible y se abone el uso de las instalaciones ajenas a su justo precio. No podemos detenernos ahora a explicar los criterios que deben inspirar el régimen jurídico de las redes¹².
- *Obligación de interconexión de las redes e interoperabilidad de los servicios.* La interconexión regulada es necesaria para compensar los efectos de las economías de red, que hacen que la red grande no tenga incentivos para interconectarse con la pequeña, a la que puede expulsar fácilmente del mercado. Lo mismo ocurre con la interoperabilidad de los servicios cuando discurren sobre redes (caso típico, los servicios de telecomunicaciones). En ambos casos, la regulación se encarga de decir cómo debe realizarse la interconexión, qué estándares se utilizan y, naturalmente, qué precio debe pagarse, cuando las partes no se ponen de acuerdo por sí mismas¹³.
- *Regulación específica de los cuellos de botella.* En los sectores estratégicos surgen diversos cuellos de botella, que requieren soluciones específicas para evitar que estrangulen la competencia. Puede ser el

¹¹ Sobre este tema, *vid.* G. ARIÑO, J.M. CUÉTARA y otros, *El Nuevo Servicio Público*, Pons, Madrid, 1996.

¹² Un análisis, en general, de este tema en G. ARIÑO, *Teoría y Práctica de Regulación para la Competencia*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

¹³ Sobre interconexión en telecomunicaciones, *vid.* G. ARIÑO e I. HERGUERA, «La Interconexión: un modelo de regulación para las Telecomunicaciones», *REDETI* n.º 6, pp. 69 a 107.

caso del bucle local en las telecomunicaciones, de los *slots* de despegue y aterrizaje en los grandes aeropuertos o de los derechos de paso en cualquier infraestructura; cuando están dominados por un único titular pasan a considerarse «instalaciones esenciales» (*essential facilities*) y ya no pueden regirse exclusivamente por la autonomía de la voluntad de su titular sino que han de hacerlo en condiciones reguladas, cada uno según sus necesidades específicas.

- *Imposición de cargas de servicio público.* En los sectores estratégicos el mero hecho de realizar una oferta comercial «al público» puede conllevar diversas cargas regulatorias, desde las más livianas de hacer la oferta en condiciones transparentes y no discriminatorias, hasta las más gravosas de incorporar a la misma determinadas prestaciones y facilitarlas (gratuitamente o a precio controlado) a todos los usuarios. Sirvan de ejemplo el acceso a los números de emergencia que debe incorporar todo servicio telefónico, el almacenamiento de «reservas estratégicas» que es obligatorio para todos los distribuidores de combustibles, o las relaciones que forzosamente deben mantener con Protección Civil los titulares de todas las infraestructuras colectivas. Naturalmente, el «modo» en que se prestan los servicios también puede someterse a cargas en beneficio de la continuidad y regularidad de la prestación, de la igualdad y transparencia en su contratación o de la oferta a los usuarios de unas prestaciones concretas.
- *Mantenimiento del servicio universal.* El servicio universal es la carga de servicio público más característica, y consiste en un conjunto mínimo de prestaciones que ha de hacerse llegar a todos los ciudadanos a precio asequible en todo el territorio nacional. Lógicamente, de este servicio se encargará al menos una de las empresas competidoras en cada circunscripción territorial; esta responsabilidad debe ser neutral a efectos competitivos, por lo que esta empresa no debe ganar ni perder con este servicio, lo que incorpora un complejo juego de trasvases financieros en aquellos casos en que el precio no cubra los costes, puesto que tales costes deben repartirse entre todos los competidores. Las empresas de distribución energética el territorio que cubren y Telefónica hasta el año 2005 en toda España son responsables de los respectivos servicios universales¹⁴.
- *Concesión de derechos de paso.* El servicio público no sólo conlleva cargas; éstas van acompañadas de algunos privilegios, que en cierto modo las compensan, el más señalado de los cuales es el de la disposición de derechos de paso para el tendido de las infraestructuras y redes que sean necesarias. Estos derechos de paso se proyectan sobre el

¹⁴ Sobre el tema del servicio universal, ampliamente, ARINO, «Servicio público y servicio universal en telecomunicaciones» en CREMADES (Dir.) *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid 1997, pp. 757 y ss.

dominio público (normalmente el viario) de las Administraciones públicas y alcanzan también a la propiedad privada, puesto que las empresas a las que se reconocen son beneficiarias de los procedimientos de expropiación forzosa o de imposición de servidumbres, lo que, naturalmente, conlleva la obligación de pagar su justo precio.

- *Técnicas instrumentales* La regulación posee un conjunto de técnicas generadas por los distintos reguladores que ya son características de la misma. Una de ellas es la de las *audiencias públicas* destinadas a oír al sector antes de tomar una decisión importante, normalmente normativa, construidas sobre el modelo de las *Notice of Proposed Rulemaking* norteamericanas. Otras son las instrucciones y circulares, con las que los reguladores ejercitan una potestad normativa de segundo orden, subordinada a las leyes y reglamentos estatales, pero igualmente vinculantes. Otra técnica muy extendida es la emisión de *documentos de estudio, interpretativos, recomendaciones y otros textos, no vinculantes*, pero que envían claros mensajes al sector de lo que está considerando hacer el regulador o de cómo resolverá una situación delicada en caso de presentarse. Otra es la creación de *foros especializados*, con carácter formalmente consultivo o sin él, pero que sirven de punto de encuentro a todos los interesados para discutir delante del regulador los problemas del sector.
- *Técnicas generales de aplicación importante en materia regulatoria*. Al igual que para dar efectividad a los derechos de paso hay que acudir a la potestad expropiatoria, otras técnicas bien conocidas del Derecho administrativo general se aplican con especial intensidad —y con algunos cambios— en la regulación de los sectores estratégicos. Sirvan de ejemplo las autorizaciones, inspecciones y sanciones. *Las autorizaciones* se matizan en la regulación económica en el sentido de que se convierten en títulos habilitantes que llevan incorporadas limitaciones u obligaciones específicas que pueden llegar a tener gran entidad. La autorización o licencia es la llave para empezar a operar y es lógico que en los sectores regulados se configuren con especial cuidado¹⁵. *Las inspecciones y sanciones* tienen también su propia particularidad, consistente en que la actividad inspectora aparece en ocasiones separada de la resolutoria de los expedientes y que la potestad sancionadora de los reguladores independientes es absorbida en sus niveles más importantes y en muchas ocasiones por los gobiernos. En fin, de todo esto podrían escribirse monografías sector por sector y baste con la escueta noticia de su existencia para entender el tipo de técnicas de las que aquí se habla.

¹⁵ Vid. DE LA CUÉTARA y otros, *Autorizaciones y licencia en telecomunicaciones*. Editorial Comares, Granada, 2000.

7. CONCLUSIÓN

Muchas más cosas podrían escribirse sobre este tema de la nueva regulación de los antiguos servicios públicos (hoy actividades económicas de interés general) pero desbordaríamos los límites de un artículo como éste. Quisiéramos, para concluir, dejar claras, al menos, dos cosas. Una de ellas es que, como se decía al principio, la regulación no es una moda pasajera y hay que tomar muy en serio su aplicación a los sectores estratégicos de los que depende nuestra vida diaria. La otra es que se trata de una acción compleja, que debe esquivar los muchos peligros y dificultades que se presentan ante ella. Con respecto a esto último, parece claro también que ninguna de las técnicas aplicables en la regulación, por sí misma, es capaz de solventar todos los problemas que se presenten.

Si, por ejemplo, tratamos de solucionar con pura técnica jurídica todas las incidencias que se presenten, lo que obtendremos será un enorme incremento de los costes de transacción, un enorme freno a la innovación y, en definitiva, la paralización del sector. Si nos inclinamos por las más sofisticadas técnicas económicas, nos encontraremos con que pueden ser o no coherentes con el metamercado y con las instituciones que han de aplicarlas, y con que puede existir o no la información que precisan, de todo lo cual se deriva una gran inseguridad —y potencial injusticia— en su aplicación. En fin, si tratamos de obtener la solución de la ingeniería del sector, fácilmente ocurrirá que aparezcan rigideces, disminuya la diversidad y desaparezca la capacidad de elegir de los usuarios.

Sólo una adecuada mezcla de la ingeniería, análisis económico y buen Derecho público permitirá hacer una «buena» regulación para la competencia en sectores estratégicos. Para evaluar su potencialidad, debemos fijarnos en algunos de sus principales cometidos, como, por ejemplo, el de reducir la discrecionalidad y prevenir la politización de las decisiones regulatorias. No cabe duda de que es un objetivo importantísimo al mismo tiempo que un desafío de alto fuste: el Derecho administrativo lleva un siglo tratando de reducir la discrecionalidad en el uso de las potestades administrativas y sólo ha conseguido éxitos parciales. Hoy, debemos dar un paso más, que haga compatible la libertad con el buen servicio al ciudadano.

Para adoptar una decisión regulatoria, cualquiera que sea, hay que seguir determinados procedimientos formales: convenios, audiencias públicas, llamamiento a los interesados, solución de reclamaciones, control judicial final, con las cuales se va estableciendo una parte de los equilibrios necesarios. Además, hay que explicar, en foros, organismos consultivos o publicaciones de diversos tipos, la razón económica y técnica de la decisión que se pretende adoptar, razón que puede ser discutida técnicamente en los foros específicamente regulatorios o fuera de ellos. Si la razón alegada pier-

de consistencia en ellos, la regulación tendrá que abandonar antes o después la decisión o postura de que se trate. Todo ello se va conociendo ya como «técnica regulatoria», la cual va tomando forma en los numerosos encuentros de reguladores, publicaciones especializadas e interacciones de todo tipo que la regulación promueve a lo largo y ancho del globo (en una economía mundial cada vez más interconectada).

La emergencia de esta técnica regulatoria es, en sí misma, una conclusión de interés. Por supuesto, no es una conclusión ni muy profunda ni muy original, pero lleva consigo una gran ventaja. Desde ahora mismo podemos comenzar a indagar en cada procedimiento, en cada expediente, en cada decisión, por la técnica regulatoria aplicada. Si lo hacemos así, es seguro que la politización y el subjetivismo de la decisión disminuirá paulatinamente e, incluso, podemos obtener resultados sorprendentes. En EE.UU. algo tan simple como la aplicación del examen «coste beneficio» a un centenar de regulaciones existentes dio como resultado que la mitad de ellas costaban más de lo que aportaban. Aceptemos pues esta conclusión: la regulación de los sectores estratégicos liberalizados y en competencia depende de una «técnica regulatoria» que podemos estudiar, analizar y, sobre todo, aplicar. Es una conclusión modesta, pero eficaz: al menos deberá serlo, si todos los implicados de uno u otro modo en estos asuntos la hacemos propia con sinceridad y hasta sus últimas consecuencias.