

**TEORÍA Y PRÁCTICA  
DE LA  
REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA**

**Por  
Gaspar Ariño Ortiz  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid**

**Con la colaboración de  
Lucía López de Castro García-Morato  
Profesora A. de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid**

**Noviembre de 1995**

## SUMARIO

	<b>Págs.</b>
I..... LA CRISIS DE UN MODELO DE ESTADO	4
II. EL CAMBIO DE MODELO DE ESTADO EN LATINOAMÉRICA: ANTE UNA NUEVA ENCRUCIJADA HISTÓRICA.....	12
III..... LA PRIVATIZACIÓN, UN PROCESO INACABADO	15
1..... Privatización y nueva regulación para la competencia	15
2..... Las fases de un proceso privatizador	17
3..... Un problema de estabilidad institucional	19
4. La necesaria reforma de las Administraciones Públicas que asuman las tareas de regulación.....	21
a) Objetivos y medios de la regulación en los grandes servicios públicos. ....	22
b)..... Dirección estatal y colaboración empresarial	25
c) Claridad, transparencia y control público en las empresas concesionarias.....	28
d)..... ¿Participación pública en el gobierno del servicio?	29
e) Reforma del sistema: hacia la creación de un organismo regulador independiente. ....	31
f) Las Comisiones reguladoras independientes: análisis crítico. Ventajas e inconvenientes de este sistema .....	34
g)..... Algunas conclusiones sobre este punto.	40
IV. EL NUEVO SENTIDO DE LA REGULACIÓN. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS GENERALES .....	42
1..... Un modelo de regulación para la competencia	43
2. No es una opción entre regulación perfecta y competencia perfecta .....	44
3. La competencia es lo prioritario, la regulación es el medio imprescindible para aquélla.....	45
4. Tan importante como el régimen legal, teórico, es la práctica regulatoria .....	50
5..... Hay que evitar el llamado "riesgo de la regulación"	50

V.	PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL "NUEVO MODELO DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA" .....	52
1.	..... Desintegración del sector y separación de actividades	53
2.	..... Régimen jurídico de las actividades competitivas	54
	a) ..... Libertad de entrada.	55
	b) Libre acceso al mercado, esto es, a la red, a las infraestructuras: doctrina de las essential facilities. ....	55
	c) Libertad de contratación y formación competitiva de los precios.....	57
	d)..... Libertad de inversión	58
3.	..... Régimen jurídico de las actividades no competitivas	58
	a)..... Instalación y gestión de infraestructuras	58
	b) Prestaciones de servicio universal. Hacia un nuevo concepto de servicio público.....	60
4.	..... Régimen de los precios	70
5.	Las empresas de servicio público son parte del sistema estatal de prestaciones .....	79
VI.	OTRAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DEL SISTEMA DE REGULACIÓN .....	80
1.	..... Un nuevo tipo de procedimiento	80
2.	..... Hacia un nuevo tipo de acto administrativo	83
3.	..... La revisión judicial del ente regulador es posible pero limitada	84
4.	Legalidad y discrecionalidad. Estabilidad de las reglas y flexibilidad. Dos difíciles equilibrios.....	86

## **TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.**

### **I. LA CRISIS DE UN MODELO DE ESTADO**

El Derecho Público -especialmente el Derecho Administrativo- sólo se entiende a la vista de la sociedad sobre la que se proyecte. Sin el conocimiento de ésta, sin tomar conciencia de cuáles son las ideas que presiden la vida social y política en cada momento histórico, no se entienden bien los conceptos jurídicos ni las leyes que imperan en ese momento.

La idea del servicio público es un buen ejemplo de ello. Inicialmente fue un concepto socio-político, algo así como la trasposición liberal del "servicio al Rey", que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado-Sociedad, propio de la Revolución Francesa. Es sabido que el Derecho administrativo moderno heredó en buena parte técnicas jurídicas procedentes del Antiguo Régimen, pero no es este el caso del servicio público, que es una técnica institucional, finalista, no puramente instrumental, impensable fuera del contexto político-social y de una cierta idea del Estado que arranca de la Revolución.

Suele citarse un texto de J.J.Rousseau, en el cual la expresión service public aparece como referida a todas aquellas materias que constituyen asuntos colectivos de los ciudadanos. En Rousseau, el concepto de servicio público evidentemente no es un concepto jurídico, es un concepto político que abarca cualquier actividad estatal, incluido el ejército o la hacienda; el concepto aparece como todo aquello que dice en relación a los intereses colectivos del Estado y, por tanto, algo que "atañe personalmente a todos los que integran la nación, algo que se contrapone a asuntos privados". El servicio público -escribe Meilán- "sucede al servicio al Rey, porque se ha operado una sustitución en la titularidad de la soberanía". Ahora bien, este concepto tiene también otra dimensión: se trata de actividades destinadas al servicio del público, esto es, acciones a través de las cuales se asegura a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente al cuidado de ella.

Esta significación está también en el texto de Rousseau: viene a decir que a medida que el Estado se organiza, los asuntos públicos empiezan a prevalecer y a invadir el dominio privado; que hay incluso muchos más asuntos públicos que asuntos privados, porque la suma de felicidad que proporciona a cada ciudadano la gestión de lo público es superior a la suma de felicidad que cada uno se puede proporcionar a sí mismo. En la medida en que el Estado ofrece servicios, bienestar a los ciudadanos, cada ciudadano se desentiende de muchos de sus asuntos privados, de los que inicialmente constituían tareas privadas<sup>1</sup>. Esa idea expansiva del Estado, que está en la esencia del servicio público, se aprecia ya nítidamente, en este texto.

La Ilustración, que fue la madre de la Revolución Francesa, trajo por otro lado el gran descubrimiento de la libertad, el descubrimiento de los derechos del hombre, de un ámbito privado que es previo y superior al Estado y que se estructura con la definición de unas libertades políticas que tienen por objeto garantizar el ámbito de autonomía del individuo. Junto a ello, el otro gran descubrimiento fue el de la igualdad radical de los hombres, con la ruptura consiguiente de la sociedad estamental, jerarquizada, corporativa del Antiguo Régimen. Se configuran así dos ámbitos separados -Estado y Sociedad- cuya relación queda articulada a través de la representación igualitaria de la sociedad en el Parlamento.

Es también sabido que el planteamiento revolucionario condujo a la desaparición de los cuerpos intermedios y a la prohibición legal para la creación y el reconocimiento de nuevas entidades o agrupaciones que pudieran interponerse entre el individuo y el Estado. Los prejuicios antigremiales derivados del individualismo liberal ("la fuente de

---

<sup>1</sup> He aquí el texto literal: "Sitôt que le service public cesse d'être le principale affaire des citoyens, et qu'ils aiment mieux servir de leur bourse que de leur personne, l'Etat est déjà pres de sa ruine... Mieux l'Etat est constitué, plus les affaires publiques l'emportent sur les privées, dans l'esprit des citoyens. Il y a même beaucoup moins d'affaires privées, parece que la somme du bonheur commun fournissant une portion plus considérable à celui de chaque individu, il lui en reste moins à chercher dans les soins particuliers" (Du contrat social, pág. 301). Cit. por Meilán Gil, J., "La cláusula de progreso en los servicios públicos", IEA, Madrid, 1968, págs. 11 y 12.

todo mal -dice Turgot- está en la facultad de asociarse en gremios que se otorga a los artesanos de un mismo oficio"), cristaliza en la Revolución Francesa con la prohibición de todas las organizaciones intermedias. La Ley Le Chapelier de 14 y 17 de junio de 1791 declara:

"Il n'y a plus de corporations dans l'Etat; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis a personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermediaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation".

Con ello, estaban sentadas las bases sociopolíticas para el surgimiento de la idea del servicio público, tal como esta institución ha llegado a nuestros días. Paradójicamente, los propósitos de los Ilustrados franceses, que trataban de acotar estrechamente la acción del Estado y preservar su libertad, contribuyeron a acelerar el proceso histórico de concentración y absorción del poder en manos de una Administración personificada y progresivamente centralizadora. El individuo se quedó solo, como un elemento indiferenciado frente al Estado que se vió obligado a asumir como tareas propias algunas que antes estaban desarrolladas por la sociedad, orgánicamente estructurada.

He dicho paradójicamente porque la preocupación de la burguesía liberal por acotar la esfera de acción estatal, limitando teóricamente la misión del Estado, irá acompañada en la práctica por una progresiva asunción de actividades que hasta entonces no se habían considerado "estatales", sino que estaban asumidas por los Gremios, la Iglesia (en todas sus múltiples personificaciones), las Fundaciones, las Corporaciones, las Universidades y otros Entes representativos del cuerpo social.

Hasta mediados del siglo XIX todo lo que hoy llamamos servicios públicos sociales (la educación en todos sus niveles, la sanidad, la beneficencia, la asistencia social, el arte y la cultura, etc.) eran actividades no asumidas por el Estado sino por la sociedad (aunque reguladas por aquél). Cuando, como consecuencia del individualismo liberal, se produce una progresiva desvertebración social, y cuando políticamente se queda el individuo solo frente al Estado, éste se encuentra en la necesidad de asumir

muchas de esas tareas, que han sido abandonadas por sus antiguos gestores, y de declarar que tales actividades le son propias.

Con el progreso técnico y la primera Revolución industrial surgen los primeros servicios públicos de carácter económico que llegan a nuestros días. Los ferrocarriles, el gas, la electricidad, el teléfono, los transportes por carretera, suponen nuevas actividades para cuya ordenada prestación no basta la vieja acción de policía ni tampoco la pura medida de fomento. Este tipo de actividades exigía una positiva intervención estatal, asumiendo la dirección de las mismas, proyectando y planificando su establecimiento y su prestación. Inicialmente, muchas de esas actividades no se veían como susceptibles de prestación en régimen de competencia, sino que eran actividades con una cierta vocación al monopolio, con una cierta exigencia de unidad organizativa y con vocación de exclusividad. Ciertamente, los dogmas liberales eran un obstáculo de primer orden para que el Estado asumiese directamente tales responsabilidades (su función era más bien garantizar el libre y espontáneo desenvolvimiento de la iniciativa privada). La tensión entre la urgencia de satisfacer las nuevas necesidades públicas - exigencias de una sociedad progresivamente urbana e industrial- y las concepciones ideológicas imperantes de signo liberal, será resuelta mediante un mecanismo genial: la concesión administrativa.

En la concesión, el Estado encontrará una fórmula que le permitirá hacer compatible una y otra postura; de una parte, se entenderá que el Estado es el titular de dichas actividades, el *dominus* de los servicios públicos; de otra, se entenderá que el Estado no debe gestionarlos directamente y acudirá a la concesión como fórmula puente que le permita dirigir sin gestionar. La concesión se configurará así como una transferencia de funciones y tareas cuya titularidad corresponde primariamente al Estado, actividades que no eran intrínsecamente públicas, que no formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales, pero que quedaban "publicadas". Lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad, sino su ejercicio.

Inicialmente esta reserva de titularidad a favor del Estado se justificará mediante la consideración de que para prestar estas tareas es preciso utilizar, con carácter

privativo, el dominio público, sin que en un primer momento se piense en su *publicatio* directa. Pero a medida que las ideas liberales fueron perdiendo vigencia social, y el intervencionismo estatal se desarrolló, a partir de la Primera Guerra Mundial, se fue configurando progresivamente un concepto de servicio público que implicaba la reserva de actividad en cuanto tal a favor del Estado (o de otra Administración pública) desde el momento mismo de su declaración como servicio público. Desde ese instante, la actividad dejaba de ser privada para convertirse en una tarea pública.

El acto de declaración de una actividad o un sector como "público", como servicio público, es lo que Villar Palasí ha llamado "publicatio", "acto de publicatio", y significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares sin previa concesión. Concesión que tendrá, pues, un carácter constitutivo, en el sentido de que supone la transferencia a aquéllos de unas facultades o poderes de actuación que antes no tenían. La titularidad de la actividad o función en que el servicio público consiste, corresponde primariamente al Estado, a la Administración, una vez que ha producido su "publicatio". Esto, naturalmente, sólo puede llevarse a cabo por ley formal, pues implica la negación de una de las libertades económicas más reiteradas en el siglo XIX -la libertad de industria- y también en el nuestro: la libertad de empresa (art. 38 CE).

En este contexto histórico -ideológico, político, cultural- es donde surge el concepto técnico-jurídico del "servicio público", tal como éste ha llegado hasta nosotros y se encuentra hoy solemnemente proclamado en el art. 128 de la Constitución Española: "Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales especialmente en caso de monopolio...".

Esta breve exposición histórica podría y debería ampliarse con otras muchas consideraciones sobre lo que fue la gran revolución económica y social de los últimos 150 años, que ha dado lugar a un desarrollo sin precedentes de la humanidad: sucesivas revoluciones industriales y tecnológicas, procesos de igualación social, educación generalizada, atención sanitaria prácticamente universalizada y un progreso sostenido de la libertad que ha acreditado su inmensa capacidad creadora.

A todo ello sirvió el "servicio público": al paso de una sociedad desequilibrada, rural, ineducada, sin salud, sin transportes, sin comunicaciones, a una sociedad con mayores grados de instrucción, más civilizada, más igualitaria, más próspera, con mayor esperanza de vida y tantas cosas más. El servicio público fue un instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan, más que la ideología o la política y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales - también los políticos y culturales- sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló felizmente.

Por una serie de circunstancias que no es este el momento de explicar, pero a las que me he referido ampliamente en otras ocasiones<sup>2</sup>, hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: PRIVATIZACIÓN, que esencialmente significa, no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social. Es decir, exactamente lo contrario de lo que dice el art. 128 de la Constitución.

El triunfo del neoliberalismo (de eso que se llama desregulación o neoregulación), tanto en países del Este como del Oeste, en la Europa del norte y del sur, en las dos Américas o en el Sureste asiático, no es seguramente fruto de una batalla ideológica, sino más bien la consecuencia de cambios profundos en el proceso

económico-social definido por hechos como los siguientes: la nueva sociedad de la información, la apertura de la economía mundial, la reducción de las distancias, el transporte fácil, la innovación tecnológica y la sofisticación de los servicios, la educación y la sanidad generalizadas (al menos en sus niveles básicos), la exigencia de una atención diferenciada y personalizada, la práctica desaparición de la sociedad rural, aislada, que ha quedado reducida a cifras escasísimas (incluso el mundo agrícola es hoy más urbano e industrial que rural). Y otros factores que podrían ser considerados.

La consecuencia de todo ello es que el viejo concepto de servicio público -monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme- ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a la que dice servir. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda; hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica, en los términos que más adelante se expondrán<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Vid. sobre todo mi libro *"Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público"*, especialmente partes Primera y Segunda (Capítulos I a VII).

<sup>3</sup> Es éste un trágico destino de la ciencia del Derecho Administrativo. Cuando creíamos tener, finalmente, definido y configurado el concepto de "servicio público", cambia radicalmente el marco socio-político a que aquel respondía y hay que volver a empezar. Y es que sus conceptos son un subproducto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social; son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez. El Derecho Administrativo y sus normas no pueden elaborarse, como el Derecho Civil, con un sistema cerrado de conceptos, de contenido racional y permanente, pues su mismo objeto -la Administración y sus instituciones- son esencialmente contingentes y, por tanto, en alguna medida "irracionales". Irracionales desde el punto de vista de la lógica formal, pero no desde el punto de vista de la experiencia y la constatación histórica que es una a modo de lógica material sobre la que esencialmente se basa el Derecho Público. Por ello decía el Juez Holmes que en las Ciencias Sociales y en el Derecho Público, una página de historia vale más que un volumen de lógica. ¡Qué gran verdad...!.

Junto a este profundo cambio en el modelo de Estado, hay una circunstancia más próxima e inmediata que ha provocado la necesaria revisión del concepto de servicio público en el ámbito español y europeo. Esta no es otra que la integración de los países en el ámbito de un mercado único -la Unión Europea- presidido por cuatro libertades: libertad de comercio de productos y mercancías, libertad de movimiento de capitales, libertad laboral y libertad de establecimiento y prestación de servicios en el marco de la Comunidad. Ello suponía, obviamente, la ruptura de los monopolios comerciales que no estuviesen vinculados a una misión de interés general que requiera esencialmente la exclusividad como medio para conseguirlo o a un sector excepcionado. Y así algunas de las regulaciones de los grandes servicios públicos han tenido que ser adaptadas a la CEE, como efectivamente ha ocurrido en múltiples sectores que enseguida veremos.

Paralelamente, la crisis financiera del Estado, consecuencia de un desbocado gasto social, con un galopante endeudamiento público, está dando lugar a un profundo desorden en las economías occidentales: elevados tipos de interés, tensiones inflacionarias, crecimiento continuo de los intereses de la deuda, efecto expulsión de la inversión privada y otros. Todo ello apunta a la necesidad de modificar ciertos aspectos del Estado social, considerados hasta ahora como intangibles, lo que aparece cada día de forma más nítida.

Una y otra circunstancia, que se dan con carácter coincidente en muchos países de nuestro entorno están produciendo, desde finales de los ochenta (en Gran Bretaña diez años antes), un amplio proceso de privatización, por un lado, y liberalización por otro, de algunos de los principales sectores de la economía que hasta ahora se encontraban sometidos a una planificación y gestión estatalizada, casi siempre monopólica. Tal es el caso de los sectores energéticos (petróleo, gas, electricidad); transportes (especialmente marítimo, aéreo y ferroviario, así como el transporte urbano); telecomunicaciones en todas sus formas, incluidas la radiodifusión y televisión; abastecimiento de agua; suelo y servicios urbanos; industria y comercio farmacéutico; y también, todavía, el sector bancario y crediticio y los mercados financieros. Por variadas razones, se ha llegado al convencimiento de que una actuación excesiva del Estado, por la vía de la planificación y la gestión directa es, en el momento presente, un factor distorsionador del crecimiento de la actividad económica.

## **II. EL CAMBIO DE MODELO DE ESTADO EN LATINOAMÉRICA: ANTE UNA NUEVA ENCRUCIJADA HISTÓRICA**

El cambio de modelo de Estado que ha quedado descrito está teniendo importantes manifestaciones en Latinoamérica. Tras la crisis de los años 80, se está produciendo una verdadera renovación estructural en los principales países de la América Latina. La década de los 80 fue para muchos países iberoamericanos una década de pérdida. Se desencadenó la crisis de la deuda, varios países atravesaron situaciones políticas delicadas, se cerraron sobre sí mismos y nacionalizaron sus recursos, se acudió a la propiedad pública y a subsidios generalizados como forma de sobrevivir; la inversión se derrumbó y la inflación alcanzó cifras de cuatro y cinco dígitos. En fin, la renta media per cápita descendió un 11% respecto a la de los años 70. Solo Chile fue una excepción a este proceso.

Por el contrario, en los años noventa, muchos países de América Latina están experimentando procesos de transformación muy profundos. Chile fue el primero, con las reformas económicas que se iniciaron bajo el Régimen de Pinochet y han continuado los Gobiernos democráticos. Argentina le siguió, a partir de 1989, con la gran reforma del Estado y de la economía impulsadas, por Menem y sus gobiernos. Méjico -aunque esté pasando ahora un mal momento- es otro país que ha desarrollado uno de los más amplios programas de liberalización económica: desregulación del transporte, la petroquímica, minería, telecomunicaciones y sector financiero, con la privatización de algunas grandes compañías y la aprobación del Tratado NAFTA sienta las bases para un mayor desarrollo de la inversión extranjera en el sector energético incluida la generación de energía eléctrica que había sido siempre un sector vedado.

Por otro lado, Perú, Bolivia, Colombia o Ecuador están siguiendo el mismo camino. En medio de algunos conflictos políticos, el Presidente Fujimori ha planteado un agresivo programa de reformas económicas, haciendo de las privatizaciones una de sus prioridades centrales. Entre otros sectores industriales, el Gobierno peruano tiene el plan de vender Electrolima y Electroperú, las dos compañías de generación y distribución más grandes del país, así como otras compañías regionales menores. Y otro

tanto ocurre en Bolivia que ofrece en estos momentos el plan de capitalización, con la puesta en el mercado de la Empresa Nacional de Electricidad (ENDE); o Ecuador cuyo Consejo Nacional de Modernización del Estado contempla ambiciosos planes de privatización que afectan al sector energético (la compañía de petróleo, PETROECUADOR, y la principal compañía eléctrica, INECEL).

Finalmente, en Brasil, tras la llegada del Presidente Cardoso, se han planteado algunas reformas constitucionales que resultaban necesarias en este país para abordar una transformación profunda de su economía (algunas privatizaciones, apertura a la inversión extranjera en algunos sectores, reducción del protagonismo estatal, etc.). Parece que estas reformas pueden salir adelante.

Todos estos procesos suponen reformas estructurales profundas e implican esencialmente un cambio de tareas -de roles- entre el Estado y la Sociedad. Cambio que se caracteriza por una disminución del papel económico del Estado, privatización de tareas y empresas y una apertura comercial y financiera al exterior. De economías presididas por una empresa pública protegida y una empresa privada subsidiada, se está pasando a economías de iniciativa privada y de mercado libre abiertas progresivamente a la competencia internacional. Privatización y desregulación tienen un objetivo común: una mayor eficiencia en la asignación de recursos y una apertura al ahorro exterior.

De esta forma, en muchos países de Iberoamérica -unos con mayor solidez, otros con menos- se ha puesto cierto orden en la economía, se ha estabilizado la moneda, se ha reconstruido el presupuesto como instrumento de Gobierno, se ha cancelado o renovado la deuda externa, se han liberalizado los mercados suprimiendo controles de precios, cupos, subsidios y las mil intervenciones que sobre ellos pesaba; finalmente, como digo, se han privatizado un conjunto de sectores, empresas y actividades que hasta ahora venían gestionadas en mano pública.

Entre los sectores y empresas privatizadas y abiertos a la competencia, no están sólo la industria o la agricultura, sino también los grandes servicios públicos y sectores antiguamente calificados de estratégicos para los países: las telecomunicaciones, el petróleo y sus derivados, las carreteras y ferrocarriles, las líneas aéreas, la energía eléctrica, el gas, los abastecimientos de agua a poblaciones y otras actividades de este

tipo. La respuesta a esta llamada por parte de inversores nacionales y extranjeros ha sido, casi siempre, positiva y amplia.

Tengo para mí que no estamos sólo ante un cambio de política económica sino ante un verdadero cambio cultural que se aprecia en las actitudes y convicciones de los individuos, en las que se ha producido una verdadera renovación. Se ha impuesto en estos países una concepción política de corte neoliberal que abre amplio campo a la libre iniciativa y la competencia de los mercados.

Todo ello se ha hecho, además, con extraordinaria rapidez y con considerable respaldo político y social. Las transformaciones económicas, con incidentes poco significativos, han ido acompañadas de procesos políticos a través de los que se ha producido en algunos de estos países la normalización de su vida política: la recuperación de la democracia, el restablecimiento de un Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Todo lo cual contribuye a generar nuevas motivaciones estimulantes de la inversión y del desarrollo económico.

Junto a los procesos de privatización de actividades y empresas, los países centrales del Cono Sur, especialmente Argentina y Chile, están llevando a cabo un interesantísimo cambio en el marco regulador de aquellas actividades privatizadas que constituían hasta ahora -y lo siguen siendo- los grandes servicios públicos del país o, si lo prefieren, aquellas actividades de interés económico general o sectores estratégicos, sobre los que descansa la vida de una sociedad: el petróleo, el gas, la electricidad, el abastecimiento de agua a poblaciones, el transporte en todas sus modalidades (ferrocarriles, transporte aéreo, transporte urbano), las telecomunicaciones en todas sus formas (incluida la radio-televisión) y el sistema financiero; amén de algunas obras públicas que son la infraestructura necesaria de aquellas: aeropuertos, puertos, autopistas, canales y presas, que en los últimos años han sido también otorgadas en concesión a empresas privadas.

En todos sus campos, la privatización ha tenido que ir acompañada de un nuevo marco de actuación, un nuevo modelo jurídico, adecuado a los sectores privatizados. Debe destacarse el acierto y la modernidad de los primeros textos que han aparecido en

el sector eléctrico, en el gas, en el abastecimiento de agua, como marcos reguladores de los servicios privatizados. Son textos bien planteados, cuidadosamente escritos y que recogen un modelo actual de regulación. Argentina o México, junto con Chile, son hoy un ejemplo para muchos de los países de la UE y para la Unión Europea en su conjunto en cuanto a liberalización de sectores y modelo de regulación de los grandes servicios públicos.

### III. LA PRIVATIZACIÓN, UN PROCESO INACABADO

#### 1. Privatización y nueva regulación para la competencia

Son dos caras de una misma moneda, dos factores esenciales del nuevo Estado subsidiario con implicaciones mutuas. En efecto, la privatización no puede rendir sus frutos óptimos si no se ve acompañada de una regulación continuada que promueva la competencia. Propiedad y regulación son dos factores que actúan sobre la eficiencia económica, pero la importante es la segunda, aún cuando sea también cierto que la empresa de propiedad pública es de ordinario más ineficiente que la privada. Esto está demostrado cuando ambas actúan en sectores competitivos. Pero cuando se trata de empresas que desarrollan su actividad en sectores no competitivos, esto es, cuando la empresa o el sector presentan características de monopolio u oligopolio organizado, la conclusión no es tan evidente.

Por ello, no basta privatizar -vender empresas- sino que es preciso cambiar el viejo modelo de regulación que otorgaba derechos de exclusiva generando en las empresas, tanto en las públicas como en las privadas, factores de ineficiencia. Y es que el modelo tradicional de regulación de los servicios públicos (cost plus model) generaba en las empresas privadas situaciones muy parecidas a las que engendran los vicios que acompañan a la empresa pública: objetivos contradictorios, entorno socio-político, pérdida de autonomía, inflación de plantillas, alto endeudamiento y una creciente dependencia gubernamental, cuando no una verdadera invasión de la gestión por parte del regulador. Todo ello hace que la responsabilidad sobre la marcha de la empresa se desplace, en el fondo, al Estado (al aparato político-regulador) que es justamente la causa fundamental de las ineficiencias de la empresa pública. "Por consiguiente -como

dice González Páramo- cuando se trata de empresas no competitivas, la privatización podría aumentar la eficiencia pero no hay garantía absoluta al respecto...; solo si se acompaña de regulaciones apropiadas, la privatización de estas actividades aumentará la eficiencia, aunque el resultado depende de la calidad de la regulación... .

Esta es, ciertamente, una conclusión importante: la eficiencia empresarial en todos esos sectores disciplinados, que hasta ahora se venían desarrollando bajo derechos de exclusiva (monopolio legal) depende de la reforma en profundidad del modelo de regulación: sustitución del viejo modelo del "cost plus" por un nuevo modelo de "regulación para la competencia". Sin ello, nada se ganará por mucho que se privatice el gas o la electricidad.

Ha ocurrido, sin embargo, que, en algunos casos (Chile o Gran Bretaña) la búsqueda de éxito a corto plazo en la privatización (obtención de ingresos por la venta de empresas públicas) ha coartado o limitado, inicialmente, la introducción efectiva de competencia (obviamente, se vende mejor un monopolio que una empresa sometida a viva competencia), pero ello ha hecho más difícil la posterior introducción de un modelo certero de regulación competitiva. La experiencia en los sectores del gas, agua y electricidad de Gran Bretaña ha sido común: si no se introduce competencia de una forma ambiciosa en el momento de la privatización, resulta después difícil una buena regulación. Por ello, en estos países los procesos de privatización están siendo hasta cierto punto impopulares<sup>4</sup>: los consumidores perciben que en algunos sectores (especialmente agua y gas) las empresas explotan su poder de mercado y los mayores beneficios son para los accionistas y no para los consumidores. Nadie piensa seriamente volver atrás, pero Gran Bretaña trata de corregir, en estos momentos, esa situación.

Y es que el verdadero éxito de la privatización no es financiero (obtener una mayor recaudación) sino lograr incrementar la eficiencia del sector productivo, mediante un desarrollo sostenido de la inversión. Y es aquí donde la regulación juega su verdadero papel.

---

<sup>4</sup> Vid. testimonio editorial del Financial Times, 22 de diciembre de 1994.

## 2. Las fases de un proceso privatizador

La privatización y la regulación no son un acto, sino un proceso. Por ello, la privatización de sectores y empresas, si no se acompaña de una regulación continuada, constituye un proceso inacabado. Consta de cuatro etapas.

- 1º) Marco jurídico inicial de la operación. Se sientan las bases para la operación, se actualizan las tarifas, se hace la empresa atractiva y se aprueba el procedimiento de enajenación. En este momento, resulta imprescindible una regulación inicial del proceso y del sector, que haga posible la reforma.
- 2º) Adquisición y cambio de gestión. Se produce un cambio inicial, tecnológico, de management, a través del esfuerzo del nuevo titular. La sociedad -usuarios, consumidores- nota el cambio (recibe mejor servicio, aunque tenga que pagar un poco más) y el Estado también (empieza a recibir dinero: cánones e impuestos), pero esto no es más que el comienzo. Lo difícil viene después.
- 3º) Desarrollo sostenido de la inversión y consolidación del sistema. Tras el shock inicial, se ha de mantener a medio y largo plazo una inversión continua progresiva, que extienda el servicio, que garantice la calidad. Para ello, hay que acudir al mercado de capitales, hay que ofrecer seguridad, liquidez y rentabilidad, lo que exige un marco institucional estable. Para que esta etapa -que implica la consolidación del sistema- pueda desarrollarse felizmente, hace falta de nuevo el elemento regulación: no sólo la reforma inicial sino el marco jurídico e institucional definitivo, sustantivo, procesal e institucional, que establezca los principios y sienta las bases a las que se van a someter los problemas que vayan surgiendo en la vida de los sectores regulados. Insistimos en la importancia y la urgencia de este marco institucional

estable: cuanto antes se elabore, tanto mejor se podrá desarrollar la tercera etapa de la privatización: el desarrollo sostenido de la inversión a través de la confianza de los inversores y la Bolsa.

- 4° Normal funcionamiento del nuevo modelo de regulación y de la nueva empresa. Para que todo ello se consolide hace falta desarrollar una doctrina y una cultura de la regulación que asiente ciertas ideas, que cree una "communis opinio" sobre lo fundamental, que configure un ente u organismo regulador adecuado. Para consolidar esta cultura de la regulación de los sectores privatizados hace falta tiempo, pero sobre todo reflexión y debate abierto en los medios políticos, académicos y de opinión pública.

### **3. Un problema de estabilidad institucional**

Las reformas llevadas a cabo hasta ahora en algunos países de Latinoamérica son certeras y están en el buen camino, pero junto a sus aciertos, hay todavía graves problemas. Entre otros que no son del caso explicitar ahora<sup>5</sup>, hay un problema de

---

<sup>5</sup> Hagamos solo una breve referencia al grave problema social que subsiste en muchos de estos países. Las transformaciones a que nos referimos en el texto no se han hecho sin costes. El desempleo sigue siendo muy alto, la vida es cara y los salarios bajos, las pensiones están en niveles de subsistencia (entre los 200 y 400 USD) y hay grandes sectores de población marginada. Es preciso atender todo esto por varias razones: a) en primer lugar, por un imperativo ético: no parecen aceptables esas tremendas desigualdades que se están generando: mientras unos hacen grandes negocios y mucho dinero, otros caen en el abandono y la marginación. Quizás en estos primeros momentos de las reformas no han podido dedicarse más fondos al sistema previsional (pensiones, desempleo, etc....) que ya supone el 9% del PIB (2.000 millones USD/mes), entre otras razones por falta de ingresos fiscales (ha habido que reconstruir un sistema fiscal inexistente) pero sería necesario hacerlo cuanto antes; b) en segundo lugar, por una exigencia política: de otro modo, las tensiones que se puedan generar en estos países pueden ser un detonante que dé al traste con la estabilidad política que las reformas económicas requieren; y c)

estabilidad institucional, de seguridad jurídica, de fijación de unas reglas del juego claras y respetadas.

Lo esencial de una sociedad -lo que la hace rica y próspera- no son sólo, ni fundamentalmente, sus recursos naturales, que estos países poseen en abundancia, sino eso que podríamos llamar su *civilidad*; los indicadores económicos (balanza de pagos, tasa de ahorros e inversión, etc...) son importantes, pero lo esencial de una sociedad es cómo se organiza, cómo se gobierna, cómo se regula y cuáles son -en función de ello- los hábitos de comportamiento de sus gentes. Eso es lo importante y eso es lo que caracteriza a una sociedad moderna. Después, los problemas económicos vendrán, pero todos tienen solución si aquéllo está consolidado.

Pues bien, en este orden, los países latinoamericanos, aunque en medidas muy distintas tienen un camino claro por recorrer, que pasa por estas tres exigencias:

a) Devolver la normalidad a la vida político-administrativa.

b) Reconstruir una función pública profesional e independiente, reducida y bien preparada, de acuerdo con el principio de mérito y capacidad.

---

finalmente, por una razón también económica: la calidad de los recursos humanos, la mejora de la formación profesional, la innovación tecnológica y la mejora de las condiciones laborales son condición necesaria para aumentar la productividad y la capacidad de competir internacionalmente. Ahora bien, ello requiere un mayor gasto en educación, salud, vivienda, etc... En definitiva, el sostenimiento económico requiere al mismo tiempo, para ser duradero, el progreso social.

Todo esto, obviamente, no es algo que se pueda hacer en pocos meses; requerirá años, pero hay que empezar y la gente tiene que saber que se está en ello. De otro modo, los demagogos políticos y sindicales surgirán y se presentarán falsamente como los salvadores de jubilados, estudiantes, docentes o desempleados. Y en lugar de discutir los temas racionalmente, los llevarán a las calles y las plazas. Argentina ha tenido ya algún aviso en este sentido.

c) Dotar a la actividad económica, especialmente a los sectores privatizados y regulados, de un sistema institucional que dé confianza y seguridad jurídica a las inversiones.

Como ya he dicho, el Estado subsidiario ha determinado nuevos problemas, sobre todo, la necesaria definición de un sistema institucional que defina con claridad las reglas del juego y controle su aplicación en los nuevos mercados que han venido a reemplazar a los antiguos monopolios naturales en mano pública (petróleo, gas, electricidad, telecomunicaciones, transporte aéreo, abastecimiento de agua a poblaciones, etc...).

#### **4. La necesaria reforma de las Administraciones Públicas que asuman las tareas de regulación**

Si la privatización de los grandes servicios públicos se ve acompañada necesariamente de un sistema de regulación de las actividades privatizadas, debemos plantearnos a continuación cuáles son las características que ofrece esta regulación y la adecuación o inadecuación que, a estos efectos, presenta el modelo de Administración clásica de que disponemos. La tesis que aquí se defiende es que el modelo tradicional de Gobierno y Administración, autoritario, jerárquico, intervencionista y centralizado -en una palabra, napoleónico- lleva a un sistema de adopción de decisiones que es lo contrario de lo conveniente. Lo que aquí se postula es una Administración descentralizada, participativa, neutral, respetuosa del mercado y de la sociedad. Ello implica arrancar de las manos de los políticos parte de su poder, lo que naturalmente resulta siempre harto difícil.

A continuación trataré de explicar y justificar estas afirmaciones. Antes, permítanme decir que considero esencial este aspecto de la regulación: la configuración del aparato institucional encargado de estas tareas. La experiencia histórica demuestra que por muy bien que se diseñe un sistema, si no se garantiza la independencia y neutralidad del que ha de aplicarlo, aquél acaba falseándose, al servicio de intereses a

corto plazo de los políticos. Y es, seguramente, un error de éstos no querer renunciar a las facultades de ordenación y fijación de las condiciones económicas y técnicas en que han de desarrollarse los servicios públicos, pues este campo de actuación ofrece para ellos más motivos de desgaste que de gloria.

a) *Objetivos y medios de la regulación en los grandes servicios públicos.*

Para decidir sobre el modelo institucional que convendría aplicar, debemos preguntarnos sobre los objetivos fundamentales que pretenden conseguirse con la nueva regulación de los sectores privatizados y, en general, en la ordenación de los grandes servicios públicos (electricidad, abastecimientos de agua o gas, ferrocarriles, telecomunicaciones, etc...). En todas estas actividades de servicio público, los objetivos a conseguir han sido tradicionalmente dos: prevenir el poder de monopolio de las Compañías, tanto en producción como en precios, asegurando un servicio suficiente a la colectividad; y de otra parte, evitar discriminaciones o tratos abusivos entre los usuarios. Estos objetivos clásicos se orientaban fundamentalmente hacia la protección de usuarios y consumidores. En los últimos años, sin embargo, ante los graves problemas económicos -en especial energéticos- con que se han enfrentado los Gobiernos, aquéllos se han visto ampliados con otros nuevos, tales como la formulación de planes a medio plazo, la innovación tecnológica, la explotación rentable de nuevas fuentes de energía y, en definitiva, el aseguramiento de un suministro estable, cosa que antes se daba por supuesta y que hoy resulta más problemática. La doctrina económica especializada en estos temas otorga hoy primacía a estos últimos objetivos respecto de los primeros<sup>6</sup>.

Tanto uno como otros hay que obtenerlos de modo que no afecte gravemente a la eficiencia económica de las Compañías ni al resultado final de su actuación.

---

<sup>6</sup> Vid., por ejemplo, Paul W. MacAvoy, *"The Crisis of the Regulatory Commissions"*, Norton, New York, 1970. También Roger G. Noll, *"Reforming Regulation. And Evaluation of the Ash Council Proposals"*, Brookings, 1971, in totum.

Mantener los precios lo más bajos posible es ciertamente conveniente, pero debe hacerse sin atentar contra una razonable rentabilidad de las Compañías (semejante a la de otras empresas análogas) y sin estimular un consumo indebido del servicio y un aumento excesivo de demanda que sería hoy gravemente dañoso para la economía del país. La fijación de un precio acorde con los costes, y la limitación del beneficio a las Compañías es lógica, pero debe ir acompañada de un esfuerzo proporcional por reducir aquéllos, ofreciendo al mismo tiempo a éstas incentivos para mejorar su eficiencia y su productividad; las Compañías deben saber que no se cubrirán siempre todos los costes, cualesquiera que sean, ni tampoco que los eventuales beneficios adicionales vayan a ser inmediatamente absorbidos por el Estado. La regulación del servicio público debe, con toda evidencia, no sólo evitar injustas discriminaciones, sino inducir una más justa distribución de la riqueza, mediante la provisión a los más necesitados de ese mínimo vital al que hoy, en un país desarrollado, todos tienen derecho; pero ello hay que hacerlo dentro de ciertos límites, de tal manera que no afecte gravemente a la racionalidad económica, al estimular eventualmente un exceso de demanda o una insuficiencia de oferta, creada justamente por unos precios excesivamente bajos<sup>7</sup>.

Todo esto son conclusiones bastante consolidadas de la ciencia económica y resultado de casi medio siglo de regulación de empresas de servicio público cuya experiencia no ha sido siempre muy positiva.

Ahora bien, ocurre que en nuestros días, con frecuencia, se produce un conflicto entre esos dos (o más) objetivos, ambos deseables. Así por ejemplo, el objetivo tradicional de la Administración en este campo (la protección a corto plazo de los usuarios frente a la imposición de precios monopolistas) es muy posible que resulte conflictivo con ese otro objetivo, hoy quizá prevalente, de asegurar a medio y largo plazo el suministro de energía, pues este último requiere unos niveles de capitalización difícilmente conseguibles con el criterio de precio igual a coste marginal. Otro tanto ocurre con la necesidad, irremediable, de aumentar la producción energética y, al mismo tiempo, el deseo, universalmente sentido, de evitar los perniciosos efectos que pueden

---

<sup>7</sup> Vid. Breyer, S., and MacAvoy, P., *"Energy Regulation by the Federal*

producirse para el medio ambiente y la seguridad ciudadana, como consecuencia de la instalación de nuevas plantas de energía térmica de carbón o de energía nuclear. Estos conflictos -precios bajos versus garantía de continuidad en el servicio; energía abundante versus protección del medio ambiente y defensa de la naturaleza- se han vivido en toda Europa en los años pasados (surgimiento de los "verdes", grupos antinucleares, parón nuclear en España, revisión insuficiente de tarifas, etc...) y ciertamente no son fáciles de solucionar.

Se exigen en este campo decisiones dotadas al mismo tiempo de racionalidad técnica y firmeza política, cosas ambas no fáciles de conseguir a través del aparato institucional con el que nos manejamos en un Estado centralista y napoleónico. En efecto, el Parlamento se encuentra casi siempre muy lejos de estas instancias y a lo más que llega es a emitir un mandato político muy general, dentro del cual cabe cualquier solución. La Autoridad administrativo-burocrática de tipo tradicional se encuentra falta de legitimación política suficiente para este tipo de decisiones. Finalmente, la Autoridad política (Consejo de Ministros) se encuentra en muchas ocasiones demasiado mediatizada por los intereses electorales y de partido, que impiden tomar aquellas decisiones que serían necesarias y convenientes a medio plazo, pero enormemente costosas a corto para el partido gobernante (elevaciones de tarifas o precios del agua, gas o el transporte urbano). He aquí el problema a la hora de perfilar el aparato institucional más deseable para la regulación de los servicios: se exige una autoridad reguladora dotada al mismo tiempo de preparación técnica, independencia política y legitimación democrática.

Otra conclusión a la que prudentemente se puede llegar en nuestros días en la mayoría de estos campos es la imposibilidad de formular una política demasiado rígida, pues cualquier decisión debe necesariamente ser adoptada teniendo a la vista un conjunto de variables, de carácter económico, tecnológico e incluso político-internacional, que cambian con rapidez, y en función de las cuales hay que ajustar las decisiones de cada momento. Pensemos, por ejemplo, en la política energética (petróleo, gas, electricidad), en el transporte aéreo o en las telecomunicaciones. En los últimos

Planes energéticos españoles se insiste en la necesidad de "mantener una política nacional adecuada a cada circunstancia y que se mantenga en estrecha y constante conexión con la que se desarrolla en los países de nuestra misma área política y económica". Se afirma la conveniencia de un plan deslizante, secuencial, que exige constantes revisiones y ajustes, todo lo cual impone también algunos condicionamientos de tipo institucional tanto a la hora de su elaboración como en el momento de su gestión.

En efecto, la elaboración y mantenimiento ajustado de un plan de estas características, exige una cierta continuidad en los equipos técnicos y en la autoridad político-administrativa que lo desarrollan (salvo el supuesto de cortes revolucionarios). Las decisiones adoptadas en estos campos (autorización de nuevas redes, localización y características de las centrales de generación o conmutación, régimen económico y plan de inversiones, etc....), son en gran medida irreversibles y se proyectan más allá de la duración normal de un Gobierno. En el orden tecnológico, la opción por unos u otros sistemas (por ejemplo, de generación nuclear o de transmisión de datos y señales a través de redes) condicionará para muchos años la oferta del servicio. En el orden económico-empresarial, las inversiones exigen un marco jurídico y fiscal estable y garantizado, sin continuas revisiones o cambios de criterio; de otro modo se quiebra la confianza del inversor y resulta muy difícil levantar capitales. Todo lo cual hace quizás aconsejable la creación de un Organismo de nuevo cuño, verdaderamente autónomo y hasta cierto punto independiente de las fuerzas políticas de turno y de sus intereses a corto plazo.

Así pues, los objetivos de la regulación son múltiples y a veces contrarios uno a otro. La tarea que espera a la autoridad administrativa que asuma esta responsabilidad resultará extraordinariamente delicada, pues debe medir con sumo cuidado los múltiples efectos, directos o indirectos, que van a tener sus decisiones.

*b) Dirección estatal y colaboración empresarial.*

Sabido es que el sistema de empresa privada en los servicios públicos va inseparablemente unido a una continua y detallada regulación de los mismos por parte

de la Administración. La función ordenadora, que en el sistema de libre empresa corresponde al mercado, debe ser realizada en esos supuestos -al menos, parcialmente- por la regulación pública. Como alguna vez se ha dicho gráficamente, en estos campos "empresa privada y regulación pública sobreviven o perecen juntas"<sup>8</sup>.

Y si es cierto que la regulación viene a suplir los estímulos y exigencias que la libre competencia impone a las empresas en el mercado, es claro que un objetivo fundamental de aquélla será obligar a los titulares y directivos de las empresas gestoras a actuar con la misma eficacia con que tendrían que hacerlo si actuaran en el mercado. Esta es una condición ineludible del sistema, porque en ello radica su justificación; éste sólo subsistirá si la empresa privada responde a lo que se supone es su gran ventaja: dinamismo, eficiencia, mejor servicio, menor coste<sup>9</sup>.

Ocurre, sin embargo, que ésta es quizá una de las grandes limitaciones e incapacidades de la regulación administrativa en cuanto tal. La regulación administrativa es esencialmente un instrumento de limitación y restricción, más que un instrumento de promoción. Porque en efecto, para obtener efectos positivos, la regulación tiene que ir acompañada de una Administración competente y eficaz que la aplique, y ello es costoso en hombres y en dinero: exige equipos técnicos, abundante información que es costoso recoger y analizar, requiera la elaboración de estándares y ratios capaces de medir las variables en las que hay que basar las decisiones; estándares de costes con virtualidad normativa y no simple reflejo de los costes históricos y contables de las empresas. Se trata de determinar, no lo que el servicio cuesta, sino lo que debería costar. Todo ello no se improvisa, y sin ello las regulaciones no funcionan<sup>10</sup>. Pues bien, las Administraciones Públicas han sido hasta ahora, en este punto, claramente insuficientes, han estado subequipadas para desempeñar la función

---

<sup>8</sup> Ben W. Lewis, *"Emphasis and Misemphasis in Regulatory Policy"*, en Sheperd, W., Ed., *"Utilities Regulation. New Ideas and Theories"*, New York, 1969, pág. 214 y ss.

<sup>9</sup> Bem. W. Lewis, loc. cit., págs. 244 y ss.

<sup>10</sup> Ben W. Lewis, loc. cit., págs. 244 y ss.

que se le encomendaba de dirección y control de los servicios. Y los Tribunales, no digamos. Era inútil acudir a ellos con cálculos económicos que no entendían. Por otro lado, cada día se extiende más la opinión de que la calidad y el buen servicio no descansarán sobre la rigurosidad del control, sino sobre la seriedad, consistencia y capacidad de las empresas gestoras.

Es un hecho reiteradamente probado que a los poderes públicos les resulta muy difícil, en un ambiente general de libertad de empresa, influir de un modo positivo sobre el funcionamiento de las empresas de servicio público, si éstas se resisten o no prestan una cierta colaboración a las directrices y objetivos que la autoridad pueda señalar por la vía de la regulación. Es a los poderes públicos a quienes primariamente corresponde la apreciación de las necesidades colectivas y la determinación de la política a seguir, en cada momento y en cada servicio, para satisfacerlas; pero para que ello sea efectivo y el sistema funciones, es esencial que la empresa privada que actúa en estos sectores responda con prontitud a las directrices que recibe. Si ello no se consigue, esto es, si en lugar de desarrollarse las relaciones en un clima de colaboración leal, éstas se mantienen en un clima de mutua "defensa", la única salida posible sería la vuelta a la nacionalización o municipalización.

El derecho, la previsión de unas reglas claras que encaucen estas relaciones, es condición necesaria, pero no suficiente para el buen funcionamiento del sistema. Cualquier regulación económica contiene necesariamente muchos elementos de discrecionalidad en su aplicación. Y ello, porque en la mayoría de los casos las regulaciones o decisiones públicas abordan problemas que no tienen una única solución justa, sino que responden a opciones y apreciaciones que en cada momento hay que hacer sobre cuál sea el interés público prevalente. De ahí que sea necesario configurar los poderes administrativos con cierta amplitud, al mismo tiempo que se delimitan con mayor claridad las garantías de la empresa y de los inversores afectados. La mejor manera de conseguir esas relaciones continuadas de "colaboración" -principio esencial de la contratación administrativa, no se olvide-, es la creación de órganos permanentes de planificación, trabajo en común y ordenación del sector, en los que se integren los propios representantes de las empresas afectadas. Un buen ejemplo de ello fue, en España, la creación, por Real Decreto 2216/1979, de 3 de agosto, del Comité de

Ordenación del Subsector Eléctrico, al que más adelante nos referiremos. Y lo ha sido después la integración de todas empresas eléctricas en una Sociedad de Economía Mixta, operadora de la Red y Gestora del Despacho Central de Cargas.

*c) Claridad, transparencia y control público en las empresas concesionarias.*

Función esencial de la regulación de los servicios es armonizar los intereses públicos, a los que sirven, con los derechos de la propiedad privada, en los que se apoya la gestión de aquéllos. Esta tensión entre interés público y garantía privada exige de la Administración decisiones "racionales", que mantengan siempre el equilibrio entre posiciones extremas. Para que ello sea posible, resulta necesario que los problemas y las situaciones se planteen siempre con claridad, con transparencia y sin engaños. Las empresas de servicio público deben ser conscientes de que, aún cuando siguen siendo de propiedad privada, están directamente vinculadas a finalidades públicas, por lo que en su propia constitución, dirección y funcionamiento interno, deben ofrecer a la colectividad (representada por el poder público) una transparencia y una claridad en sus planteamientos, que no se exigen normalmente a la empresa privada. Por tratarse de empresas de propiedad privada, están naturalmente inspiradas por la idea del beneficio, que la legislación de alguna manera limita, aunque también garantiza; pero por tratarse de empresas en gran medida "públicas" la motivación fundamental de su actuación no puede ser el lucro, sino la satisfacción de determinadas necesidades sociales que pueden requerir en ocasiones actuaciones rigurosamente "antieconómicas".

El momento crucial de esta tensión, a la que toda empresa de servicios públicos está sometida, es el momento de la determinación de las tarifas, de las que dependen los resultados empresariales y, al mismo tiempo, el grado de satisfacción del interés público que con el servicio se busca. Por ello, es en este momento donde la objetividad, la transparencia y la claridad del proceso de decisión deben ser máximas. Las tarifas no pueden ser ni un "buen negocio", que con más o menos habilidad, o por procedimientos poco limpios, obtienen las compañías de las autoridades de turno, ni tampoco una imposición arbitraria del poder público sobre las compañías, que tenga carácter confiscatorio de la inversión realizada por éstas. Las tarifas tienen que ser la

remuneración justa y razonable del servicio, que cubra los costes de éste y permita a los que aportaron su capital y su esfuerzo un "normal beneficio industrial". Para que ello pueda ser así, resulta absolutamente necesario que haya juego limpio entre las compañías y el poder público, y también una instrumentación bien estudiada de los criterios y reglas que deben presidir la fijación de aquéllas.

En este punto se han producido avances importantes en la Administración española de los últimos de los últimos años: la estandarización de costes, la auditoría periódica de las empresas, la dirección centralizada y pública del sistema, hace que no existan apenas en los servicios públicos "zonas de sombra", como ocurría hace años, en que el nivel de tarifas era fruto del chalaneo anual de la Administración y las empresas. Pero aún así, la experiencia reiterada de muchos países es que en la determinación de las tarifas existe todavía -y parece que nunca dejará de existir- un gran componente de apriorismo, de oportunidad política y en definitiva de discrecionalidad incontrolable. La fijación de una tasa de rentabilidad "razonable" o de lo que sea en cada momento la inversión base ("used and usefull") es siempre convencional. De ahí la tendencia reciente a reconstruir el mercado siempre que se pueda, en aquellos tramos del proceso en que la competencia sea posible.

En definitiva, solo el mercado y la competencia es capaz de determinar que sea el "justo precio".

d) *¿Participación pública en el gobierno del servicio?*

Se ha subrayado alguna vez que la contradicción esencial de las Compañías de servicio público radica en que, por definición, están desempeñando una "actividad pública", sirviendo al interés público, y por su condición de empresa privada tratan siempre de buscar el máximo beneficio. Si tenemos en cuenta que el "interés público" se concreta ordinariamente en prestar el mejor servicio (en extensión y calidad) al precio más moderado posible, fácilmente se comprenderá que la dirección de las Compañías de servicios públicos se encuentra casi siempre sometida a una tensión entre dos fuerzas de sentido contrario, tensión que alcanza su manifestación más clara a la hora de fijar las tarifas.

Lógicamente, la Dirección de las empresas, dominada por los inversores (o por el grupo dominante de éstos), tiende de manera instintiva, bajo la constante presión de aquéllos, a maximizar el beneficio. Se hace necesario, para ello, establecer unos controles e intervenciones sobre las decisiones de la empresa o del sector para contrapesar aquella natural tendencia al máximo beneficio, a costa de la atención al interés público. A ello responden los poderes de dirección, modalización y control del servicio que ostenta la Administración sobre los servicios, de los que me he ocupado anteriormente<sup>11</sup>. Estos poderes encuentran algunas veces su institucionalización más enérgica en la figura de la Delegación del gobierno en las Compañías.

La doctrina más reciente plantea la posibilidad de articular un sistema de participación pública de los sectores sociales afectados en la dirección de los servicios públicos. Con ello se quiere extender la participación en la toma de decisiones a todos aquellos grupos o sectores que se ven directamente afectados por ellas, y que en el sistema tradicional no han tenido hasta ahora voz ni voto. Se entiende que la Administración no es siempre un fiel custodio de tales intereses, que en muchos casos actúa demasiado inclinada a favorecer a los grupos económicos que dominan las empresa, y que con el paso del tiempo se convierte en su cómplice, más que en su guardián<sup>12</sup>. Se postula, por ello, una reestructuración de los órganos de dirección y control, dando entrada en éstos, junto a los inversores y directivos, a los grupos sociales

---

<sup>11</sup> Vid. Gaspar Ariño, "*La Gestión Indirecta de un Servicio de Aguas*", en Actas de AEAS, Barcelona, mayo 1987, págs. 159 a 197.

<sup>12</sup> Esta ha sido una crítica frecuente en otros países: vid. entre otros muchos testimonios, Georges J. Stiegler, "*The Citizen and the State*", University of Chicago Press, 1975; Roger Noll, "*Reforming Regulation...*", cit., págs. 15 y ss. En España no faltan ejemplos de esa peculiar simbiosis entre reguladores y regulados, pero es muy cierto que esta crítica debe tomarse con mucha cautela, pues la realidad ha sido más bien la contraria.

afectados: sindicatos, consumidores, Cámaras de Industria y Comercio, Asociaciones de usuarios y otros grupos específicos, según el servicio de que se trate<sup>13</sup>.

Estas propuestas, muy en la línea de las tendencias en boga que postulan mayor participación ciudadana en la toma de decisiones por la Administración, deben aceptarse, hoy por hoy, con gran cautela, aunque indudablemente la presencia institucionalizada de los distintos sectores (empresas, usuarios, sindicatos o cámaras) junto con los representantes de la Administración, daría confianza y garantía de objetividad a las decisiones adoptadas. El problema es determinar el órgano y las competencias con que se les incorpora.

e) *Reforma del sistema: hacia la creación de un organismo regulador independiente.*

Ya he dicho que nuestras Administraciones Públicas -las que responden al modelo francés, napoleónico- están demasiado vinculadas en sus decisiones a la línea política imperante. La falta de profesionalidad e imparcialidad de nuestros órganos e instituciones administrativas comienza a un nivel muy bajo en la escala administrativa. Y si malo es ésto en todos los sectores, mucho peor resulta en aquéllos de carácter económico que afectan decisivamente a la propiedad de los ciudadanos o a la buena marcha de las empresas. Tales decisiones tienen un carácter cuasi judicial, y deben estar por ello revestidas de todas aquellas garantías de objetividad, regularidad e independencia que caracterizan las decisiones judiciales. Máxime cuando es preciso ponderar, para llegar a una solución justa, los diversos factores en juego que se plantean en toda decisión que afecta al régimen económico de los servicios públicos.

Por ello, en algunos países se encomiendan tales decisiones a las Comisiones, Comités o Juntas de regulación de carácter técnico, no político, integradas por personas independientes y expertas, cuya situación aparece protegida y a salvo de remociones

---

<sup>13</sup> Vid. las propuestas contenidas en Bauer, J., "*Updating...*", págs. 176-177, y Edward Renshaw, "*Utility Regulation: a Re-examination*", apud MacAvoy, págs. 209-210. Entre nosotros, esto ha sido reclamado por Salas Hernández, "*El Régimen Jurídico Administrativo...*", cit., pág. 456, por nota.

ministeriales. Tales órganos, encargados de valorar y aplicar los criterios legales, están dotados de los equipos técnicos necesarios para criticar seriamente los estudios, balances y análisis económico-financieros presentados por las Compañías. Pero sobre todo, tales órganos deben estar alejados de la política de los partidos. Hace muchos años un gran jurista norteamericano (Mr. Justice Hughes, 1916), comentando la experiencia del Estado de Nueva York, que en 1907 había establecido una Comisión de este tipo para la regulación de las tarifas, escribía:

"No es difícil dictar legislación adecuada en la que se establezcan los criterios y estándares necesarios, pero traducir un principio aceptado en decisiones concretas, sabiamente adaptadas a los casos particulares, es algo que requiere un órgano experimentado y técnico, que actúe con continuidad y que esté tan lejos como sea posible de los engaños y las intrigas de la política".

Este tipo de órganos imparciales, árbitros entre los diferentes intereses en juego, es la única garantía de objetividad de las decisiones. Sería, a mi entender, muy conveniente la creación de auténticos entes reguladores, independientes, con poder reglamentario sobre los sectores económicos de interés general.

Un tal diseño vendría a reproducir, en esencia, el modelo de las Independent Regulatory Commissions norteamericanas, con un tipo de administración neutral e independiente, que tiene fines objetivos que conseguir, al margen y por encima de la línea política imperante<sup>14</sup>. Es ésta una vieja experiencia de aquel país que se presenta ahora en Europa como uno de los fenómenos más interesantes del Derecho público<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Sobre el tema de las Comisiones Reguladoras norteamericanas y sus problemas, a los que nos referiremos con algún detalle más adelante, pueden verse en la doctrina más reciente los siguiente -y excelentes- libros: Freedman, "*Crisis and legitimacy. The Administrative Process and American Government*", Cambridge, 1982; Breyer, "*Regulation and its Reform*", Harvard, 1982; Stigler, "*The Citizen and the State*", Chicago, 1975; Mac Avoy, "*The Crisis of the Regulatory Commissions*", Nueva York, 1970, y Noll, "*Reforming Regulation*", Washington, 1971.

<sup>15</sup> Entre otros testimonios que podrían citarse, Vid., en Francia, Gain, "*Le contrôle juridictionnel de l'intervention économique: l'exemple des Commissions américaines*", en RDPSP, 1974, nº 4, págs. 1079 y ss. En España

El Estado moderno tiene hoy asumida la dirección o gestión de muchas actividades en las que se aprecia la necesidad, una vez aceptadas ciertas bases de acuerdo, de situarlas fuera y por encima de la contienda política partidista. Estas funciones administrativas singulares, políticamente neutralizadas, se refieren a campos como la objetividad e imparcialidad en la información (televisiones públicas, radios oficiales, agencias de noticias), la dirección y protección de la ciencia y la cultura (Universidades, Centros de Investigación), la estabilidad de la moneda (autonomía e independencia del Banco emisor), la seguridad, transparencia y eficiencia del mercado de valores (Comisión Nacional Independiente, que vela por el buen funcionamiento del mercado) y, finalmente, la ordenación y regulación de ciertas actividades industriales y servicios públicos: este es el caso de las Comisiones Reguladoras de las "Public Utilities" norteamericanas.

Estos órganos de nueva planta, de carácter colegiado, integrados por personas de prestigio nacional que estén fuera de la lucha política deben gozar de independencia respecto del Gobierno. Estarán vinculados, naturalmente, a las leyes y planes aprobados por el Parlamento y a las reglamentaciones que, en su caso, apruebe el Gobierno. Sus miembros -cinco, siete o nueve son un número prudente- serían nombrados por el Gobierno (no es necesario, quizás, acudir a una mayoría reforzada del Congreso de los Diputados) por períodos fijos de tiempo: 6 años renovables por tercios cada dos, siendo inamovibles durante su mandato. Una vez constituida, la Comisión elegirá de su seno un Presidente, cuyo mandato será de cuatro años.

Ello no supone en modo alguno un desapoderamiento del Gobierno; la decisión de la Comisión sería revisable por el Gobierno con ciertas condiciones. Se trataría de un sistema mixto en el que se combinaran ambas instancias, mediante la asignación inicial

---

hay un sino y reciente trabajo de Sala Arquer, J. M., *"El Estado neutral: Contribución al estudio de las Administraciones independientes"*, REDA, 42, (1984), págs. 401 y ss. Yo mismo, en colaboración con él, me he referido a este interesante modelo de intervención en mi libro *"La Bolsa Española: marco institucional"*, CDBB, Madrid, 1987, págs. 64 y ss.

de competencia para regular el servicio (especialmente las tarifas) a la Comisión, que las elevará al Gobierno, el cual podrá suspender su aplicación por razones de interés nacional, mediante resolución motivada y publicada. En tal caso, el Estado asumirá la responsabilidad económica a que hubiese lugar, compensando a las empresas por la diferencia entre el precio real y el precio político.

Veamos, brevemente, ventajas e inconvenientes de este modelo.

*f) Las Comisiones reguladoras independientes: análisis crítico. Ventajas e inconvenientes de este sistema.*

El sistema que aquí se propone presenta ventajas sobre el actual, aunque no está exento de riesgos, como demuestra también las experiencia norteamericana.

Las dos notas fundamentales que le caracterizan -sus dos grandes ventajas- son: especialización e independencia<sup>16</sup>:

A) la mayoría de los problemas con los que deben enfrentarse los organismos reguladores requieren un considerable grado de especialización técnica y económica, si se quiere llegar a soluciones racionales; ello exige personal preparado y dedicación continuada, cosas ambas que difícilmente logran los políticos; éstos suelen tener un conocimiento superficial de los problemas y -lo que es peor- suelen adolecer de una cierta movilidad en los cargos (deseable en otros sentidos, pero perjudicial en éste)<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Vid. un excelente análisis en James O. Freedman, *"The Administrative Process and American Government. Crisis and Legitimacy"*, Cambridge University Press, 1978, págs. 45 y ss.

<sup>17</sup> Por ello, en aquellos países como el nuestro en que la responsabilidad última pertenece al Jefe del Departamento, éste se ve constantemente en la necesidad de dejar, de hecho, estos asuntos en manos de una burocracia

- B)** Respecto a la segunda nota, digamos que la independencia de juicio y decisión resulta particularmente necesaria en estas materias por dos razones fundamentales: primera, porque -ya lo hemos dicho- para el político lo más fácil es aplazar los problemas; y segunda, porque nos encontramos ante situaciones que afectan directamente a los derechos y libertades de los ciudadanos, suponen "el ejercicio de poderes que son judiciales por naturaleza"<sup>18</sup> y deben ser tomadas por ello con la imparcialidad e independencia propia de un juez.

Por estas razones, la mejor doctrina clásica norteamericana (Frankfurter, Landis, Douglas, Brandeis, Eastman), han coincidido unánimemente en afirmar que tales materia de intervención y regulación económica debían ser separadas de la política ("taken out of politics") y entregadas "a una administración profesionalizada de expertos no partidistas"<sup>19</sup>.

Veamos ahora la otra cara de la moneda: sus inconvenientes. El modelo señalado ha sido sometido a una serie de críticas en tiempos recientes, desde varios ángulos.

Tratando de sistematizar un poco el alud de críticas de los últimos años, podríamos agruparlas así:

---

especializada más o menos permanentemente, lo cual sin embargo, no es solución por lo que se dice a continuación.

<sup>18</sup> Bernard Schwartz, *"Economic Regulation of Business and Industry"*, Chelsea House, New York, 1973, pág. 7.

<sup>19</sup> Se trataba, en frase gráfica de Eastman, de hacer a estos administradores distinguidos "dueños de sus propias almas" a diferencia del político, que por lo común tiene constantemente en venta sus propias convicciones. Esta era, según estos autores, la única manera de dar continuidad, coherencia y estabilidad a la intervención económica creciente del Estado, a partir de 1929. Esta es la doctrina administrativa que trajo consigo el New Deal; vid. Freedman, ob. cit., págs. 59-60, de donde tomo la cita de Eastman.

a) **Sobre la especialización de su personal.**- Es muy fácil -se dice- hablar en teoría de "personalidades de prestigio", de "expertos de reconocida solvencia", etc. Pero en la práctica, el sistema no tiende, como regla general, a seleccionar a ese tipo de personas: ni siquiera en Estados Unidos abundan los Paul Volker, célebre "chairman" de la Reserva Federal hasta hace pocos meses. Félix Frankfurter, después de citar algunos ejemplos aislados de Presidentes de Comisiones de verdadero prestigio, añade que, pese a todo, "como regla general, tanto el público como las empresas de servicios públicos han sufrido demasiados abogados mediocres nombrados por consideraciones políticas, que contemplan las Comisiones de servicios públicos no como medios para resolver difíciles problemas de Gobierno, sino como oportunidades de ascenso político o de una provechosa asociación futura con las empresas"<sup>20</sup>. En parecidos términos, se han expresado, años más tarde, otros autores.

b) **Las quiebras y debilidades de la independencia.**- La proclamada independencia -se ha dicho- es una fuente de debilidad, cuando la Comisión no desarrolla una política con fuerte apoyo popular (como ocurriría ante una fuerte elevación de tarifas). Aislada de las fuentes del poder político, forzada a pactar con los sectores que debe regular, dependiendo de las fuerzas políticas para obtener fondos o para lograr un segundo mandato, y acosada por una sucesión de investigaciones parlamentarias y depresiones industriales, la Comisión termina por adoptar una actitud pasiva y conservadora, sin acometer a fondo los problemas<sup>21</sup>. Las propuestas para resolver esta cuestión, van en la línea de reducir la independencia y fortalecer los vínculos con el Ejecutivo, integrándolas incluso en un Departamento, o creando un Vicepresidente segundo para ellas (son las conclusiones de distintos "reports", como el Ash, o el Bronlow).

---

<sup>20</sup> Frankfurter, F., *"The Public and its Government"*, Cambridge, 1930.

<sup>21</sup> Cramton, R., *"The Effectiveness of Economic Regulation a Legal View"*, pág. 260.

c) **El método de actuación.**- Conectado con lo anterior -críticas acerca de su pasividad o resistencia al cambio-se afirma que las Comisiones -en lugar de hacer lo que debían- han concentrado sus energías en los aspectos más hacendados del conjunto de los que tienen encomendados, adoptando un procedimiento de decisión y regulación caso por caso, y absteniéndose de formular programas, políticas a largo plazo, o directrices generales. Esto ha favorecido el proteccionismo de los intereses creados en el pasado y ha desalentado las innovaciones y mejoras de los servicios.

Con ello se han olvidado de que su principal cometido no es "hacer justicia", sino "Gobierno" (execution of the legislative policy)<sup>22</sup>

d) **El afán por evitar conflictos.**- Breyer, con referencia a la Federal Power Commission -la Comisión reguladora del gas y la electricidad- ha subrayado el interés de ésta por evitar controversias, litigios o intervenciones del legislativo: por tener, en una palabra, un "buen historial". Esto ha llevado por una parte, a ceder y pactar con las empresas, aceptando precios altos con tal de reducir conflictos; por otra, a fijar reglas sencillas y fáciles de aplicar en un procedimiento, aunque muchas veces no sean las más ajustadas (así, la de determinar los precios futuros atendiendo a los costes históricos).

e) **La "captura" de las Comisiones por los sectores regulados.**- Hay toda una teoría de la "captura" de las Comisiones por las industrias reguladas. Una Comisión se considera "capturada" cuando la industria que regula se beneficia de manera continuada de decisiones favorables por parte de aquélla. La captura o apropiación puede tener lugar indirectamente, a través de una "saturación" de información orientada en favor de las empresas. O bien de modo más directo, partiendo de la base de que los miembros de la Comisión antes o después volverán al sector privado. La tendencia de las Agencias a convertirse en cautivas de aquellas a quienes regulan -ha escrito J. Freedman- ha sido advertida hace tiempo y ha tenido un efecto destructor para la legitimidad del proceso administrativo, poniendo en cuestión su

---

<sup>22</sup> Noll, ob. cit., págs. 43 y ss.

independencia e integridad<sup>23</sup>. Esta tendencia ha sido reconocida con carácter general, en lo que se ha llamado con cierta sorna "care and feeding of regulator" (cuidar y echar de comer a los miembros de las Comisiones), como tarea que las empresas hacen con esmero<sup>24</sup>.

**f) Procedimiento excesivamente formalizado.-** Finalmente, se dice que las Comisiones siguen procedimientos excesivamente formales, casi judiciales, para la toma de una decisión -la fijación de precios-que exige flexibilidad y rapidez, y en la que las opciones y consecuencias son mucho más numerosas y complejas que las que habitualmente se presentan ante un órgano judicial en un litigio.

Así, podríamos continuar. Conviene, sin embargo, vistas estas críticas, añadir dos cosas. En primer lugar, que no reflejan, ni mucho menos, una opinión unánime en

---

<sup>23</sup> Fredmann, P., "*Crisis and legitimacy...*", cit., pág. 35.

<sup>24</sup> Noll, ob. cit. pág. 100, donde se recogen como apéndice las conclusiones de unas Jornadas de estudio celebradas sobre el tema en la Brookings Institution, en febrero de 1971. Vale la pena recoger aquí la jocosa descripción que uno de los asistentes hizo de esta realidad: "todo comienza cuando un sujeto, allá en Indianápolis, es designado como miembro de una Comisión reguladora. Primeramente se inicia el período de las despedidas. Hay banquetes en su honor y las mujeres le dicen a su esposa: "por lo que más quieras no te olvides de decirnos cómo es Pat realmente". (Pat era entonces la primera dama, la esposa del Presidente Nixon: GAO). Ella haciéndose la interesante, les dice: "seguro que no la veré a menudo", pero creyendo por supuesto que la verá. Tras los adioses, el Candidato se viene a Washington y asume su papel como miembro de una Comisión convencido de que es realmente un sujeto importante. Después de todo, casi logró salir elegido para el Congreso allá en su tierra, en Indiana. El está acostumbrado a ser objeto de la atención pública. Pero después de unas pocas semanas en Washington, se da cuenta de que nadie aquí oyó hablar de él, ni le importa demasiado lo que hace... excepto un grupo de comprensivos, razonables, deliciosos seres humanos que reconocen su verdadero valor (éstos son los representantes de la industria que él regula). Obviamente pueden hacerle volver su cabeza, aunque sólo sea un poquito".

los tratadistas norteamericanos que se han ocupado del tema. Por el contrario, para cada crítica existe una respuesta; la teoría de la "captura" de las Agencias debería demostrarse empíricamente, caso por caso, y cuando ese tipo de análisis se ha hecho - caso de Breyer y Macvay con la Federal Power Commission- lo que se ha comprobado es que esos supuestos "beneficios" para las Compañías no aparecen por ninguna parte. Las propuestas de reforma basadas en una mayor dependencia del Ejecutivo, chocan con el resurgir del "Congressional Power" en los últimos años, y no se han llevado a la práctica porque en el fondo se es consciente de que el sistema político norteamericano es esencialmente pluralista y policéntrico, y es bueno que siga siendo así. En cuanto al procedimiento excesivamente formalista, hay quienes consideran, por el contrario, que no le es bastante, y en todo caso un cierto grado de formalismo es esencial para la seguridad jurídica del sector regulado, aunque en ella deba pagarse el precio de una menor eficacia.

*g) Algunas conclusiones sobre este punto.*

Como conclusión, puede servir estas palabras de William G. Sepherd, al final de un estudio colectivo sobre las Comisiones reguladoras en las "public utilities"<sup>25</sup>.

"...Ante todo, ninguno de los autores de este libro contempla grandes cambios en las líneas, principios y política de regulación. La "nueva-tradicional" regulación continuará con toda probabilidad, a lo más con algunos cambios marginales..."

Lo que ocurre, en definitiva, es que la alternativa -es decir, la continua dependencia de las mayorías políticas y de los períodos electorales- es peor que lo que se critica. Por ello, y salvo excepciones muy contadas, los autores que hacen las críticas acaban concluyendo que hay que mejorar el sistema (formular regulaciones legales más

---

<sup>25</sup> William G. Sepherd, *"Utilities Regulation. New Ideas and Theories"*, 1969-1971, pag. 276.

precisas, nombramientos mejor seleccionados y de tendencias más equilibradas, y otras que veremos enseguida) pero ninguno propone acabar con él.

Las propuestas, que más de una vez se han formulado, de reintegrar estos poderes al Presidente, o a un Vicepresidente segundo ("The regulatory czar"), o de mantener las Agencias pero integrándolas como un Departamento más en el poder ejecutivo (Ash Council Report) han sido siempre rechazadas por el Senado, y la razón última ha sido siempre "el riesgo de desastre potencial" que implicaría para la economía ("its inherent potential for disaster") dejar en manos del poder ejecutivo tales poderes de ordenación de la economía. Conclusión que refleja la firme creencia en las virtudes de una economía de mercado<sup>26</sup>.

Lo que sí se propone con unanimidad es la conveniencia de algunas reformas parciales, que apuntan a los siguientes aspectos:

**Primero.-** Limitar su actual discrecionalidad mediante una serie de normas específicas de fondo (leyes y reglamentos) en que se precisen las líneas y criterios de actuación<sup>27</sup>; se postula igualmente, en este aspecto, sujetar las Comisiones a las

---

<sup>26</sup> Roger Noll, que ha sido uno de los críticos más agudos, concluye afirmando: "nothing in the political economics view justifies the belief that regulation will be substantially more or less effective, if it is inside the executive branch": ob. cit. pág. 45. Y en las Jornadas de estudio convocadas por la Brookings Institution la conclusión fue la siguiente: "los participantes creen unánimemente que la independencia (de estas Comisiones reguladoras) es deseable, al menos, para algunos tipos de decisiones, aunque no sea más que por la razón de la credibilidad que ello da a la objetividad de las agencias". Más aún, entienden que es absolutamente necesario potenciar la autoridad de las mismas para que sean capaces de tomar decisiones que pueden ser contrarias a los deseos del Ejecutivo, y el mejor camino para ello es nombrar a sus miembros con carácter inamovible por largos períodos de tiempo, bastante superiores al mandato presidencial: vid. Conclusiones en Noll, R. ob. Cit. pág. 103.

<sup>27</sup> Vid. Sobre todo, en este punto H.J. FRIEDLY "The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards",

directivas (executive orders) que emanan del Presidente, siempre que éstas sean "de carácter general"; o al menos, a "regulaciones" aprobadas por la propia Comisión con carácter general (K.C. Davis).

**Segundo.-** En segundo lugar, se trata de aligerar y agilizar sus procedimientos, que están hoy excesivamente jurisdiccionalizados: y ello sin perjuicios de mantener un cierto grado de formalismo, como garantía de seguridad jurídica.

**Tercero.-** En tercer lugar, se propugna abrir las Agencias, en su composición y en sus actuaciones, a una mayor presidencia y participación ciudadana, integrando en ellas, en proporción equilibrada, representantes de todos los sectores afectados por ellas.

**Cuarto.-** Finalmente, se trataría de desregular algunos sectores en que la competencia puede ser de nuevo promovida (se citan entre ellos el transporte aéreo y las comunicaciones).

#### **IV. EL NUEVO SENTIDO DE LA REGULACIÓN. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS GENERALES**

Cuando se habla de "regulación" se hace referencia con frecuencia a dos ámbitos distintos, que conviene aclarar. Una es la regulación externa, que en España se ha solido llamar de "policía administrativa", que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada "regulación económica": ésta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al "quantum" de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al

---

Harvard University Press, 1962. También Theodore Lowi, *"The End of Liberalism"*, Norton, Press, 1969.

negocio mismo en que la actividad consiste. Nadie ha puesto seriamente en duda la necesidad de la primera, que muy probablemente se intensificará. La que está puesta en cuestión es la segunda. Y no en cuanto a su existencia, sino en cuanto al sentido y fines que con ella se buscan.

La regulación, en general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Cuando éste funciona, no hay mejor regulación: determina cantidades, asigna precios, impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes a él concurren y el Estado lo único que tiene que hacer es mantener el orden y la seguridad, hacer que se cumplan los contratos y -en algunos mercados asimétricos- proteger al consumidor. Así, pues, la regulación -en especial, la regulación económica- es por definición un sustitutivo del mercado. Por lo mismo, las características que debe reunir están orientadas a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que aquél produce: debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los agentes y el cumplimiento de los objetivos políticos que se busquen, exigir estándares de calidad y seguridad y, en la medida que sea necesario, fijar los precios; en todo lo demás, abrir vías y cauces a la libertad empresarial y crear incentivos -como hace el mercado- para una más eficiente gestión de las empresas.

### **1. Un modelo de regulación para la competencia**

En el modelo clásico de regulación que ha presidido hasta ahora los grandes servicios públicos (agua, gas, electricidad, teléfonos, transporte urbano, etc.) el regulador -que venía a sustituir al mercado- asumía la mayoría de las decisiones: la planificación, la inversión a realizar, la financiación, el régimen contable, los precios de todo tipo, la optimización y dirección de la explotación y, en fin, hasta las más pequeñas decisiones empresariales quedaban determinadas, condicionadas o simplemente ordenadas por la Autoridad. En España tenemos de ello una experiencia completa en los últimos años. Por el contrario, en un sistema descentralizado y abierto, como es el inglés después de la reforma, o el argentino, o el norteamericano (aunque existan profundas diferencias entre ellos) la regulación cobra otro sentido: no tiene como objetivo central el "control" -del sistema y sus operadores- sino que, por el contrario, trata de promover la competencia allí donde esto sea posible, y se limita a proteger los intereses de los

usuarios -seguridad, calidad y precio del servicio- allí donde éste mantenga las características de un monopolio natural.

En lugar de esa obsesiva idea del control "a posteriori" de los costes, a efectos de su reconocimiento o no en tarifa, una regulación conforme al mercado tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio. El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquélla. Por tanto, los aspectos fundamentales a los que se tiene que orientar son dos: garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer. En la medida en que, para obtener estos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación.

Pues bien, un sistema abierto y competitivo, que es el que se vislumbra como probable modelo acorde con el mercado, permitirá ir reduciendo el papel de la regulación, a medida que vaya creciendo el del mercado. Más aún, la existencia de éste en algunos aspectos ayudará a resolver algunos problemas clásicos de la vieja regulación, hasta ahora muy mal resueltos; por ejemplo, la determinación de precios y los criterios de retribución a las empresas: en la medida en que el mercado los fije espontáneamente en determinadas fases del proceso, será más fácil fijarlos de una manera objetiva en las restantes (aquéllas en que subsista el monopolio), de acuerdo con el valor y calidad del producto que se ofrece, en lugar de hacerlo según un discutible cómputo de costes, que quedan siempre en manos del regulador y son fuente de arbitrariedades. Dicho en otros términos, en la fijación de precios, al exigir la separación entre las actividades con características de monopolio natural y las actividades potencialmente competitivas, en la forma que más adelante se expondrá, se impide que el poder de mercado en las primeras distorsione la competencia en las segundas. Y viceversa: al promover el mercado en determinadas fases o segmentos de la actividad de que se trate y alumbrar en ellos unos precios "libres" se hace más fácil la fijación

correcta de precios "administrados" en aquellas otras que se mantengan en régimen de monopolio.

## **2. No es una opción entre regulación perfecta y competencia perfecta**

En efecto, la energía, el transporte, las telecomunicaciones o el sistema financiero estarán siempre regulados. La importancia social de tales actividades, la asimetría de posiciones entre empresas y usuarios, la dificultad de crear un mercado abierto y transparente, las limitaciones técnicas, y otros factores, así lo exigen. Pero la regulación, tal como hasta ahora la conocemos, ha acreditado igualmente sus incapacidades y sus fracasos. Por tanto, la búsqueda del mejor medio para alcanzar el objetivo de la eficiencia económica y el buen servicio al ciudadano no se plantea como un dilema entre competencia perfecta, que es imposible, "versus" regulación perfecta, igualmente inalcanzable. La reforma ha de consistir precisamente en esto: en introducir una mayor competencia en aquellos aspectos o actividades en que ésta sea posible y en revisar o reformar el sentido de la regulación orientándola a la re-creación del mercado.

Competencia y regulación no son antitéticas como lo demuestra la experiencia británica o norteamericana. Alan Jowett ha analizado dicha dicotomía en el caso británico, destacando las semejanzas crecientes de los enfoques desarrollados en la regulación de Estados Unidos y Gran Bretaña. En su opinión, a pesar del título de su artículo, "Competition v. Regulation", no existe oposición intrínseca entre ambos conceptos por dos razones: en primer lugar, porque la competencia desbocada no es deseable; y en segundo lugar, porque en Gran Bretaña, la privatización de las "utilities" se ha acompañado de un marco regulador específico para promover la competencia y para garantizar las misiones de servicio público de estas actividades<sup>28</sup>.

El juego de competencia y regulación exige como condición inexcusable la transparencia en el funcionamiento empresarial, lo que a su vez reclama un cuidadoso deslinde y separación de las diversas actividades en que el sector consiste, de tal manera

que se eviten los subsidios cruzados de una a otra y se proporcione a directivos, accionistas y regulador la información correcta sobre cada una para la toma de decisiones. Volveremos inmediatamente sobre este punto.

3. **La competencia es lo prioritario, la regulación es el medio imprescindible para aquélla**

En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando aquélla no existe) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural.

El mercado tiene muchas ventajas, pero para que éste exista y funcione con corrección, es preciso en muchos casos que el Estado cree un sistema jurídico-institucional adecuado. Los campos en los que se desarrollaron con preferencia las empresas públicas (las "utilities" anteriormente citadas y otros sectores como la banca, bolsa, seguros, explotación de recursos naturales, etc...) no son mercados perfectos, sino todo lo contrario; exigen para entrar grandes inversiones, la oferta y la demanda son rígidas, la información es muy desigual y, en definitiva, la competencia es escasa y son fáciles de articular organizaciones monopólicas y oligopólicas, claramente dañinas para el conjunto de la sociedad. Sólo cuando el Estado asume sus funciones de creación de un marco institucional que impone limitaciones y deberes de hacer a aquellos que actúan en estos sectores, puede originarse un mercado, imperfecto si se quiere, pero más eficiente que la gestión pública monopólica hasta ahora existente. Por tanto, el remedio no está en acabar con ellos, que es lo que hace la regulación administrativa al viejo estilo, sino en defenderlos y protegerlos frente a sus transgresores.

---

<sup>28</sup> Vid. Alan Jowett, "*Competition vs. Regulation*", Herbert Smith Exchange House, London, April, 1994.

Así pues, la regulación siempre será necesaria pero debe ser sólo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado<sup>29</sup>. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero no lo sustituye. La peor tentación del regulador es convertirse en "un gestor en la sombra"<sup>30</sup>.

Dicho lo anterior, conviene insistir en que la regulación no va a desaparecer. Como toda restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición por los particulares, será siempre necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos. También se justifica cuando hay intereses públicos, comunes, superiores, que no pueden verse satisfechos por la actuación del mercado: son bienes extra-mercado. Los supuestos que suelen citarse como "justificadores" de regulación son: externalidades (efectos negativos sobre terceros que no pueden ajustarse vía mercado), poder sobre el mercado (que hace la competencia ficticia o inexistente; el supuesto máximo de ello es el monopolio natural), supuestos de información asimétrica (cuando ambas partes están en posición completamente desigual a la hora de contratar en cuanto a las condiciones de la operación), supuestos de "destructive competition" (existencia de grandes inversiones no recuperables o "sunk costs", en el caso de que entren nuevos operadores que les fueren a abandonar el mercado; o de competencia en las condiciones de oferta que los demás operadores no pueden soportar: se citan como ejemplos de lo primero las compañías de navegación fluvial o las eléctricas y de lo segundo, los pequeños tenderos frente a las grandes superficies: horarios, precios, condiciones de pago a suministradores, etc...). Y alguno más.

---

<sup>29</sup> En los cuatro años de vigencia del nuevo modelo inglés se ha hecho evidente la necesidad de nuevas medidas reguladoras con el objeto de promover la competencia y así lograr los beneficios esperados por la privatización. Pero el regulador ha lanzado este mensaje de esperanza a la industria: "Where competition flourishes the need for regulatory intervention is minimal", la regulación será decreciente a medida que se fortalezca el mercado.

Todo ello debe ser considerado, ciertamente. Pero hay que apreciar con todo cuidado cuál es el objetivo, la finalidad que con la regulación se quiere lograr, el vicio que se quiere corregir o la necesidad a la que se quiere atender, sin ir más allá de lo necesario. Sabiendo que la misión del poder público (Estado, Comunidad Autónoma o Municipio) no es dirigir la vida económico-social, sino dejar que la gente se fije sus objetivos y luche por sus propias metas.

Por otro lado, las regulaciones económicas sectoriales deben justificarse en cada caso y revisarse periódicamente para determinar si los objetivos que las determinaron siguen vigentes y si su coste es proporcional al supuesto beneficio que con ellas se obtienen.

En el informe emitido por la "Comisión de Desregulación" nombrada en la República Federal Alemana<sup>31</sup> se contiene algunas observaciones interesantes con las que coincido plenamente. Según éste, se aprecian en los Gobiernos occidentales de estos años, entre otras, las siguientes tendencias:

a) "Una tendencia a sobrerregular -regular en exceso-y una tendencia a que las regulaciones obsoletas pervivan, por los intereses que siempre surgen a su amparo.

b) Se comprueba que la regulación de la economía se autoalimenta (is self-inflating) al querer corregir sus múltiples efectos negativos por nuevas regulaciones".

Estas tendencias se basan, a su vez, en una compleja trama de intereses que se ocultan tras toda regulación: intereses de los políticos, de los burócratas y de los grupos que crecen a su amparo. Los políticos, que no solo buscan el bien común sino también

---

<sup>30</sup> Vid. "Regulación del sector eléctrico: objetivos y principios", por Martha O. Hesse, en el nº 4 de la Revista del Instituto de Estudios Económicos, pág. 221.

<sup>31</sup> Deregulation Commission, "Opening of Markets and Competition", versión inglesa del texto original, Bundesministerium für Wirtschaft, Bonn, 1991.

sus propios intereses, encuentran en la regulación una fuente de poder, de influencia sobre los regulados, entre los que rápidamente surgen amigos y protegidos, sin que el político asuma más que un mínimo coste (la regulación no cuesta dinero: paga el público). Estos amigos hacen donaciones, extienden su influencia, y tienen un poder de información que el político agradece.

También la burocracia tiene sus propios intereses: aumentar su presupuesto, ampliar su competencia, conseguir poder y prestigio a través de las regulaciones que ellos tienen que diseñar, supervisar y ejecutar. Muchas veces los burócratas acaban siendo "capturados" por los regulados y, pasado un tiempo, dejan la Administración y trabajan para ellos ("the revolving door").

Finalmente, los grupos de intereses que se organizan en torno a la regulación de los grandes sectores son, por la naturaleza de éstos y los inmensos recursos que mueven, muy poderosos y los medios que despliegan para obtener regulaciones favorables son de lo más variado. Frente a estas poderosas y bien trabadas organizaciones, el público permanece ajeno, lejos de los centros de decisión, desorganizado, aunque al final será él quien pague la factura.

Estas conclusiones de la Comisión alemana de desregulación son coincidentes con las formuladas en otros países, fundamentalmente en los Estados Unidos y en Gran Bretaña y también con las que ha formulado en España, recientemente, el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>32</sup>.

En el fondo de todo ello hay una realidad y es que los Gobiernos suelen tener poca confianza en el mercado y en la competencia (que ellos no dominan) y mucha vanidad y un cierto espíritu mesiánico en sí mismos. Y cuanto menos ilustrados son, su

---

<sup>32</sup> Vid. Tribunal de Defensa de la Competencia, *"Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios"*. Madrid, mayo de 1993.

desconfianza es mayor. Hace unos días leía yo el testimonio de un Concejal de una gran ciudad española que refiriéndose a la organización y gestión de los servicios funerarios, decía: "en aquello que es básico para la sociedad, no debe hablarse nunca de liberalización ni de competencia". Esta es ciertamente una mentalidad muy simplista, pero bastante común; de hecho, es la que ha inspirado la concepción como servicio público (con reserva al Estado) de aquellas actividades esenciales o indispensables para la vida social, que se prestan, casi siempre, en régimen de monopolio de hecho (y de derecho, por supuesto). Pero la experiencia de muchos supuestos -en nuestro país y en otro- es justamente la contraria: la proliferación de reglamentaciones y la explotación en régimen de monopolio es casi siempre causa determinante de altos precios y mal servicio.

#### 4. **Tan importante como el régimen legal, teórico, es la práctica regulatoria**

En la moderna regulación de los servicios públicos hay que distinguir dos cosas, ambas importantísimas: el régimen legal, teórico, y la práctica regulatoria. El régimen o esquema regulatorio, definidor de los derechos y deberes de los operadores - autoridades, concesionarios y gestores, usuarios- es fundamental. Debe ser claro, estable, equilibrado, debe contener reglas y principios creíbles que inspiren confianza a los operadores; pero, por su propia naturaleza, no definen con precisión soluciones cerradas a los múltiples conflictos que la realidad ofrece, sino que han de formular criterios flexibles de actuación, en función de los objetivos -estos sí, firmemente asentados- y de las circunstancias del momento. Así, la apreciación o no de si existe poder de mercado (market power) en una determinada área de actuación, o de si hay o no capacidad disponible en la red para el acceso de terceros, o la cuantía y condiciones de los aportes financieros exigibles a aquellos usuarios que requieren nuevas conexiones en el servicio o un aumento sustancial de potencia, o la apreciación del canon de peaje exigible para la interconexión y el transporte de energía (o de señales) por la red, son todos ellos problemas que los reguladores han de resolver, pero que no pueden ser predeterminados ex ante en los textos legales. Hay que dejarlos -en alguna medida- al

juicio discrecional o técnico de los órganos competentes, lo que implica que tan importantes como las regulaciones son los reguladores encargados de su aplicación. Tan importante como el diseño de la norma es la formación, la calidad, y la ejemplaridad de los hombres y mujeres a quienes se confía esa tarea.

## **5. Hay que evitar el llamado "riesgo de la regulación"**

El riesgo de la regulación no es otro que el riesgo de la discrecionalidad, la arbitrariedad, la parcialidad o la falta de credibilidad del regulador. Hemos defendido anteriormente la conveniencia de independizar al regulador del poder político, para evitar que éste caiga en la tentación de utilizar los sectores regulados como instrumentos para la obtención de fines políticos, legítimos si se quiere, pero ajenos al servicio y que deben obtenerse a través de medios más transparentes y legalmente aprobados. Pero la figura del regulador independiente no está tampoco exenta de riesgos -el llamado riesgo de la regulación- frente al cual el legislador debe precaverse.

Para ello, es fundamental que en el ejercicio de la actividad reguladora se cumplan también los requisitos generalmente exigidos para toda la actividad administrativa: toda regulación debe ser elaborada con carácter general, objetivo y global, como es propio de toda norma, no debe admitir dispensas ni tratamientos singulares (inderogabilidad singular de las normas) ni alteración arbitraria y ocasional de las reglas de juego. Estas deben ser claras y estables, bien determinadas, no discrecionales, de forma que las empresas puedan diseñar sus propias políticas de actuación, a la vista de ellas.

Es importante insistir en la necesidad de transparencia y estabilidad en las reglas en el modelo de regulación para la competencia; que exista seguridad jurídica en cuanto a su aplicación y que las conductas produzcan efectos previsibles. Este requisito podría traducirse en un rasgo fundamental del regulador, no cuantificable, pero muy importante: la credibilidad. Esta es muy exigente y con facilidad pueden perderse, como ha ocurrido recientemente en Gran Bretaña, donde ha quedado en entredicho con la reciente decisión del regulador eléctrico, Littlechild, de reabrir el proceso de revisión de

precios a distribuidores, cuando se suponía que tendría una vigencia de 5 años (nos referimos más adelante con mayor amplitud a este hecho).

En definitiva, la gran cuestión que en este terreno se plantea no es otra que el desarrollo de la potestad reglamentaria y la aplicación del principio de la norma previa al ente regulador, de modo que quede limitada la discrecionalidad técnica de sus juicios. Ello es especialmente necesario en materia de tarifas, mediante la aprobación de un marco estable en el que se fijen las reglas y criterios de cálculo de los costes, de modo que las decisiones del regulador vengan enmarcadas en unos parámetros y conceptos bien definidos.

En tales condiciones, el control judicial será posible, el sistema ofrecerá credibilidad y seguridad a los inversores. Volveremos también sobre este punto al final de mi intervención.

Hay que reconocer, no obstante, que en estos campos no es fácil lograr un tipo de vinculación del acto a la norma semejante al que es propio de la tipicidad del acto administrativo ordinario. En algunos aspectos es imprescindible reconocerle al regulador una cierta flexibilidad en la apreciación de las circunstancias (discrecionalidad técnica), aunque hay que exigirle en estos casos una estricta y detallada motivación de sus actos.

Por lo demás, no es posible desconocer la dificultad de separar política y regulación, por las innegables connotaciones políticas de muchas decisiones del regulador. De ahí que, tras algunos años de experiencia, se haya propuesto en Inglaterra, tanto por las empresas como por la oposición laborista (curiosa coincidencia) el reforzamiento de la responsabilidad de los reguladores ante el Parlamento, manteniendo su independencia política. Asimismo, se postula la creación de una organización común de reguladores, para elevar la formación de su personal y para intercambiar experiencias entre los distintos sectores.

Todo ello nos conduce a la necesidad de elaborar unos principios generales inspiradores del nuevo orden de competencia.

## **V. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL "NUEVO MODELO DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA"**

La consolidación del "marco institucional estable", cuarta fase de las privatizaciones, exige el asentamiento de los principios que inspiren e informen las distintas regulaciones sectoriales y su aplicación. Como ha dicho anteriormente han de ser principios intersectoriales, válidos internacionalmente, reconocidos por todos los países, como garantía de continuidad del sistema.

Los principios intersectoriales no han sido formulados todavía en ningún país (que yo sepa). Cada sector ha formulado los suyos y obviamente cada uno de ellos reúne características técnicas y económicas que exigen soluciones propias en su detalle, pero sería muy deseable (y yo creo que es posible) unificar principios con orígenes sectoriales distintos y alumbrar principios comunes, algunos de ellos novedosos y rupturistas con la tradición jurídica, como puede ser el nuevo contenido del derecho de propiedad sobre los bienes afectos al servicio público o el nuevo concepto de acto administrativo, al que más adelante me referiré.

Vamos a tratar, a continuación, de identificar algunos de estos principios o presupuestos sobre los que descansa el nuevo orden de los servicios públicos competitivos.

### **1. Desintegración del sector y separación de actividades**

Ya hemos apuntado que una de las condiciones para la reconstrucción de la competencia es la desintegración vertical de actividades competitivas y no competitivas en el seno de cada sector. Para conseguir la transparencia y la dualidad de régimen jurídico (mercado o regulación), es imprescindible una desintegración vertical ("*unbundling*") de las distintas fases o segmentos del negocio de que se trate, en los que casi siempre es posible distinguir las infraestructuras (comunes) y los servicios (singularizados) prestados por distintos operadores en competencia.

En unos casos, esto ha sido más fácil que en otros. Así, la liberalización de los viejos monopolios del petróleo y sus derivados no ha sido muy complicada, porque era perfectamente separable el negocio de la refinería, el sistema de almacenaje y transporte (ya sea de petróleo o de sus derivados) y las redes o puntos de comercialización en un territorio común. Y es que los monopolios en este sector tenían una razón básicamente fiscal, más que industrial. Otro tanto podríamos decir del transporte aéreo, donde son perfectamente separables, por una parte, las flotas, los servicios y las rutas, y por otra, las necesarias infraestructuras terrestres y servicios comunes a las diferentes compañías (aeropuertos, terminales, servicios de handling, centros de control de tráfico aéreo, etc.). Igualmente, en el transporte ferroviario, es perfectamente articulable -si hay tráfico- que trenes de diversas compañías pueden circular por las mismas vías y utilizar las mismas estaciones y servicios, con todos los intervalos o garantías que la seguridad requiera.

Más difícil, pero técnicamente posible, es la instrumentación del uso común de las redes de gas o de las redes de telecomunicaciones, que se desarrollan a medida que se introducen mejoras técnicas en los sistemas de control de entrada, manejo de la presión o instalación de redes inteligentes que van dando acceso a las distintas llamadas con algunos segundos o fracciones de segundo de espera.

Finalmente, la separación de actividades y el acceso y uso en común de las redes también ha llegado al sector eléctrico, el más resistente al cambio por diferentes razones que no es del caso explicar ahora. Esto no ha sido, ciertamente, fácil ni está consolidado, al menos en Europa. No obstante, a la vista de la experiencia ya existente en algunos países, puede afirmarse con fundamento que con la separación del régimen jurídico de las actividades en el sector eléctrico se obtienen claras ventajas en términos de eficiencia.

Así pues, la separación de actividades es un principio que se refleja en toda la estructura del nuevo modelo de regulación para la competencia. Los dos grandes objetivos de la separación son: 1) la distinción entre actividades potencialmente competitivas y no competitivas, con aplicación de un régimen jurídico distinto a unas y otras como veremos a continuación; y 2) la transparencia informativa que es *conditio*

*sine qua non* para una correcta regulación, con eliminación de subvenciones cruzadas entre los distintos servicios.

## 2. **Régimen jurídico de las actividades competitivas**

El régimen jurídico de estas actividades está presidido, básicamente, por estas cuatro libertades:

### *a) Libertad de entrada.*

Frente al régimen tradicional de los derechos de exclusiva en la prestación de servicios, el nuevo modelo se basa en la apertura del sector a la iniciativa privada (libertad de entrada) y pluralidad de ofertas en los servicios. Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios tendrá derecho a construir, explotar, comprar y/o vender las instalaciones necesarias para la actividad de que se trate. Naturalmente, será requisito para ello la obtención de una autorización administrativa, pero ésta tendrá carácter reglado y se limitará al control de las condiciones técnicas, económicas, profesionales, etc., que el ordenamiento fije. Ciertamente, en tales condiciones puede producirse alguna concentración empresarial que quedará sometida, en todo caso, a las leyes antitrust y a las reglas de la competencia leal, no manipulada por operadores dominantes.

### *b) Libre acceso al mercado, esto es, a la red, a las infraestructuras: doctrina de las essential facilities.*

Para que el mercado exista es preciso reconocer a todos los operadores el libre acceso al mismo y a aquellas instalaciones o infraestructuras sobre las que la prestación de los servicios descansa. Sabido es que la mayoría de los servicios públicos están de un modo u otro ligados a redes físicas o infraestructuras sobre las que aquéllos descansan: redes eléctricas, oleoductos y gasoductos, redes ferroviarias, estaciones y aeropuertos, redes de telecomunicación (por cables o por ondas), redes de abastecimiento de agua, redes de autopistas, etc.

Estas instalaciones reúnen casi siempre las características de un monopolio natural, entendiendo por tal aquella situación en que una sola empresa puede producir el *output* deseado a menor coste que cualquier combinación de dos o más empresas. Pues bien, hay que reconocerle a los operadores el derecho de acceso a las redes que es el derecho de acceso al mercado. La efectividad de dicho acceso determinará la competencia real en la oferta de servicios. Por ello, la asignación de los derechos de acceso y sus condiciones han de quedar definidos con toda precisión en la regulación. Se pueden dejar a la negociación bilateral algunos extremos (por ejemplo, fijación del peaje por pacto entre las partes), pero si el acuerdo no llega deben establecerse reglas claras y una decisión rápida y ejecutiva que obligue a todos.

De ahí que un elemento clave del nuevo modelo de regulación para la competencia sea la aprobación del Estatuto jurídico de las redes, esto es, de las condiciones para ejercer el acceso en términos objetivos, no discriminatorios, con fijación de un canon por su uso y determinación exacta de las razones que pudieran justificar una denegación de acceso (recuérdese que un canon excesivo es equivalente a una denegación).

A estas exigencias responde la doctrina jurídica norteamericana de las "*essential facilities*", y la doctrina económica del TPA (Third Party Access).

En Estados Unidos la doctrina de las "*essential facilities*" fue inicialmente desarrollada en el Derecho "*Antitrust*" y ha servido después para introducir el ATR mayorista en determinados casos por la FERC. La idea del libre acceso a las redes para instrumentar una cierta competencia en los sectores regulados, ha sido un approach común en varios sectores (gas, telecomunicaciones, transporte aéreo, ferrocarriles, electricidad, etc...) y ha encontrado un apoyo legal indudable en la vieja doctrina de las "*essential facilities*" (E.F.), construida por la jurisprudencia para otros fines. Ambas doctrinas, una económica (TPA) y otra jurídica (E.F.), han venido finalmente a coincidir en defensa de una competencia viable. El último paso en este orden es el régimen de *common carrier* (c.c.) que hoy se propugna para algunas redes. Así, el criterio de la FERC para desregular las tarifas del comercio mayorista y permitir la fijación de

precios por el mercado ha sido verificar si existe o no un "*workable competitive market*", en el que se garantice el acceso a la transmisión<sup>33</sup>.

c) *Libertad de contratación y formación competitiva de los precios.*

Esta es la tercera libertad reconocida a las empresas gestoras de servicios competitivos: la libertad para operar bajo principios comerciales, sólo sujetas a aquellos límites o restricciones generales aplicables por igual a todas las empresas de mercado. Libertad para comprar y vender sus productos o servicios, libertad de importación y exportación, libertad para extender sus actividades a nuevas áreas o sectores conexos (diversificación empresarial) y, sobre todo, libertad de fijación de precios a sus clientes allí donde haya un mínimo de competencia y éstos puedan optar entre varias ofertas.

La formación competitiva de precios es siempre mejor y más de fiar que el cálculo de costes marginales que pueda realizar la autoridad regulatoria. Por tanto, la función del regulador será velar por el respeto de las reglas del juego en la formación competitiva de precios y actuar contra prácticas restrictivas de la competencia. Y esos resultados de los precios libres son la mejor guía para los precios regulados (ejemplo certero de Chile, con el margen del 10%). Ello no es incompatible con reglas de formación de precios en un "pool" de electricidad.

Esta libertad de contratación no es incompatible con una explotación unificada del sector cuando ésta sea conveniente por razones de optimización global, tal como ocurre, por ejemplo, en los sectores eléctricos de una cierta dimensión con multitud de

---

<sup>33</sup> Vid., "*Competition and regulation in the supply of electricity in the US and the UK*", Leon A. Allen, International Bar Association, octubre de 1989. Sobre la doctrina de las "*essential facilities*", vid. Reinier H.J.H. Lock, "*Antitrust and Regulatory Issues in a competitive electric industry*", en *Utilities Policy*, Vol. I, nº 3 (abril de 1991), págs. 222, 228, 229, *passim*. Del mismo autor, "*Ownership and control of transmission facilities and Antitrust Law: the U.S. experience*", en *Utilities Law Review*, Vol. 2, nº 1 (1991), págs. 21 a 24. Y sobre todo, Frank A. Edgar, "*The Essential Facilities Doctrine and Public Utilities*", *Idaho Law Review*, in totum.

operadores y centrales de generación. La existencia de un despacho central y la puesta en funcionamiento de las plantas de generación según costes marginales crecientes, es algo conveniente para todos, pero ello no impide la libertad de contratación entre los operadores (productores y distribuidores) si bien en estos casos los contratos no suponen necesariamente transferencias físicas de energía, sino una reasignación de riesgos entre los agentes.

*d) Libertad de inversión*

Finalmente, la libertad de inversión. Frente al modelo tradicional de regulación de los servicios públicos, basado en una planificación central vinculante de inversiones, únicas que podían repercutirse en las tarifas y cuya rentabilidad quedaba garantizada, el nuevo modelo de regulación de los servicios competitivos conlleva plena libertad para diseñar o realizar inversiones cuya rentabilidad quedará al riesgo y ventura del inversor. Ni se limitan beneficios ni pérdidas.

La única limitación posible sería aquella que pudiera suponer un encarecimiento del sistema en su conjunto, como ocurriría por ejemplo en el supuesto, bastante impensable, de duplicación de redes cuando exista capacidad disponible en las ya construidas.

**3. Régimen jurídico de las actividades no competitivas**

Hay otras actividades que, tras la separación o desintegración vertical, no resultan susceptibles de realización en régimen de competencia. Básicamente estas actividades se refieren a dos aspectos o fases del negocio: la instalación y gestión de infraestructuras y, por otro lado, los llamados "servicios universales". Veamos por separado ambas cosas.

*a) Instalación y gestión de infraestructuras*

Ya hemos dicho que la separación de infraestructuras y servicios es más fácil en unos casos que en otros. Las infraestructuras son necesariamente de uso común y sobre

las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios singularizados. En el ferrocarril es común el uso de las estaciones y las vías; en el transporte aéreo, de los aeropuertos y los servicios aeroportuarios, en la energía eléctrica las redes de alta y media tensión y las instalaciones del despacho central; en las telecomunicaciones las redes de cable y la red telefónica conmutada; en el petróleo y gas, los oleoductos y gasoductos, etc.; y, sobre ellas, los operadores ofrecen variados servicios: distintas modalidades de transporte, distintos horarios y calidades, distintos servicios de telecomunicación, distintas modalidades de suministro eléctrico o gasístico (interrumpible o no interrumpible, etc.).

Como ya hemos dicho, la "red" es la clave del mercado, es la vía física a través de la cual éste se materializa y por ello su regulación debe reunir algunas características, como las siguientes:

1) En primer lugar, tiene que tener una gestión autónoma, empresarial no burocrática; para ello debe permanecer al margen de los demás negocios. La no separación de la red ha perjudicado la competencia (por ejemplo, caso de la electricidad en Chile, donde los grandes productores son propietarios de la transmisión: el mercado puede verse fácilmente falseado).

Littlechild, británico, ha anunciado recientemente que está considerando exigir a las distribuidoras la separación entre el suministro y la explotación de redes de distribución, debido a la relación entre propiedad de infraestructuras y competencia.

2) En segundo lugar, ya hemos dicho que hay que diseñar, en lo posible, un Estatuto jurídico de las redes y acceso de terceros. El acceso de terceros a las redes ha ido apareciendo en las diferentes regulaciones sectoriales con diversas formas. Ya hemos dicho que es necesario concretar sus términos, condiciones, fijación de precio, etc....

3) En tercer lugar, hay que resaltar la ruptura con el concepto tradicional de derecho de propiedad. En la concepción tradicional del Código Civil, la propiedad se configura como el derecho de uso, disfrute y disposición, en exclusiva. Por el contrario

en la nueva regulación de servicios públicos para la competencia aparecen las propiedades afectas al uso público: la propiedad se afecta al uso de unos terceros que tienen derecho a confiar en él. De manera que se separa propiedad y uso, y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, por su uso, y no por su titularidad. Es una especie de hipoteca tácita legal.

*b) Prestaciones de servicio universal. Hacia un nuevo concepto de servicio público*

En la regulación de los servicios en un régimen competitivo, hay que distinguir lo que son prestaciones de mercado y prestaciones de "servicio esencial universal". Estas últimas son aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir. En tales casos, la regulación de nuevo interviene, imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector. Es justamente este planteamiento el que ha venido a suponer una transformación radical del concepto de servicio público, al que ya hemos hecho referencia pero en la que ahora vamos a insistir.

La apertura de los servicios a la competencia y a las leyes de mercado (frente a la idea tradicional de que todo servicio público, como actividad reservada, otorgaba derechos de exclusiva) se caracteriza básicamente por las siguientes notas<sup>34</sup>:

a) La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél.

---

<sup>34</sup> Debo decir aquí que he discutido este tema en múltiples ocasiones con los Profesores José Luis Martínez López-Muñiz y Juan Miguel de la Cuétara, Catedráticos, respectivamente, de Valladolid y Canarias (España), cuyas ideas, con alguna aportación mía, aparecen reflejadas en las consideraciones que siguen. Es justo hacerlo constar.

En lugar de declarar "servicio público" el correo, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad, el transporte o la televisión, lo que hay que hacer es precisar, en cada uno de ellos, cuáles son las obligaciones o cargas de servicio público, esto es, de servicio universal, obligatorio, que hay que garantizar, como misión o tarea de interés general en cada sector concreto, a cuyo cumplimiento vienen vinculados los operadores que actúen en él. Ello exige justamente la diferenciación de prestaciones: en el transporte, será la cobertura de determinadas líneas regulares (pero no cualquier transporte), en el correo el servicio básico postal de cartas y certificados con carácter universal (pero no el servicio de paquetería o transporte urgente), en las telecomunicaciones, el servicio básico telefónico con carácter universal (pero no los servicios de valor añadido, la telefonía móvil o las redes locales de cable); en la electricidad, el transporte en alta tensión por la red general peninsular y la distribución universal a todo pequeño consumidor final (pero no la generación eléctrica, ni la venta al por mayor ni el suministro a grandes consumidores), etc..., etc... En cada sector, hay que determinar en concreto cuáles son esas obligaciones.

b) El abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo (titularidad de la actividad a favor del Estado, idea de concesión como transferencia de una competencia originariamente administrativa, con rescate en cualquier momento, garantía del equilibrio financiero de la empresa, responsabilidad administrativa, etc., etc...) <sup>35</sup>. En lugar de ello, el concepto de servicio público se acerca más a la idea de actividad reglamentada, propio del mundo anglosajón <sup>36</sup>.

c) Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva, que caracteriza hasta ahora los servicios públicos, por un régimen abierto, en principio, en cuanto a la entrada en el sector, bajo régimen de autorización reglamentada, sometida a una "regulación por causa de servicio público" y a la imposición de cargas u obligaciones de servicio, en la

---

<sup>35</sup> Me remito en lo que escribí en G. Ariño, *"Economía y Estado"*, Madrid, 1993, sobre servicio público y régimen jurídico, en Capítulo X, págs. 315 ss.

<sup>36</sup> Sobre la diferencia entre servicio público y actividad reglamentada, hoy, en nuestro derecho, me remito de nuevo a *"Economía y Estado"*, cit., págs. 306 ss.

medida en que haya que garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector. El cumplimiento de tales obligaciones puede imponerse unilateralmente por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo en cada caso con los distintos operadores cuando se les otorga la autorización para operar en el sector. Tanto en un caso como en otro, habrá que prever la correspondiente compensación económica, cuando las concretas obligaciones de servicio al público no puedan ser costeadas por sus destinatarios. Como escribe Martínez López-Muñiz, "el sujeto que asume la obligación de llevar a cabo la correspondiente prestación, no tiene por qué asumir en justicia su financiación: imponerle una y otra atentaría derechamente contra el principio de igualdad ante las cargas públicas, que es fundamental en un Estado de Derecho y tiene rango constitucional (art. 31 CE)". Cabrá imponerle la primera, la obligación de realizar la prestación de que se trate, cuando en razón de sus circunstancias -dedicarse a esa actividad en la zona más próxima, por ejemplo; tener los medios adecuados para ello, etc.- pueda hablarse de una razonable exigibilidad pública -sólo temporal las más de las veces- por no haber otro medio disponible en la sociedad o cuando la generación de éste pudiera comportar excesivos costes o demoras. Pero entonces, la imposición de tal sacrificio individualizado requerirá la adecuada y justa compensación económica, como exige la doctrina del ejercicio de potestades ablatorias o expropiatorias sobre los particulares.

He aquí algunos elementos definidores del nuevo concepto y la nueva técnica del servicio público que trata de hacer éste compatible con las libertades básicas del Mercado Único Europeo. Porque en efecto existía una cierta colisión opositiva entre el art. 90 del Tratado y el concepto tradicional de servicio público. Dice el art. 90:

"1.- Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los arts. 7 y 85 a 94, ambos inclusive".

Obviamente, tales empresas eran las de servicio público y las concesionarias de monopolios fiscales que, en principio, infringían numerosas normas del Tratado (entre otras, la prohibición de monopolios industriales y comerciales: art. 37; la libertad de

importación y/o exportación de productos y mercancías: art. 30; la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios dentro de la Comunidad: arts. 52 y 59; las normas sobre competencia: arts. 85 y 86, etc., etc...). Sin que las excepciones a estas libertades del Tratado, contenidas en los arts. 36, 55 y 56 fueran aplicables a la mayoría de los servicios públicos, pues éstas se refieren exclusivamente a conceptos como "orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas", "ejercicio del poder público", "salud pública" y expresiones similares que no resultan de aplicación a la mayoría de los servicios públicos concedidos.

La única excepción que sí debe tomarse en consideración es la contenida en el propio art. 90.2, que refiriéndose a esas mismas empresas dice lo siguiente:

"2.- Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad".

Ahora bien, esta excepción es exigente, porque, en primer lugar, cada Estado deberá justificar mediante razones fundadas la necesidad de configurar determinadas actividades en ese régimen de derechos especiales o exclusivos (lo que supone que tal decisión deja de ser libre para el legislador nacional y discrecional para la Administración que la adopte). En segundo lugar, el monopolio, la exclusividad, queda estrictamente limitada a aquellas tareas o misiones específicas para las cuales tal régimen de explotación sea absolutamente indispensable, apreciación que queda también bajo el control, primero, de la Comisión y después del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Debe recordarse finalmente que, en este punto concreto, el Tratado otorga poder normativo a la Comisión en el art. 90.3, cuando dice:

"3.- La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas".

Ahora bien, bajo tales exigencias no resulta posible, en la mayor parte de los casos, acreditar que en todo un sector y en el conjunto de sus actividades (así por

ejemplo, en materia de transporte, en el correo, en las telecomunicaciones, en la producción y distribución de carburantes, en la navegación aérea, en la generación y venta de electricidad al por mayor, y en la mayor parte de las actividades reservables del art. 86 de la Ley de Régimen Local: por ejemplo, aprovechamiento de residuos, mataderos, mercados y lonjas centrales, transporte público o servicios mortuorios; no resulta posible -digo- demostrar que cualquier apertura a la competencia en estos sectores hace imposible "el cumplimiento de la misión específica" que en ellos se quiere conseguir. Puede ser que la haga algo más difícil para los operadores -y desde luego, menos rentable que en régimen de monopolio- pero seguramente más conveniente y más barata para el ciudadano. Y lo que el Tratado dice es justamente eso: que no se puede prohibir la competencia salvo que ésta haga imposible el cumplimiento de las tareas de servicio público.

Pues bien, esto no ha sido posible demostrarlo en gran número de los tradicionales servicios públicos que, en consecuencia, se han visto obligados a abrirse a la competencia.

El Tratado ha obligado también a distinguir, dentro de las prestaciones o tareas que estas empresas realizan, aquéllas que constituyen el "servicio de interés económico general" (*Public Service Obligations, PSO's*) asumidas por el titular del Derecho exclusivo, que en todo caso hay que garantizar, y aquellos otros servicios o actividades de contenido específico, distintos y separables de aquél. Y así lo ha hecho la Comisión - o el Tribunal de Justicia- en sucesivas decisiones referidas al campo de las telecomunicaciones, el correo, los transportes marítimos, o la televisión (en este momento la cuestión está planteada respecto de las actividades del sector eléctrico). El tenor común en todos estos casos ha sido la apertura parcial del servicio a la competencia en algunas de las prestaciones específicas en que el monopolio no se estimó justificado. En mi conocimiento, las últimas decisiones recaídas sobre monopolio y concurrencia han sido la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1993, **Asunto Paul Corbeau**, sobre el monopolio postal belga y la Sentencia recaída en 1994 en el **Asunto Almelo** (Case C-393/92) sobre el suministro de electricidad a un determinado territorio. En el primero de estos supuestos, se planteaba la posibilidad de que una empresa privada prestase un servicio especial en la ciudad de Lieja y sus zonas

límites, de recogida de correo a domicilio y entrega urgente a sus destinatarios. La decisión del Tribunal se resume en este texto:

"La exclusión de la concurrencia no se justifica, sin embargo, cuando de lo que se trata es de prestar servicios específicos, disociables del servicio de interés general, que responden a necesidades particulares de determinados operadores económicos y que exigen ciertas prestaciones suplementarias que el servicio postal básico no ofrece....; y en la medida en que estos servicios, por su naturaleza y las condiciones en que se ofrecen no ponen en cuestión el equilibrio económico del servicio de interés económico general asumido por el titular del derecho exclusivo, no se pueden prohibir".

En el segundo, después de recordar que la competencia puede verse limitada en la medida que ello sea necesario para garantizar un suministro de electricidad suficiente, seguro y a un precio razonable a todas las pequeñas localidades de la región (entre ellas, Almelo), entiende que corresponde a la Autoridad y a los Tribunales nacionales apreciar si, para cumplir con esa misión, es necesaria -o no- la prohibición de importación de energía que había sido impuesta al distribuidor local de Almelo.

Ciertamente, el equilibrio económico del servicio básico puede garantizarse mejor si, al mismo tiempo, se prohíbe la concurrencia en otros servicios o actividades rentables en los que el titular del monopolio pudiera encontrar ingresos complementarios para financiar cómodamente aquél. Es el habitual supuesto de los subsidios cruzados que han sido habituales en el servicio público tradicional. Pero este no es, ni mucho menos, el único medio de obtener esa compensación económica que asegure el equilibrio financiero del servicio básico. Y en todo caso no parece conveniente ni proporcionada una medida tan radical como la negación de toda posible concurrencia en cualquier actividad del sector como medio para mantener el equilibrio financiero. Caben otras posibilidades como las cuotas de conexión, los canon de coincidencia o la pura y simple subvención procedente de los ingresos o tasas recaudados en las actividades concurrentes.

Como les digo, esta técnica de distinguir entre servicios u obligaciones básicas, normalmente prestados con carácter universal a todos los ciudadanos o, cobertura de servicios mínimos, que asegure las necesidades de lugares o grupos aislados (que constituyen las típicas cargas u obligaciones de servicio público) y el resto de las

prestaciones o actividades complementarias, en las que la concurrencia es posible, ha sido ya desarrollada por el Derecho Comunitario en varios campos. El profesor Martínez López-Muñiz lo ha expuesto en un muy interesante trabajo que espero sea pronto publicado<sup>37</sup>. En él se recogen, como ejemplo, la reglamentación del transporte marítimo (Reglamento CEE 3577/92, de 7 de diciembre), en el que se dispone que los Estados miembros "podrán celebrar contratos de servicio público o imponer obligaciones de servicio público a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas, como condición para la prestación de servicios de cabotaje". Con este contrato se trata de asegurar al público, por parte de los Estados miembros, unos servicios de transporte suficientes, a precios y condiciones especificados que cumplan con continuidad, regularidad, capacidad y calidad este fin económico de interés general. Puede ocurrir -y será lo normal- (así lo prevé el art. 2.4 del citado Reglamento) que las obligaciones de servicio público, que asume el armador, no las asumiría o no lo haría en la misma medida si considerara sólo su propio interés comercial, pero las acepta bien porque obtiene en el conjunto de sus actividades una forma de compensación, bien porque recibe un subsidio proporcionado para su cumplimiento. En definitiva, se trata, en estos casos, de un contrato por el que se comprometen una serie de prestaciones de una empresa en beneficio de terceros y para cuya satisfacción se deben instrumentar, porque se entiende que son de interés público, la adecuada financiación. Y a ello se refiere, justamente, el art. 77 del Tratado, que declara compatible con él, en el caso de los transportes "las ayudas que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público". Si esto se establece para los transportes, otro tanto cabría hacer para el servicio básico del correo, el teléfono o el suministro de gas.

En efecto, por lo que al gas se refiere, análoga situación es la que se produce en las relaciones entre ENAGAS y las compañías distribuidoras en España. A la vista de

---

<sup>37</sup> El trabajo al que me refiero fue objeto de presentación por su autor en la Universidad Austral de Buenos Aires, con ocasión de las Primeras Jornadas Internacionales sobre *"El derecho de la post-privatización en Argentina"*, septiembre de 1993. Cito por la versión mecanográfica que allí se repartió, con el título *"La regulación económica en España"*, 74 páginas.

los arts. 1 y 2 de la Ley del Gas y del art. 3 del Reglamento, parece indiscutible que, dentro de las obligaciones de servicio público encomendadas a ENAGAS, está el suministro a las empresas distribuidoras y a algunos usuarios industriales directos, así como la gestión de la Red Nacional de Gasoductos (RNG), que haga posible el transporte, tanto de los propios productos (gas) del concesionario, como - hipotéticamente- de cualquier otro importador que tenga título para ello.

Ahora bien, tal obligación impone a ENAGAS una serie de actividades que son necesarias para el cumplimiento de la misma, señaladamente la adquisición o producción de gas en medida suficiente para asegurar el abastecimiento del mercado nacional. Esta es una obligación implícita en la gestión del servicio público que tiene encomendado.

Ocurre, sin embargo, que esta actividad (de producción/importación), por exigencias del derecho comunitario, no la tiene ENAGAS *en exclusiva*, en régimen de monopolio, sino en régimen de mercado, de modo que puede ser desarrollada, con la autorización correspondiente, por otros posibles operadores que importen o produzcan gas y tengan clientes a quien venderlo. Pero ello no libera a ENAGAS del cumplimiento de la "misión de interés económico general" (esto es, el abastecimiento nacional) que tiene encomendada. El cumplimiento de esa misión puede exigirle la adquisición de volúmenes de gas que luego no sean vendidos, en garantía de la continuidad y regularidad del servicio; pero si ello ocurre, ENAGAS tiene derecho a mantener el equilibrio económico del servicio, proyectando sobre el conjunto de los usuarios - también los que compren gas a terceros, si es que esto se produce- los riesgos y los costes de sus reservas no empleadas, siempre que las adquisiciones se hicieran en una medida prudente. Tales son las condiciones habituales de prestación de un servicio público *en régimen concurrencial*, en tanto en cuanto uno de los operadores -en este caso ENAGAS- tenga la obligación de garantizar el *servicio universal*. El coste de esta garantía debe recaer sobre todos los operadores (no sólo sobre ENAGAS) y sobre todos los usuarios (no sólo sobre los compradores a ENAGAS).

Esta es hoy una regla general de los servicios públicos, tal como éstos se están configurando en el derecho comunitario europeo. Es la única manera de hacer compatible la responsabilidad del servicio universal que corresponde a cada Estado

miembro, con la extensión que éste deba tener en cada caso, y el régimen competitivo y concurrencial que exige el mercado único europeo.

Un último testimonio de ello, en el que se recoge una de las formulaciones más completas del nuevo concepto de servicio público en cuanto "servicio universal" en un entorno competitivo, es el contenido en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 7 de febrero de 1994 (94/C 48/01) relativa a los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones.

En esta Resolución se reconoce que "el objetivo principal de la política comunitaria en materia de telecomunicaciones es la liberalización de todos los servicios públicos de telefonía vocal y el mantenimiento, al mismo tiempo, del servicio universal". La Resolución pretende justamente determinar los principales elementos que constituyen el servicio universal a escala comunitaria y aportar orientaciones acerca de los principios que deben aplicarse a la financiación del mismo.

La Resolución distingue entre aquellas prestaciones que previsiblemente se realicen con arreglo a una base comercial, sin necesidad de intervención, y aquellas otras que no parece puedan presentar interés comercial alguno y que no obstante cada autoridad nacional (es decir, cada Estado miembro) considere que es un estándar básico de bienestar que debe ser ofrecido a todos los ciudadanos.

Pues bien, cuando "debido a obligaciones de servicio universal, el servicio básico de telefonía vocal solo pueda suministrarse con pérdidas o en condiciones de coste que se aleje de las normas comerciales habituales, este servicio podrá financiarse, con la aprobación de las autoridades reglamentarias nacionales, mediante transferencias internas, cuotas de acceso u otros mecanismos que tengan debidamente en cuenta los principios de transparencia, no discriminación y proporcionalidad".

Por lo demás, el Consejo entiende que las autoridades nacionales, dentro de los límites impuestos por la legislación comunitaria, son las competentes para determinar cuáles son las obligaciones de servicio universal, de acuerdo con las condiciones

específicas de cada país. Es, por tanto, obvio que la noción de servicio universal evolucionará al ritmo del progreso técnico y el desarrollo económico de cada país.

Las características con las que la Unión Europea configura dicho servicio son las siguientes:

"a) dicho servicio debe basarse en los principios de universalidad, igualdad y continuidad a fin de permitir el acceso a un conjunto mínimo de servicios definidos de una calidad determinada, y la prestación de dichos servicios a todos los usuarios, independientemente de su situación geográfica y, a la vista de las condiciones nacionales concretas, a un precio asequible;

b) para establecer un marco normativo equilibrado y equitativo en toda la Comunidad que tenga en cuenta las características específicas nacionales relativas a la normativa y al mercado, se requieren principios comunes en materia de prestación de un servicio universal;

c) debe ser posible asegurar una prestación especial y específica del servicio universal por razones sociales;

d) a fin de fomentar servicios de telecomunicación que abarquen toda la Comunidad, es preciso establecer una interconexión entre las redes públicas y, en el futuro entorno competitivo, garantizar la interconexión entre las redes de los distintos operadores a nivel nacional y comunitario;

e) cuando, debido a obligaciones de servicio universal, el servicio básico de telefonía vocal sólo pueda suministrarse con pérdidas o en condiciones de coste que se alejen de las normas comerciales habituales, este servicio pueda financiarse, si está justificado y supeditado a la aprobación de las autoridades reglamentarias nacionales, mediante transferencias internas, cuotas de acceso u otros mecanismos que tengan debidamente en cuenta los principios de transparencia, no discriminación y proporcionalidad, garantizando siempre el respeto de las normas de competencia para aportar una contribución justa a la carga que representa de un servicio universal;

f) en la persecución del objetivo de mantenimiento y desarrollo de un servicio de telecomunicaciones universal se tendrán en cuenta las condiciones específicas de las regiones periféricas, provistas de redes menos desarrolladas y de redes muy pequeñas, así como el papel que puede desempeñar el marco comunitario de apoyo, habida cuenta de las prioridades establecidas a nivel nacional;

g) la noción de servicio universal debe evolucionar al ritmo del progreso técnico, del desarrollo del mercado y de los cambios en las necesidades de los usuarios".

En definitiva, estamos ante una técnica bien construida que trata de ofrecer mejores soluciones a los problemas de la sociedad actual que las que se han obtenido con el régimen clásico de los servicios monopolizados. Una técnica, además, que, como dice el Profesor López Múñiz, "obtiene el bien común con la menor restricción posible de la libertad y bajo imperativos de proporcionalidad, sin necesidad de convertir al poder público en protagonista único o exclusivo de múltiples actividades económicas de gran importancia social en la actualidad"<sup>38</sup>.

#### 4. Régimen de los precios

El tema de los precios o tarifas de los servicios públicos ha sido el tema polémico por excelencia. En el viejo modelo de regulación, la batalla fundamental entre regulador y regulados se producía cada cierto tiempo en este campo. La Administración, en general, estaba mal equipada para discutir con las compañías sobre las tarifas: casi siempre le faltaba información y, en ocasiones, capacidad de análisis. Pero disponía de un medio efectivo -y ciertamente contundente- en épocas inflacionistas como las que hemos vivido para imponer su ley: la congelación de tarifas o una revisión más o menos apriorística, dos, tres o cuatro puntos por debajo de la inflación.

El aspecto más llamativo que presentaba esta materia en años pasados no es que las tarifas fueran más o menos suficientes -unas veces resultan escasas y otras excesivas-, sino el contraste permanente entre teoría y práctica, entre lo que se dice y lo que, luego, efectivamente se hace. En pocos temas como en este, ha existido una unanimidad mayor, por lo que a los principios y a la teoría se refiere. En teoría todos están de acuerdo en la necesidad de mantener el equilibrio financiero de las empresas, todos propugnan un sistema de tarifas que cubran los costes reales del servicio. En teoría, nadie discute que hay que evitar la manipulación de las relaciones económicas mediante un falseamiento de los precios.

---

<sup>38</sup> J.L. Martínez López-Múñiz, "*El derecho de la post-privatización...*", cit., pág. 67.

Pero una cosa es predicar y otra dar trigo, que se dice en Castilla. Frente a las continuas declaraciones y otras tantas formulaciones legales, lo cierto es que la realidad ha ido hasta ahora por otros caminos. Las decisiones concretas de autorizar revisiones de tarifas se veían frecuentemente bloqueadas, o solo parcialmente aceptadas, cuando la realidad política o social parecía no aconsejar tal ajuste.

Esta patente contradicción entre "teoría" y realidad tiene una fácil explicación: una subida de tarifas es siempre una medida impopular. La experiencia de todos estos años confirma, en efecto, este principio: no hay poder político, sea del signo que sea, que escape a la tentación de fijar "precios políticos", aplazando la solución del problema de fondo a un momento posterior. Pero ese momento posterior nunca llega: siempre hay algún objetivo a corto plazo -la lucha contra la inflación, la política económica o social, unas elecciones- que se impone de modo prioritario. Especialmente en período electoral (es decir, en los meses anteriores) este planteamiento se agudiza y los famosos "precios realistas" equivalen a un suicidio político, con lo que tales decisiones quedan en principio aplazadas. Mientras tanto, el sector se va deteriorando poco a poco, debido a esa manipulación sistemática de los precios. Al final, ese proceso de degradación, en una lucha imposible contra los costes, lleva a la asfixia de las empresas<sup>39</sup>. Se produce así lo que el Consejo de Estado español, utilizando una expresión del Tribunal Internacional de la Haya, ha denominado "creeping confiscation" ("to creep" es, literalmente, reptar o gatear). Pues bien, de no producirse una revisión de tarifas periódica, que mantenga el "status quo" de la concesión y el equivalente económico "existirá -dice el Consejo de Estado- lo que en términos expresivos suele denominarse "confiscación camuflada"... (dic. n.º 41.971, de 1 de marzo de 1978).

Yo podría contar aquí una larga historia sobre los comportamientos, en España, de los órganos políticos sobre los que esta tarea ha venido recayendo en los últimos años (la Junta Superior de Precios, la Comisión Delegada de Asuntos Económicos y el Consejo de Ministros) y las continuas contradicciones en que se ha incurrido, pero no lo

---

<sup>39</sup> Tenemos en España una experiencia reciente: el Metropolitano de Madrid, S.A., sobre el que el autor de estas líneas tiene hecho un estudio que puede ver la luz próximamente.

voy a hacer porque no tiene mayor interés para los argentinos. Pero he dicho "órganos políticos" ...; y éste es justamente el fondo de la cuestión: ¿deben los órganos de decisión en estas materias dejarse llevar por la "oportunidad política"?; y si lo hacen, como proponía el Secretario General de la Junta, ¿quién paga el gasto?.

Llegados aquí, conviene matizar. En primer lugar, nadie discute que, en momentos determinados, el Gobierno pueda estimar que la lucha contra la inflación sea un objetivo nacional absolutamente prioritario, como puede serlo la reducción del paro o la lucha contra la droga. Tampoco se niega que, para lograr este objetivo, el gobierno pueda excepcionalmente, acudir, por ejemplo, a una congelación de los precios de la energía eléctrica o del transporte urbano. Ahora bien, en tales casos, hay que dejar claro que no se trata sólo de un problema de política económica, sino también de un problema de reconocimiento o denegación de derechos subjetivos (el derecho de propiedad y el reconocimiento del derecho a obtener un normal beneficio industrial, declarado en nuestras leyes). Y por ello, el Gobierno, en tales supuestos, debe asumir sus responsabilidades y responder de ello, compensando económica o financieramente a aquellas empresas sobre las cuales haga recaer la carga del servicio o de una determinada política social. Y siempre, tendiendo a que lo normal sea la fijación de precios reales, y lo excepcional su manipulación.

Ahora bien, la experiencia demuestra que la manipulación sin compensación es el sistema normal y lo seguirá siendo mientras las competencias en la materia sigan atribuidas a órganos completamente subordinados al mando político. Todos aquellos que hayan tenido experiencia de la actuación de estos órganos podrán atestiguar hasta qué punto se mezclan en ellos los juicios razonados con las consignas y directrices políticas. Por tanto, una primera conclusión es ésta: por mucho que se "regule" el sistema de tarifas y los criterios de formación de éstas, si no se modifica el aparato institucional encargado de su aprobación, éstas seguirán manipulándose, lo que viene a ratificar lo ya dicho sobre la necesaria reforma institucional de la Administración reguladora.

Los precios de las prestaciones y servicios según el nuevo modelo de regulación serán en unos casos precios de mercado y en otros precios regulados, según exista o no

competencia real en aquella fase de la actividad de que se trate. En la medida en que el mercado los fije espontáneamente, sería innecesario regularlos; y en todo caso, la regulación se verá facilitada por la existencia de un precio de mercado en alguna fase o segmento de la actividad.

Siempre es más fiable un precio de mercado, si existe una mínima competencia, que un precio fijado por la autoridad reguladora. El gran fracaso de la regulación tradicional ha sido justamente en este punto, porque aún cuando los criterios de determinación de las tarifas fueron perfilados con bastante precisión, sobre todo en los Estados Unidos, resultó siempre extraordinariamente difícil la determinación de los costes reales de las empresas y, más difícil todavía, la fijación de los que hubieran debido ser. La falta de información fiable y la ausencia de criterios definitivos sobre cuál es "la inversión prudente", "*used and useful*" o el razonable "*rate-of-return*" ha sido algo que ha acompañado siempre los procesos de decisión tanto de las Comisiones reguladoras como del Tribunal Supremo norteamericano. En otros países, ya he dicho que la manipulación política de los precios hacía inútil toda regulación jurídica de las tarifas.

Por otro lado, la imposibilidad de controlar los subsidios cruzados y la dificultad de incentivar la eficiencia en un modelo en el que el gestor parecía tener sus costes cubiertos, cualesquiera que estos fuesen, es lo que a la postre provocó la crisis del sistema. Porque el objetivo básico de toda regulación es justamente el de introducir incentivos a la eficiencia en la actuación de los regulados, para lo cual es imprescindible disponer de una información precisa y completa. Y esto es algo que ha sido siempre muy difícil para el regulador, en parte por la complejidad de la misma y en parte por la sistemática ocultación de información por parte del regulado.

La fijación de precios de los servicios y prestaciones reguladas entraña una importantísima decisión que es la asignación de un reparto justo de rentas entre consumidores y accionistas, tarea no sólo muy difícil técnicamente sino en la que el regulador casi siempre será impopular. Esta es una razón más a favor de la independencia del regulador, siempre que éste sea creíble, transparente en sus procesos y razonado en sus decisiones, que deben ser ampliamente motivadas, incorporando a

ellas no sólo la información de la empresa sino también la información del público y del entorno.

Resulta interesante recordar en este campo la experiencia inglesa. En U.K. el modelo de regulación elegido para las "utilities" privatizadas se centra en el control de precios a través de la fórmula RPI-X, con revisiones periódicas.

Este método tiene dos grandes ventajas:

- 1) Estabilidad e independencia política, ya que la fórmula está vigente durante cinco años.

Ello logra la credibilidad de la regulación, que es como un contrato ex-ante, incentiva la inversión y se minimizan las presiones de los votantes.

- 2) Incentivos a la eficiencia, ya que el control actúa sobre precios y no sobre beneficios. Durante el período de cinco años las nuevas ganancias de eficiencia pueden ser asumidas por la empresa: es un gran incentivo para reducir costes.

En la nueva revisión -cada cinco años- las ganancias de eficiencia son trasladadas al consumidor, a través de la nueva determinación del factor X.

La consecución de dichas ventajas exige, por tanto, estas dos condiciones:

- 1ª Revisión de la regulación únicamente cada cinco años, no antes.
- 2ª Determinación del factor X de forma que refleje las potenciales y presentes ganancias de eficiencia en las empresas, lo que es siempre un juicio difícil.

En efecto, la instrumentación práctica de estas ideas básicas no es nada sencilla, como demuestra el suceso recientemente producido en el Reino Unido, donde una

decisión del regulador eléctrico británico, Littlechild, ha avivado el debate sobre la adecuación del modelo de regulación en Gran Bretaña. La práctica de este sistema en la última revisión de los precios de la distribución eléctrica en Gran Bretaña ha puesto en tela de juicio la independencia, la credibilidad y la eficiencia de dicho regulador. Veámoslo.

En agosto de 1994, el regulador eléctrico británico Littlechild, decidió la nueva fórmula de precios a la que deberían someterse las empresas distribuidoras de electricidad durante cinco años. Dicha decisión fue precedida por un largo proceso de análisis para la determinación del factor X. A pesar de las declaraciones hechas por Littlechild en ese momento ("que había sido duro con las "utilities""), tanto las empresas (que aumentaron su cotización en Bolsa) como los analistas, valoraron dicha decisión como "buena" para las Utilities. Pero en todo caso había que respetar las reglas del juego pues dicha decisión tendría una vigencia de cinco años.

Sin embargo, el 8 de marzo pasado (1995), contra todos los pronósticos, Littlechild realiza una declaración que conmociona a los inversores y el Gobierno: reabre el proceso de revisión de precios de distribución de la electricidad que iba a entrar en vigor el 1 de abril.

Ciertamente, el procedimiento se encontraba todavía abierto, esto es en el período de consulta a su propuesta de control de precios, en el cual ha de considerar objeciones. Y, según el regulador, habían surgido nuevas evidencias desde agosto pasado, a saber:

- 1) La información entonces utilizada sobre costes y futuras ganancias de eficiencia no fue la adecuada, como lo reflejan los movimientos bursátiles desde entonces y sobre todo la defensa de una distribuidora frente a una OPA hostil de la que había sido objeto. Northern Electric había ofrecido pagos especiales a los accionistas y predicciones sobre dividendos crecientes cuyo sentido era divergente de la información suministrada al regulador sobre costes, beneficios y posibles ganancias de eficiencia.

- 2) Existe una gran preocupación social, según la cual el control de precios favorece más a las empresas (altos salarios a sus ejecutivos, cotizaciones bursátiles, beneficios y dividendos) que a los consumidores (reducciones en precios reales pero limitadas).

Por tanto, como la regulación ha de ser flexible, respondiendo a las nuevas circunstancias, anuncia la reapertura del proceso de revisión de precios.

Asimismo hemos de destacar la fecha de la decisión: ésta se produce el 7 de marzo, un día antes del cierre de la toma de decisión de los accionistas de Northern Electric sobre la OPA hostil, pero también un día después de la privatización del resto de las acciones del duopolio generador, sin que los nuevos inversores tuvieran noticia del cambio en la regulación.

La reacción a la decisión del regulador fue la indignación generalizada entre los inversores e incluso la perplejidad al ver al regulador saltarse lo que parecían las reglas del juego. Incluso el Gobierno se sintió abochornado. Las cotizaciones de las empresas distribuidoras, por supuesto, se vieron gravemente afectadas a la baja por el anuncio del regulador.

Pues bien, valoremos esta decisión del regulador, en la cual por primera vez, en las industrias privatizadas y reguladas, se reabre un proceso de revisión de precios, que había sido ya acordado.

En primer lugar, hay que destacar el tremendo efecto sobre la credibilidad del sistema. El derrumbamiento de las acciones refleja la desconfianza de los inversores: no es una regulación estable, el pacto no se ha respetado durante el tiempo establecido. Es verdad que la reapertura se ha producido antes de la entrada en vigor del nuevo control y durante un período de consulta, pero las empresas creían que ya había un pacto. Ha sido una actuación del regulador imprevisible. Habrá que incorporar una prima por el riesgo de la regulación, que puede ser tan dañino como las pasadas interferencias políticas.

En segundo lugar hay que señalar el acercamiento del sistema, en la práctica, a la regulación de beneficios. Dicha regulación no incentiva -y ésta ha sido su principal crítica- la reducción de costes, porque cuando se produce, actúa el control sobre beneficios y se reducen los precios. Por el contrario, la regulación de precios RPI-X se basaba en un contrato ex-ante, que tiene en cuenta entonces la tasa de rentabilidad. Debido a la duración determinada de dicho contrato, la empresa tratará de reducir costes en mayor medida de lo previsto por el regulador. Es decir, la empresa para obtener dichos beneficios extraordinarios, tiene que lograr mayores rentabilidades, mostrando el "error" de regulador. Pero este corregirá la situación en la próxima revisión. Esta es justamente la mejor prueba de que el sistema funciona. Ha incentivado la reducción de costes, y a los cinco años podrán trasladarse dichas ganancias de eficiencia al consumidor.

Ahora bien si el regulador rompe el pacto antes de tiempo, desaparecen los incentivos a la reducción de costes y a la inversión, que surgían precisamente por la existencia de un período fijo entre revisiones. Si el regulador revisa la regulación debido a los impresionantes beneficios de las empresas reguladas, está desembocando claramente una regulación basada en el control de beneficios. Surgen los problemas típicos: cuál es la tasa de rentabilidad razonable, cómo incentivar la reducción de costes, etc.... Hemos venido a caer en el viejo sistema.

En tercer lugar hay que señalar la continuidad del problema clásico de la regulación: la situación de información asimétrica entre el regulador y las empresas. El regulador ha de determinar el coeficiente X de ganancias de eficiencia pero no conoce realmente los costes de las empresas. En el momento de la revisión, éstas tienen incentivos para exagerar los costes y minimizar las ganancias de eficiencia. Así, la nueva información económica desde agosto refleja que el regulador se equivocó en la determinación de X, que favoreció sin pretenderlo a las empresas: que fue -bajo otra forma- "capturado" por ellas.

En cuarto lugar, hay que destacar la difícil independencia del regulador: si bien en el momento de la revisión favoreció -sin saberlo- a las empresas, al sentir la

preocupación social y al dejarse influir por la presión popular surgida desde entonces, corre el riesgo contrario: la "captura" política por el pueblo.

Finalmente, digamos que en este incidente se refleja la difícil interacción entre el carácter estable y el carácter flexible de la regulación. Littlechild alegaba que la regulación debía ser flexible, adaptándose a las nuevas circunstancias. En nuestra opinión, la flexibilidad de la regulación es otra cosa: se refiere a la adaptación a nuevas circunstancias, con la oportuna compensación económica a los inversores si vulnera las expectativas en la regulación estable. (Nos referiremos a ello más adelante).

Por el contrario, la periodicidad en la revisión del control de precios nos parece una regla del juego entre regulador y regulado que ha de caracterizarse por su estabilidad y no por su flexibilidad. Esta es una conclusión importante: hay que distinguir reglas flexibles y reglas estables.

Por ello, si esta decisión de reabrir el proceso tarifario se configura como excepcional podría admitirse; pero si, por el contrario, se justifica simplemente por las nuevas circunstancias, puede constituir un grave precedente que socave totalmente la confianza en la regulación de las industrias privatizadas. Y no solo sobre la regulación eléctrica sino asimismo sobre la regulación de otras utilities privatizadas (gas, agua, telecomunicaciones) en las que rige el control IRPI-X diseñado por Littlechild. Si el inventor de esta fórmula no la respeta, ¿quién lo hará?.

Por último queremos añadir un comentario sobre el "timing" de la decisión: aunque el regulador es independiente del Gobierno no parece casual que la decisión se anunciara al día siguiente, y no el día antes, de la privatización de parte del duopolio de la generación que seguía en manos públicas. Refleja la interdependencia entre los procesos privatizadores y reguladores, a la que aludíamos al comienzo de estas páginas.

## **5. Las empresas de servicio público son parte del sistema estatal de prestaciones**

Es preciso introducir en el nuevo modelo de regulación un cierto cambio en la relación entre regulador y regulado. El éxito de la regulación no consiste sólo en controlar los beneficios de las empresas y abaratar los precios al consumidor. Esto es algo importante pero no es todo. Es preciso igualmente asegurar la inversión continuada, lo que requiere, a su vez, incentivos y garantía para la misma, de modo que se pueda mantener en todo momento un servicio de calidad, acorde con los tiempos y progresivamente mejorado.

Debe quedar claramente asentado en el ánimo del regulador que las empresas privatizadas, gestoras hoy de un servicio de interés general, no son el "enemigo" a batir, sino que son empresas de interés público que forman parte del sistema estatal de prestaciones (no, en cambio, del sistema político). La actitud del regulador y del juez hacia ellas ha de tener en cuenta esa dimensión pública y han de velar igualmente, tanto por su austeridad y moderación en la retribución de directivos y accionistas, como por su fortaleza y buena cotización en el mercado, pues si no pueden hacer frente a la inversión, progresivamente se degradará el servicio y sufrirá la población.

Ya hemos dicho que toda regulación económica tiene elementos de discrecionalidad en su aplicación y que los problemas que el regulador aborda no tienen una única solución justa prevista en la norma, sino que responden a opciones y apreciaciones, que hay que hacer en cada momento, sobre cuál sea el interés público prevalente. Es necesario, por ello, un clima de colaboración y de diálogo entre el regulador y las empresas reguladas; un diálogo, no secreto, sino abierto al público, en el que se debe tener en cuenta esa dimensión pública de la empresa que no es solamente un negocio privado. En muchas ocasiones la independencia del regulador es justamente la del árbitro que tiene que estar alejado por igual, tanto del interés a corto plazo de la empresa (la cuenta de resultados anual), como de los políticos (el resultado de las próximas elecciones).

## **VI. OTRAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DEL SISTEMA DE REGULACIÓN**

### **1. Un nuevo tipo de procedimiento**

La regulación económica requiere ante todo procedimientos ágiles de actuación, no excesivamente formalizados, aunque con requisitos o exigencias mínimas en garantía de los afectados, que se sustancien a ser posible en tiempos cortos. Hay que aligerar y agilizar los procedimientos que se tramitan ante los órganos reguladores, que no deben actuar excesivamente jurisdiccionalizados.

Se constata en este punto una cierta diferencia entre el método de las Comisiones reguladoras independientes norteamericanas y el procedimiento del órgano regulador (unipersonal) inglés. El primero es un proceso excesivamente formal y sobrecargado, lento y largo; es ciertamente un proceso abierto a la participación pública con audiencias sistemáticas y con grandes facilidades para la intervención en él de los grupos de intereses (*lobbying*); es también un procedimiento contradictorio y combativo del que con frecuencia se derivan apelaciones ante los Tribunales. Por el contrario en Gran Bretaña el regulador actúa en un procedimiento ligero, no burocrático, no excesivamente abierto (no es público, no hay "public hearings") y las decisiones no están excesivamente motivadas; quizá por ello y por su carácter un tanto esotérico, las apelaciones ante los Tribunales frente a sus peticiones han sido hasta ahora escasas.

En mi opinión ni uno ni otro son un modelo a imitar. El procedimiento ante un ente regulador debe ser ante todo transparente, informal, abierto a la información del público, con decisión final suficientemente motivada. Hoy no queda claro como los reguladores valoran la evidencia empírica o los argumentos jurídicos o económicos en los cuales basan sus decisiones. Entiendo que el sistema inglés resulta excesivamente cerrado y pretoriano. Las audiencias públicas, ordenadamente articuladas, con tiempos limitados y transcripción escrita de las mismas, resultan muy útiles como medio de enriquecer la información pública y la información al público. También constituyen un valioso elemento para una eventual revisión judicial a posteriori.

Por lo demás, la función del regulador no es tanto "imponerse" a los regulados, sino convencer, persuadir, llevar a las partes a una terminación convencional, en la medida de lo posible. Como ya hemos dicho no hay en muchas de las cuestiones que se plantean ante el regulador una única solución "justa" sino que casi siempre hay que

articular una composición de intereses contrapuestos, una transacción, un arbitraje. Lo deseable es que la decisión sea, en principio, aceptada por las partes, lo cual se verá facilitado cuando la autoridad reguladora, con el paso del tiempo logre la madurez y experiencia necesarias para cumplir su misión, esto es, cuando se gane el respeto de los operadores del sistema y, además de la competencia legal goce de la "Auctoritas" material sobre los mismos.

La moderna ley de procedimiento administrativo española, prevé expresamente este modo de terminación convencional de los procedimientos administrativos en la siguiente forma (art. 88):

"Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo vinculante o no, a la resolución que les ponga fin".

Ha sido esta una importación de la Ley de Procedimiento Administrativa Alemana que prevé la posibilidad de terminar cualquier procedimiento administrativo mediante convenio, ya que se entiende que la autoridad puede, en vez de dictar un acto coactivo, concertar un convenio con aquella persona a la que de otro modo dirigiría el acto. En España tenemos algunas figuras similares en los convenios expropiatorios, los conciertos fiscales o los antiguos convenios de precios con los sectores en los que existía un régimen de precios intervenidos. Pues bien, nada obsta, sino todo lo contrario a que en los procesos de regulación (fijación de precios o tarifas, asignación de derechos de acceso a las redes, establecimiento de cuotas de conexión, ordenes de ampliación del servicio, etc.) el regulador trate, antes que nada, de llegar a un acuerdo con la empresa interesada, o mejor, con las partes interesadas, pues la mayoría de las veces se trata de procedimientos triangulares en los que el conflicto se plantea bilateralmente ante la Administración.

Esto, que es todavía una excepción en el procedimiento ordinario debía ser la regla en los procedimientos de regulación económica. De esta forma, se evitarían muchas impugnaciones o apelaciones judiciales, tan largas y costosas y, de ordinario, tan poco esclarecedoras en este tipo de asuntos.

## **2. Hacia un nuevo tipo de acto administrativo**

Ya hemos dicho que la regulación económica contiene reglas y principios pero, de ordinario, no define soluciones precisas y cerradas a los múltiples conflictos que la realidad ofrece. Dicho de otro modo, las decisiones del ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su "tipicidad" esto es la vinculación estricta del contenido del acto a lo previsto por la norma en la que ese supuesto de hecho se contempla (plena subsunción del acto en la norma).

Ya hemos dicho también que, frente a ello, en la regulación económica, aunque se aplique el principio de norma previa, existe un margen de discrecionalidad económica y técnica. El ente regulador tiene que ponderar en muchos casos los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc...) entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos. La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma escrita, aunque ciertamente una de las tareas fundamentales del ente regulador ha de consistir en la redacción y aprobación de normas reglamentarias a través de las cuales se vayan desarrollando y concretando cada vez mas los principios contenidos en las leyes. Esto es algo que han hecho ejemplarmente algunas comisiones reguladoras norteamericanas como la FERC o la FCC.

Pero, en todo caso, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las

decisiones de la Administración ordinaria. Justamente por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser especialmente transparente y argumentada. Sólo así, es pensable su revisión judicial.

### 3. **La revisión judicial del ente regulador es posible pero limitada**

Ya hemos dicho que el carácter independiente y regulador de la autoridad encargada de estas tareas se refleja también en el carácter cuasi jurisdiccional de sus decisiones. Con razón los primeros analistas norteamericanos de las Comisiones reguladoras que iniciaron su andadura en el primer tercio de este siglo, mostraban su perplejidad ante la naturaleza singular de estos Entes, que, en un país presidido por la más estricta división de poderes, reunían las características de un órgano legislativo (regulador, reglamentario) ejecutivo (adopción de decisiones en las que se determinaba la política a seguir) y judicial (adjudicaba derechos e imponía deberes o sanciones a la manera de un Tribunal, con un procedimiento previo, con audiencias, testigos y alegaciones).

Ahora bien, las Autoridades reguladoras, en todo caso, son autoridades subordinadas (a la Ley, a la dirección política, que tiene el poder de configurarlas y reglamentarlas; y, desde luego, a los Jueces) y por ello es claro que sus decisiones deben ser revisables por la instancia judicial competente, sin recurso previo en la vía administrativa, pues esta es una *conditio sine qua non* de su independencia. Ahora bien, ¿que es lo que un juez puede revisar de la decisión adoptada por un ente regulador?. ¿Cuál es el objeto posible de su juicio?. De nuevo surge aquí la significación política y de gobierno que tales actos de regulación conllevan.

En primer lugar hay que decir, que en muchos casos las decisiones de un verdadero regulador y árbitro en un sector económico son inapelables, porque ya han sido ejecutadas y han de ser aceptadas por los operadores de forma inmediata, sin perjuicio de la posterior revisión judicial. Así ocurre, por ejemplo, con una orden de acceso a la red ó con una decisión imponiendo la obligación de suministro ó con el acto de aprobación de una tarifa (también ocurre con el acto de intervención de un Banco ó con la orden de cierre de una instalación). En todos estos casos, que son la mayoría, el

juez no podrá ya modificar la decisión concreta, en sí misma, de la autoridad reguladora, sino únicamente pronunciarse y corregir su actuación en una doble dimensión:

a) En primer lugar, al juez le corresponde corregir a la autoridad reguladora en cuanto a los presupuestos o criterios en que se basa su actuación, modificando para el futuro alguno o algunos de los criterios de interpretación y/o regulación adoptados por el ente. Difícilmente se podrán reponer las situaciones a su origen pero el ente regulador no podrá volver a actuar de la misma manera en el futuro (y si lo hiciera, sería legítima la desobediencia frente a el).

b) En segundo lugar, el juez se podrá pronunciar sobre las consecuencias lesivas de la decisión, de forma que el Estado haga frente a los perjuicios patrimoniales que se hayan derivado de las decisiones del ente regulador. El ejemplo típico es el de las revisiones tarifarias. Es claro que las tarifas deben ser suficientes para cubrir los costes del servicio; y que cualquier insuficiencia tarifaria que quede acreditada ante los jueces puede ser revisada por estos. Pero no serían ciertamente modificables por los jueces las tarifas en sí mismas, porque la fijación de tarifas sigue siendo un acto indeterminable jurídicamente (quiero decir, de imposible previsión o determinación para el futuro, por una norma escrita o por una sentencia). Y es que en último término, la aprobación de un precio o tarifa es un acto esencialmente político y lo exigible jurídicamente en la gestión de los servicios públicos no son los términos tarifarios de la relación inversión/rentabilidad, sino la relación misma. Por tanto si la tarifa no la cubre, deberá compensarse económicamente al gestor del servicio con una indemnización o subvención. A ello si que alcanza la decisión judicial. En definitiva, pues, el juez podrá entrar a decidir: sobre el mantenimiento o quebrantamiento del equilibrio financiero del servicio, sobre la existencia o no de daño o lesión antijurídica como consecuencia de la actuación del ente regulador, y sobre el *quantum* de la compensación que se deba abonar al interesado. Pero no podrá revisar el acto en sí mismo: ni aumentar la tarifa, ni ordenar la realización de determinada inversión, ni la ampliación de la red, ni cualquiera otra decisión adoptada por el ente regulador.

Naturalmente estos pronunciamientos exigen una competencia técnica de la que los jueces, hoy, en general, carecen. Por ello hay que prever una Sala de revisión judicial de los entes reguladores que sea especialmente apta y técnicamente capaz (en su caso, convenientemente asistida) para la realización de estas tareas. Piénsese que de lo que se trata casi siempre no es de aclarar la norma o principio de justicia, sino de que el juzgador entienda cual es el supuesto de hecho en cuya compleja valoración hoy es incapaz de entrar. Hay que preparar los Tribunales para las tareas que de ellos exigen, pues de lo contrario aún cuando admitan las demandas serán incapaces de dar una solución.

#### **4. Legalidad y discrecionalidad. Estabilidad de las reglas y flexibilidad. Dos difíciles equilibrios**

En distintos momentos hemos aludido con anterioridad al difícil equilibrio entre legalidad y discrecionalidad que la regulación económica conlleva. Es el mismo equilibrio inestable que, en la regulación para la competencia, se produce entre estabilidad y flexibilidad de las reglas. La estabilidad es un valor fundamental, pues solo ella genera credibilidad en el sistema y ésta resulta imprescindible para generar confianza en los mercados de valores, para dar seguridad y liquidez a los títulos de las empresas privatizadas.

Pero, por otro lado, se ha de huir de las regulaciones rígidas que corren siempre el riesgo de quedar obsoletas, como ha ocurrido frecuentemente en el pasado. La estabilidad no es un valor absoluto, porque ninguna regulación es un estadio final, sino un proceso, que ha de ajustarse al cambio: al cambio de las condiciones tecnológicas, al cambio de los mercados internacionales, al cambio social. Por ello, hay que ir adaptándola siempre a las circunstancias y ello requiere flexibilidad.

Ahora bien, cuando se vulneren derechos o expectativas legítimas de los distintos operadores, como consecuencia de un cambio en la regulación que se creía estable y en la que se tenía derecho a confiar, las necesarias reformas o alteraciones se habrán de acompañar de la adecuada compensación económica. El ejemplo clásico que aquí podría ponerse es el de las centrales nucleares y su eventual moratoria o cierre. Esta doctrina de las posiciones jurídicas en las que el ciudadano tiene derecho a confiar,

recientemente elaborada por la jurisprudencia alemana, resulta de especial aplicación a los sectores regulados y viene a constituir el necesario contrapunto de la flexibilidad exigible en estos campos. Es un tema que habrá que elaborar en el futuro.

Pues bien, en este proceso de progresiva adaptación de la regulación a su entorno, el ente regulador desempeña un papel fundamental, tan importante o más que la definición del marco regulador en sí mismo. Ya nos hemos referido a la necesaria convergencia entre régimen legal y práctica regulatoria.

Ahora bien, ello no quiere decir que no deba llevarse a cabo un gran esfuerzo en el proceso de definición conceptual de las normas reguladoras. Justamente la complejidad y variedad de situaciones exige una definición precisa de los conceptos clave en que la regulación se basa. Ello es especialmente necesario en materia de tarifas y en la determinación de las obligaciones del concesionario o gestor: determinación de la inversión base computable, sistemas o métodos de actualización, cómputo de las amortizaciones, fijación de la tasa de retorno, asignación de derechos de acceso, definición de la capacidad disponible, método para el cálculo del peaje o canon de uso y otros mil aspectos de este tipo. Los criterios y los conceptos clave no se deben dejar nunca a la negociación, el pacto o la transacción, ni entre las compañías ni entre estas y el regulador. La transacción o el arbitraje podrá versar sobre la aplicación de los conceptos, pero no sobre los conceptos en sí mismos.

Madrid, diciembre de 1995