

LOGROS Y FRACASOS DE LA REGULACIÓN¹

Gaspar Ariño Ortiz²

RESUMEN: Este trabajo está centrado en la mejor manera de implementar el proceso regulatorio. Al concentrarnos en sus logros y fracasos, sugiere el profesor Ariño, la evolución de la “vieja” a la “nueva” regulación muestra algunos requisitos y necesidades que no deben ser desconocidos o despreciadas. Usando este procedimiento, el autor explica el modo en que podemos evitar riesgos regulatorios mediante la consideración de la regulación como un contrato implícito entre los inversores, la Administración y los usuarios. “Los servicios públicos y sus infraestructuras son en la mayoría de los casos capital privado adelantado para la cobertura de necesidades generales”, dice, lo que requiere un vínculo contractual que determine cómo puede hacerse.

La ponencia muestra varios posibles errores regulatorios, apuntando hacia su corrección. Éstos son, por ejemplo, una definición errónea de los mercados, o el uso de unos términos de comparación equivocados y equívocos. Según el autor, la regulación es una obra de arte de precisión, que demanda la dedicación y concentración de un relojero habilidoso (de los viejos buenos tiempos de la relojería mecánica) y el compromiso de un fiel perro guardián. En suma, el primer paso hacia una buena regulación consiste en reconocer su capacidad de éxito y fracaso, tal como se presenta en esta ponencia.

ABSTRACT: This paper focus on the best way to build on the regulatory process. By concentrating on its successes and failures, professor Ariño hints, the evolution from “old” to “new” regulation will show some requirements and needs that must not be overlooked or ignored. Using this approach, the author explains how regulatory risks may be avoided viewing regulation as an implied contract between investors, governments and users; “Public utilities and its infrastructures are in most cases private capital forwarded to cover general needs”, he says, that requires a contractual link to stipulate how it can be done.

The presentation shows several regulatory mistakes that may occur, pointing to their correction. They are, for instance, a wrong market definition or a confused and confusing benchmarking, that might conduct to a poor performance of the whole regulated sector. Following the author, regulation is a precision masterwork that needs the dedication an concentration of an skilled watchmaker (from the good old times of mechanical clocks) and the commitment of a faithful watchdog. In short, the first step to a good regulation is to recognize its capacity of success and failure, as shown in this presentation.

PALABRAS CLAVE: Regulación, Proceso Regulatorio, Competencia, Servicio Público, Contratos, Riesgos.

KEYWORDS: Regulation, Regulatory Process, Competition, Public Utilities, Contracts, Risks.

1 Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Santiago de Chile, 2005.

2 Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid, España.

1. INTRODUCCIÓN

Los sectores regulados, eso que antes llamábamos grandes servicios públicos—agua, energía, transportes, comunicaciones, servicios urbanos, infraestructuras de obra civil— se gestionan hoy en el mundo entero de un modo muy distinto a como se hacía quince o veinte años atrás. Esta transformación no es simplemente una transferencia de propiedad (privatización de empresa y bienes) de manos públicas a privadas. Detrás de ella hay una ruptura de viejos conceptos sobre las funciones del Estado, que habían cristalizado durante la primera mitad del siglo XX y que, pese a las críticas, perduran todavía en algunos países. En el modelo tradicional se entendía que el Estado era el titular de aquellas actividades que se calificaban de “servicios públicos” (gestionaba también otras que estaban lejos de serlo). Era el *dominus* de unos recursos o sectores que calificaba de “reservados” y que podía gestionar directamente mediante empresa pública o, a través de terceros, mediante concesión. Tales “concesiones” se configuraban como una transferencia de funciones y tareas cuya titularidad correspondía primariamente al Estado, pese a que estas actividades no eran intrínsecamente públicas, no eran actividad soberana, no formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales. Pero habían quedado “publicadas”. Por ello, lo que la Administración cedía en la concesión no era la titularidad de la actividad, sino el “privilegio” de su ejercicio.

Este modelo, aplicado en toda Europa durante décadas, y también, aunque con importantes modificaciones que no vienen al caso, en el mundo anglosajón, comienza a cuestionarse a mediados de la década de 1950, por un grupo reducido de economistas americanos y británicos. La escuela liberal de pensamiento económico, que cristaliza en esos años en

Chicago y otros lugares, da pie a un intenso período de investigación en los grandes centros académicos de los EE.UU., donde estas críticas se formalizan teóricamente. Hay que recordar aquí algunos nombres—casi todos, más tarde, premios Nobel— como George Stigler, Milton Friedman, Ronald Coase, Harold Demsetz y otros. Su trabajo se consagrará en la década de los 70, cuando en palabras de Alfred Kahn, arraiga el consenso de que la gestión pública o semipública, dentro de la cual se incluye el servicio público concedido en régimen de monopolio, había “suprimido la innovación, cobijado la ineficiencia, fomentado una creciente espiral de precios/salarios, promovido un severo desajuste de recursos, al romper el vínculo entre precios y costes marginales, fomentado una competencia improductiva e inflacionaria de costes, denegando al público la variedad de precios y opciones de calidad que hubiera ofrecido el mercado competitivo”.³

Gracias al continuado trabajo de toda una generación, hoy entendemos que el papel del Estado debe ser otro. Los sectores estratégicos o esenciales no son “propiedad” del Estado y no tienen por qué ser gestionados—ni directamente, ni en la sombra— por las autoridades públicas. Las consecuencias que todo ello tiene en el régimen jurídico de las actividades de servicio público (hoy “servicios económicos de interés general”: artículo 86—antes 90—del Tratado de la Unión Europea) son innumerables. La fundamental es que éstas han dejado de ser “actividades estatales” y el Estado pasa a centrarse no en la gestión, planificación y control de las mismas, sino en la delimitación de los derechos de unos y otros—empresarios y futuros emprendedores, empleados y proveedores, ciudadanos, usuarios o potenciales consumidores— arbitrando sus diferencias y velando por el respeto de esos derechos. El acceso a ellos, por tanto, es en principio libre y

3 KAHN, Alfred E., *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, MIT Press, 1988, Sexta Edición, página xvi.

no tiene carácter temporal sino permanente, *sine die* (no hay plazo de reversión al Estado) ni éste ostenta sobre ellos un poder interno de modalización, ni de planificación vinculante. Se han acabado los monopolios y se ha abierto el mercado y la competencia.

2. LA NECESIDAD DE RE-CREAR EL MERCADO

En el modelo clásico de regulación que presidía hasta hace poco tiempo los grandes servicios públicos (agua, gas, electricidad, teléfonos, transporte urbano, etc.), el regulador venía a sustituir al mercado y 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 tuvimos de ello una experiencia completa en los cincuenta pasados años (1940-1990). Por el contrario, en un sistema descentralizado y abierto, como el europeo (y, por tanto, el español desde 1996), la regulación cobra otro sentido: no tiene como objetivo central el “control” –del sistema y sus operadores–, sino que, por el contrario, trata de recrear el mercado, promover la competencia allí donde ello sea posible y dejar hacer a éste. Sólo cuando aquél no exista o la competencia sea insuficiente, el regulador vendrá a proteger los intereses de los usuarios –seguridad, calidad, fijación de precios del servicio– allí donde se mantengan las características de un monopolio natural o haya surgido una posición dominante estable y duradera (*significant market power*, SPM).

Juristas y economistas coincidimos hoy al afirmar que el papel fundamental del Estado en relación con el mercado consiste básicamente en sostener las instituciones que hacen posibles las transacciones dentro de él, y que

tales instituciones (lo que ellos llaman el “metamercado”) se resumen en el sostenimiento de los derechos de propiedad y la obligación de cumplimiento de los contratos. Dado que la regulación para la competencia ayuda a crear mercados en los sectores recién liberalizados, estas instituciones esenciales son también aplicables en los sectores estratégicos aquí considerados: la defensa de la propiedad y el cumplimiento de los contratos forma parte esencial de la regulación de sectores estratégicos de abastecimientos, transportes, comunicaciones...

Pero para que ello sea posible, como norma general en la mayoría de las situaciones, la regulación se ve obligada a establecer, en algunos casos, restricciones y/o ampliaciones de las posibilidades de actuación de unos y otros: genera contratos forzosos (interconexión y acceso a redes), impone limitaciones a la propiedad (incompatibilidades, afectación de bienes, límites máximos a la participación en las sociedades) y al uso de los activos (compartición forzosa); al mismo tiempo, facilita el acceso de terceros a determinados bienes (*essential facilities*) o a servicios a precio deficitario (servicio universal, en determinados supuestos). Ahora bien, de todas estas acciones que integran la regulación debe retenerse que son excepciones a la regla general, y que, como tales excepciones, deben estar justificadas caso por caso y establecidas con arreglo al principio de legalidad. La justificación de estas restricciones deriva de la existencia de fallos del mercado (estructurales o transitorios) que se quieren corregir con tales intervenciones.

De la problemática de los fallos de mercado podríamos hablar mucho, e incluso negar su existencia, reconociendo que tales fallos son en realidad fallos de la regulación (incluyendo en ella todo el sistema institucional del “metamercado”). Para simplificar, retengamos que en la transición a la competencia los mecanismos del mercado incipiente no funcionarán de modo totalmente satisfactorio (fallo coyuntural) y que aún con la competencia ya

entablada y madura, en los sectores con economías de red (la mayoría de los energéticos, muchos de los de abastecimiento y todos los de transportes y comunicaciones) los derechos que otorga la titularidad de la red deben verse limitados si se quiere que exista pluralidad, concurrencia y opcionalidad para los usuarios (teoría jurídica de las *essential facilities* y teoría económica del *third party access*).

En definitiva, la regulación viene así a re-crear el mercado allí donde éste, sin aquélla, no existiría.

3. REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

Estamos ante un nuevo modelo de ordenación jurídico-económica, con nuevas autoridades (junto a los Gobiernos han surgido los “reguladores independientes”), nuevos protagonistas (las antiguas empresas públicas se han privatizado y han surgido otras nuevas), nuevas normas e instituciones, que conocemos bajo el concepto de “regulación” y, más específicamente, “regulación para la competencia”. En verdad, regulación ha habido siempre en la vida social, pero ésta tiene hoy un nuevo contenido⁴, cuyas notas definitorias serían entre otras las siguientes:

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

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

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

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

4 Sobre el sentido tradicional del concepto y sus diversas modalidades, me remito a nuestro libro reciente “Nuevo papel del Estado en sectores regulados”, Deusto, 2005, páginas 62 y siguientes (en colaboración con Juan Miguel de la Cuétara y Raquel Noriega).

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

4. ACTIVIDADES ESTRATÉGICAS: CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES

Estas actividades, hoy calificadas como de interés general y antes llamadas “servicios públicos” tienen carácter estratégico, pues mediante ellas se satisfacen necesidades vitales de las personas y sobre ellas se asientan en gran medida la economía productiva (la agricultura, la industria, el comercio, los servicios). Casi desde su nacimiento fueron actividades intervenidas, tuteladas, programadas y en muchos casos asumidas por los poderes públicos. Reúnen algunas características técnicas y estructurales que conviene recordar:

a) Se prestan habitualmente sobre infraestructuras de red, continuas (como las redes eléctricas o gasistas, las autopistas o los ferrocarriles) o discontinuas (como los aeropuertos o los puertos). En ocasiones, como ocurre con las telecomunicaciones, son redes combinadas de telefonía fija o móvil, terrestres o satelitales, por

cables o por ondas, que constituyen, no obstante, un sistema unitario. La red es el lugar donde descansa el mercado (sin ella no habría mercado).

b) Normalmente, exigen cuantiosas inversiones, que requieren largos plazos de amortización y una vez hecha la inversión inicial, el coste adicional o “marginal” de suministrar una nueva unidad será bastante pequeño, lo que ofrecerá grandes economías de escala y una tendencia natural al monopolio/oligopolio, protagonizado por grandes empresas.

c) Son, como ya hemos dicho, actividades esenciales para la vida social, tanto para el bienestar individual (que depende del buen funcionamiento de unos servicios) como para el desarrollo de la actividad económica (que depende en una parte importante de la eficiencia de aquéllos: energía, transporte, comunicaciones).

Por estas y otras razones, el Estado las asumió como propias durante mucho tiempo, reservándolas al sector público (artículo 128 de la Constitución). Pero en los últimos quince años el panorama ha cambiado por completo. El Estado se está retirando en todo el mundo de la gestión empresarial, donde se ha demostrado, en general, muy ineficiente. Por otro lado, muchas de las razones que en su momento aconsejaron la nacionalización han desaparecido y el extraordinario gasto social, que pesa de modo creciente sobre las Haciendas Públicas, ha obligado a éstas a acudir al capital privado para que venga a aliviarle este peso. La solución se impuso por sí sola: si los servicios públicos requieren grandes inversiones, si hay capital disponible en los mercados internacionales y escasea en cambio el capital público, la salida era obvia: admitir ahorro privado y empresas capitalistas para los servicios públicos, regulando éstos de modo que cumplan su fin. Un servicio público es, en esencia esto: *un capital adelantado* al servicio de la comunidad, gestionado por su dueño, bajo supervisión de

la autoridad pública. En este tipo de empresa, los dueños del capital controlan la gestión, pero los objetivos de la empresa tienen que hacerse compatibles con la satisfacción de las necesidades sociales esenciales que el servicio viene a cubrir. Se da así en ellas una cierta contradicción entre la función-objetivo de unos (los capitalistas ganar dinero) y otros (la comunidad –el Estado– satisfacer necesidades sociales). Para resolver tal contradicción, bien se diseña normativamente un “estatuto del servicio” con los derechos de los usuarios y las obligaciones del gestor, que se fijan y supervisan por la autoridad pública; o bien se pacta una relación entre el titular del capital y la comunidad (representada por el Estado) que es un *contrato de gestión de servicios* (concesión, licencia singular o como se llame). Esta relación genera una continua interdependencia entre partes titulares del contrato, lo que exige por parte de ambas un constante espíritu de cooperación y buena fe. Después de todo, el Estado ha cedido la titularidad de la actividad, pero sigue manteniendo la *responsabilidad* sobre las prestaciones, que siguen siendo esenciales para la vida de la población.

5. RIESGO REGULATORIO Y CONTRATO REGULATORIO

Diseñar una buena regulación –que supone mantener constantemente en equilibrio esos fines contradictorios– especialmente en los sectores estratégicos recientemente liberalizados no es fácil. La regulación tiene que aportar claridad y previsibilidad a la evolución de estos sectores, tiene que facilitar la realización de planes de negocio y promover la inversión en ellos, tiene que definir el “tablero de juego” cara al futuro de una manera clara y estable, en la que los operadores puedan confiar. Esto es especialmente necesario cuando además de liberalizar se privatizan antiguas empresas públicas, normalmente monopólicas, que opera-

ban en el sector. Al privatizar, se llama en muchas ocasiones al capital internacional para que invierta en el país, sector y empresa de que se trata; y éste analiza su inversión en función, entre otras cosas, de la regulación bajo la cual habrá de actuar en el futuro la empresa en la que se invierte. Ocurre, sin embargo, que la regulación suele incorporar algunas incógnitas e incertidumbres, que componen lo que conocemos como “riesgo regulatorio” (fallos de la regulación). He aquí alguna muestra de las mismas:

– *La regulación incorpora en muchas ocasiones ambigüedad, calculada o no.* Así, con frecuencia se establece que el nivel de competencia para que se activen o desactiven determinadas facultades del regulador en el mercado de que se trate (eléctrico, gasístico, de combustibles, etc.) ha de ser “suficiente”. Pero ¿cuándo es “suficiente”?; ¿cómo estimamos el mercado relevante a efectos de suficiencia?; si hacemos comparaciones –hoy, que el *benchmarking* está tan de moda– ¿con qué países hemos de hacerlas? Otro tanto cabe decir de conceptos frecuentemente utilizados en la regulación como “facilidades esenciales”, “precios asequibles”, etc. ¿Quién aprecia o cómo se declara el carácter esencial de una instalación? ¿Cuál es el nivel de asequibilidad de un precio?

– *La regulación se establece en normas de mínimo rango, que son fáciles de cambiar.* El miedo de los responsables políticos de la regulación a verse atados en sus propias medidas suele llevarlos a esquivar las normas parlamentarias –o a redactar proyectos de ley muy genéricos– prefiriendo adoptar las verdaderas decisiones a través de normas meramente administrativas e, incluso, a través de instrucciones, circulares, directrices, recomendaciones y demás formas de orientación de las conductas de los operadores que incorporan la mínima responsabilidad; eso que se llama ahora “soft law”. La falta de seguridad jurídi-

ca así creada reduce enormemente la previsibilidad en el sector⁵. Un buen ejemplo de lo que aquí se dice son las normas de fijación de los precios de interconexión de los operadores de telecomunicaciones, aprobadas en Europa con una Recomendación y en España con una Orden Ministerial.

– *Se abusa de la discrecionalidad del regulador con efectos claramente perniciosos.* En paralelo con cuanto acaba de exponerse, la regulación se construye en muchas ocasiones sobre decisiones discrecionales de los reguladores, lo que tiene varios efectos perniciosos: el poder político, para no perder el control de estas decisiones discrecionales, tiende a reducir la independencia del regulador; éste se acostumbra a no dar razón de sus decisiones; los operadores tratan de “capturar” su voluntad –a veces por medios muy censurables– ya que no pueden razonar técnicamente frente a la pura discrecionalidad del poder político-administrativo; y así otros.

– *Los criterios de los reguladores y la regulación cambian bruscamente.* Hemos dicho que para que el sector sea previsible, la regulación tiene que ser estable, aunque no estática (si las circunstancias cambian, hay que cambiarla, explicando cómo y por qué). Pero ello no siempre ocurre ni mucho menos. La experiencia muestra que en muchas ocasiones los reguladores cambian de criterio, en materia de tarifas, concentraciones o derechos de acceso, sin que se sepa muy bien las razones.

Así pues, la imprevisibilidad y la inseguridad son factores destacados del “riesgo regulatorio”. Otros riesgos son la politización de las decisiones, su captura por uno u otro gru-

po de presión o de influencia, la burocratización. El conjunto de todos ellos puede alcanzar niveles muy significativos, que redundarán en claro perjuicio de empresas y usuarios e incluso de la economía general del Estado que lo tolera. El riesgo regulatorio tiene una manifestación muy clara en la economía internacional al convertirse en “riesgo país”. Aquellos países con necesidades de inversiones internacionales cuya regulación en los sectores estratégicos es deficiente, insegura o mal aplicada, son calificados como de “alto riesgo” y para invertir en ellos se exigirán retornos más altos, más frecuentes y más rápidos de lo que ocurriría en otro caso. El riesgo regulatorio se puede cuantificar en estos casos, y sus efectos negativos para el país pueden llegar a ser muy elevados.⁶

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

– Las empresas de un sector regulado, cualquiera que sea su título habilitante y la

5 Este carácter ambiguo, genérico, indefinido de las normas que aprueban los Parlamentos en estas materias ha sido subrayada recientemente por Gregory Sidak en relación con las Telecommunications Act-1996 de los Estados Unidos: vid. SIDAK, G., “*The failure of good intentions: the collapse of American telecommunications after six years of deregulation*” en “*Successes and failures in regulating and deregulating utilities*”, IEA, London, 2004, páginas 1 a 16.

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

norma que lo regula, se encuentran en una situación de naturaleza materialmente contractual con el Estado bajo cuya regulación actúan; en ella, el derecho a recuperar los costes de oportunidad del capital invertido, incluido un razonable retorno de la inversión, se articula con su obligación de prestar el servicio de que se trate a los ciudadanos que lo soliciten (éstos, a su vez, tienen derecho a ello). Esta trabazón de derechos y obligaciones, ya sea definida por norma o por documento contractual (concesión), impide al Estado actuar caprichosamente, al menos en tres componentes regulatorios fundamentales: condiciones de entrada en el sector para otras empresas, potestad tarifaria y delimitación de las obligaciones de prestar servicio.

— La base de esta concepción se asienta en dos observaciones fundamentales. Primera: desde la perspectiva económica, es esencial a toda regulación permitir que las empresas sometidas a ella puedan recuperar sus costes del mismo modo que ocurre en los contratos (la recuperación de los costes está ínsita en la causa de los contratos). Segunda: desde la perspectiva jurídica, la cláusula de la Constitución norteamericana que impide a las legislaturas de los Estados actuar en contra del cumplimiento de los contratos debidamente celebrados resulta igualmente aplicable a estas situaciones para evitar extralimitaciones en la actuación de las *Public Utilities Commissions*, que son los reguladores estatales de los sectores estratégicos. Es lógico que, en tales condiciones, se postule la existencia de un contrato o acuerdo básico en todos los regímenes regulatorios, incluso los no formalizados como tales. La existencia de contratos explícitos en muchos casos, y de contratos implícitos reconocidos por la jurisprudencia en otros (caso *Charles River Bridge*, por ejemplo) avalan esta teoría.

Tal es, en esencia, la tesis formulada por Sidak en los Estados Unidos. La tradición contractualista española en la gestión de servicios públicos avala todavía más este planteamiento, que ha tenido importantísimas consecuencias en la solución que se dio en España, en 1997, a los llamados “costes de transición a la competencia” (CTC’s) que alcanzaron en el sector eléctrico la bonita cifra de 1.3 billones de pesetas y que todavía se están pagando. Conviene, así, dejar aquí constancia de los límites de la potestad reglamentaria en materia regulatoria y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en las obligaciones de inversión asumidas por las empresas. La Economía y el Derecho apuntan en la misma dirección, que no es otra que la aplicación del viejo principio de la “buena fe” y de protección de la confianza (situaciones en las que los operadores tienen derecho a confiar) a las empresas que actúan en sectores regulados⁷.

6. OBJETIVOS Y MEDIOS DE LA REGULACIÓN

Conviene precisar bien cuáles son los objetivos de la regulación. No se trata en absoluto de hacer de ella un instrumento político al servicio de toda clase de fines, por muy loables y deseables que éstos sean. La regulación económico-sectorial de que aquí hablamos no está al servicio del empleo, ni de la lucha contra la inflación, ni del desarrollo regional, ni de la redistribución de rentas. A ello sirven la política laboral, la política monetaria, la política industrial o territorial de un Estado o la política fiscal. La política regulatoria tiene como objetivo único y exclusivo la defensa y buena ordenación del sistema de prestaciones de que se trate, en las mejores condiciones po-

⁷ Sobre este tema, me remito a lo que escribí ampliamente en 1999. Vid. GASPAR ARIÑO y OTROS, “Costes de transición a la competencia”, Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 1999, 224 páginas.

sibles de seguridad, calidad y precios; con la mayor eficiencia que el estado del arte permita, tanto para hoy como para mañana, lo cual exige empresas solventes, estables, dinámicas y rentables. Podemos especificar y concretar un poco más tales objetivos, en los siguientes:

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

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

Tercero, facilitar la innovación y la asunción de riesgos, posibilitando la apropiación de los beneficios que de ellos puedan obtenerse (equilibrio riesgo-beneficio).

Cuarto, garantizar la libre elección de los consumidores entre los diferentes prestadores; allí donde no haya posibilidad de elección para los usuarios, la regulación debe actuar (fijación de tarifas, estandarización y publicidad de la oferta, etc.) y también debe hacerlo para que las prestaciones declaradas esenciales lleguen a todos sus posibles destinatarios (continuidad y regularidad de la prestación de un servicio básico y universal).

Hay que combatir la tendencia a mezclar fines diversos y en ocasiones contradictorios en la regulación sectorial. Es experiencia común que las decisiones regulatorias muchas veces se ponen al servicio de los grandes objetivos del Gobierno (por ejemplo, combatir el paro o la inflación), de los intereses de diversas administraciones o grupos (aquí interviene la política territorial o autonómica en muchas ocasiones), o de otros sectores a los que se de-

sea ayudar (por ejemplo, el sector minero del carbón en la regulación eléctrica española). Ello es siempre un error, que distorsiona injustamente muchas medidas regulatorias. Hay también que separar la regulación económico-sectorial de otras regulaciones ambientales, sanitarias, urbanísticas o fiscales, que serán muy convenientes, sin duda, pero que no están destinadas a mantener la competencia en los mercados liberalizados. Aquéllas deben ser siempre neutrales respecto de los distintos operadores o tecnologías presentes en el sector; como la regulación del tráfico respecto del sistema de transporte.

Conviene traer aquí –para denunciarla– la experiencia observada en muchos lugares, en la práctica regulatoria de estos años. Se aprecian las siguientes tendencias:

– 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. La regulación económica se autoalimenta (*is self-inflating*) al querer corregir sus múltiples efectos negativos por nuevas regulaciones.

– Existe 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 sólo buscan el bien común, sino también 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 al partido, extienden su influencia y tienen un poder mediático 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 terminan 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, fundamente en los Estados Unidos y en Gran Bretaña y también con las que formuló en España, hace ya años, el Tribunal de Defensa de la Competencia⁸.

7. ERRORES A EVITAR EN LA REGULACIÓN

Ya he dicho que la regulación económica no es tarea fácil ni sencilla. No hay un manual al que se pueda acudir para configurar y re-crear los mercados y, a pesar de las buenas intenciones con que los reguladores siempre se comportan (al menos, en la gran mayoría de los casos), se producen con frecuencia efectos negativos que aquéllos no previeron. He dicho también que la regulación consiste siempre en un delicado equilibrio entre libertad e imposición (de cargas, y limitaciones) para defender el mercado y asegurar al mismo tiempo el servicio público. La regulación –he escrito alguna vez– es como un aparato de precisión, como uno de aquellos antiguos relojes suizos que

deban siempre la hora exacta (hoy todo es electrónico, pero entonces no), que exigían comprobaciones y limpiezas periódicas, y un buen relojero (un buen regulador) capaz de comprobar la hora, de vez en cuando, con el meridiano correspondiente.

Los Gobiernos, demasiado a menudo, no respetan las reglas propias de los grandes sistemas de servicio público y caen en la tentación de mezclar sus objetivos políticos y sociales –muy legítimos, pero ajenos al servicio– con las regulaciones del servicio. Pretenden, como ya he dicho, crear empleo, combatir la inflación, proteger a los desheredados o promover el desarrollo regional a costa del equilibrio financiero de las empresas gestoras de los servicios. Esto es –repito– un grave error. Se obtienen magros resultados en el corto plazo (único que preocupa a los políticos) a costa de la buena marcha, a largo y medio plazo, de las empresas y del sistema. Protegen aparentemente a los usuarios de hoy a costa de los ciudadanos del mañana, que verán entorpecidos y degradados los servicios que reciban. Me ha parecido por ello que conviene traer aquí algunas trampas y vicios de la regulación, bastante comunes, para ayudar, si es posible, a evitarlas en el futuro. Entre otros, los siguientes:

a) *Facilidades excesivas a la entrada*, forzando precios inferiores al coste marginal de los servicios que se reciben (interconexión, acceso a redes, compartición de infraestructuras, compras al por mayor a precio regulado, etc...). Éste ha sido un error demostrado en la regulación de transición de las telecomunicaciones desde el monopolio a la competencia. Tanto en los Estados Unidos como en las Directivas comunitarias europeas se impuso un sistema de acceso fácil y barato a las redes de los *incumbents*,

8 Vid. entre otros muchos testimonios ingleses y norteamericanos (Informe Noll y otros) las conclusiones a las que llegó la Comisión de Desregulación alemana en su informe “*Opening of markets and competition*”, Bonn, 1991. En el mismo sentido, Informe del TDC español, “*Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*”, Madrid, 1994.

lo que provocó una rápida reducción de los márgenes, que a los que primero afectó fue a los nuevos entrantes (con menos capacidad de resistencia que los *incumbents*) lo que provocó la ruina en breve plazo de muchos de ellos (prestadores de servicios sin red) y un efecto disuasorio, en todos, respecto de nuevas inversiones, innovación y oferta de nuevos servicios. Fue el triunfo del revendedor, que ha tenido muy poco recorrido.

b) *Regulaciones asimétricas*, son aquellas que imponen obligaciones mucho mayores a unos competidores que a otros. Se han extendido también en los primeros momentos de la regulación para dar facilidades a los nuevos entrantes y construir así –se dice– un campo de juego equilibrado para todos (*level playing field*). Ha sido la llamada “discriminación positiva”, a favor de los que se suponía eran operadores más débiles, frente a los ya instalados desde muchos años atrás, que monopolizaban el mercado. Si tuvieron algún sentido en los comienzos, cada día lo tienen menos y a medida que el proceso de liberalización avanza, son gravemente dañinas porque también disuaden la inversión, mandan señales equivocadas al mercado, protegen y amparan la ineficiencia y retrasan considerablemente el desarrollo de nuevos servicios (el *incumbent* no invierte porque el regulador puede impedirle rentabilizar su inversión; y el nuevo entrante tampoco, porque le resulta más fácil y rentable aprovecharse de la actividad ajena).

c) *Violaciones de la neutralidad tecnológica*. Se produce este fenómeno cuando para la prestación de un mismo servicio se imponen obligaciones distintas (o se ofrecen ventajas diferentes) a las distintas tecnologías a través de las cuales aquél se puede prestar (por ejemplo, obligación de red abierta en las líneas de ADSL y exclusividad en cambio de uso para las líneas de fibra óptica o el cable módem). También con la diferenciación en el régimen de tarifas, de unos y otros, en las obligaciones de interconexión y enganche o en la ordenación de los

mercados del gas y la electricidad, que son a la postre vías alternativas para prestación del mismo servicio. Estas diferencias generan disfunciones en los mercados, por lo que, dada la actual convergencia de servicios, se deben suprimir todas las diferencias de trato en función de la tecnología empleada.

d) *Consideración estática de la competencia*. La competencia en sectores regulados no debe ser analizada con el mismo prisma y bajo los mismos criterios que se suelen utilizar para enjuiciar los problemas de competencia en otros productos y servicios: en bebidas refrescantes, productos alimenticios, hoteles, maquinaria, herramienta o cosméticos. En los sectores regulados, más importante que las cuotas de mercado, estáticas, son las barreras de entrada y salida y la rivalidad entre operadores, actuales o posibles. La innovación y la amenaza de entrada de nuevos competidores, cuando no hay grandes barreras de entrada (así, en transporte aéreo o en telecomunicaciones) hace a estos sectores muy contestables y aunque en un momento determinado se dé en ellos una cierta concentración y altas cuotas de mercado –muy superiores a las prescritas por el índice HHI– la competencia puede ser efectiva y desarrollar los mismos efectos. En el sector eléctrico, por sus características técnicas y económicas, esto es más difícil y aunque la competencia será siempre entre pocos, la regulación deberá complementar el buen funcionamiento de los mercados en diversas formas en las que ahora no podemos entrar. En definitiva, los análisis de competencia en sectores regulados deben ser siempre dinámicos y estar complementados por medidas regulatorias.

e) *Obligaciones desproporcionadas de servicio universal*. Ya hemos dicho que la gran mayoría de estos sectores (agua, gas, electricidad, teléfonos, vías de comunicación y transporte) son servicios esenciales sobre los que descansa la vida de las gentes. En el viejo modelo de regulación de los servicios públicos, la igualdad y universalidad de estas prestaciones venía

asegurada, sin merma del equilibrio financiero de las concesiones, por un régimen tarifario del tipo *cost-plus* y numerosas subvenciones cruzadas entre las diversas prestaciones y los diversos grupos sociales. Por el contrario, en un régimen de servicio público competitivo, ello es imposible por dos razones: 1) porque cada servicio/prestación debe soportar sus propios costes específicos, si quiere competir lealmente con los demás operadores; y 2) porque las subvenciones cruzadas están prohibidas. Ahora bien, hay que seguir garantizando a toda la población un estándar mínimo de prestaciones (de agua, de luz, de comunicaciones, de acceso rodado, etc.) a un precio asequible, cualquiera que sea el coste de aquéllas. Este servicio universal bajo “tarifa social” forma parte de las obligaciones de estas compañías. Pero alguien debe pagarlo (*there is no free lunch*) y para ello hay que establecer dos cosas: 1) un nivel de prestación, fijado por ley, que tiene que ser el mínimo necesario para cubrir las necesidades primarias de la población (no pueden pretenderse altos niveles de servicio); y 2) un sistema de financiación equitativo en el que el “coste social” se distribuya entre todos los operadores, en proporción al volumen de negocio que cada uno mantenga en el sector. Lo que vaya más allá de esto, resultará lesivo para el sistema.

f) *Errónea definición de los mercados.* Con frecuencia, los mercados de productos se definen según tecnologías, en lugar de hacerlo en función de los servicios que sobre ellas se prestan, lo cual permitiría apreciar una competencia intermodal entre los mismos, que ciertamente se da en la realidad, pero que el regulador no reconoce. Así, por ejemplo, se diferencia la telefonía fija por redes conmutadas, la telefonía móvil, el cable y la voz sobre IP (VoIP); estas cuatro modalidades del mismo servicio (comunicación interpersonal de voz) se regulan por separado y de modo diferenciado, configurando cada tecnología como un mercado diferente. Bajo tales premisas no es difícil apreciar en alguno de ellos un poder de

mercado que es en realidad inexistente, porque el mercado es más amplio que la medida que se toma de él. Es hoy un hecho demostrado que la telefonía móvil está desplazando a la fija en servicios de voz; y pronto la VoIP desplazará en muchos casos a ambas. ¿Por qué hacer de ellos mercados diferentes? Otras veces se definen mercados territoriales unitarios, de carácter nacional, cuando la realidad es que la competencia se desarrolla territorialmente en forma muy diferenciada de unos lugares a otros, en función de la existencia de redes competidoras (en algunos sí y en otros no, lo que es frecuente en redes de telecomunicación) o de diferente capacidad de transmisión de la red y consumos locales (como ocurre a menudo con las redes eléctricas). Ello hace que la competencia se desarrolle en muy distinta medida en unos territorios que en otros, lo que obliga a realizar análisis desagregados de los mismos. Si no se hace así, se castiga o se beneficia incorrectamente a los operadores.

g) *El uso incorrecto del benchmarking.* Es habitual en los últimos tiempos –y lo será cada vez más, a medida que se haga efectiva la globalización de los mercados– acudir a la “competencia por comparación” para regular aquellas actividades que, en cada sector, conservan, aun después de la liberalización, características de monopolio natural (acceso a redes, fenómenos de interconexión, utilización de *essential facilities*, tarifas de distribución, etc.). Pues bien, con frecuencia se llega en estos análisis a conclusiones muy equivocadas, porque se comparan realidades muy diferentes (países con diferente configuración geográfica, con distinta densidad de población, con distintos niveles de utilización del servicio, etc.) que no pueden en modo alguno tener costes asimilables. El *benchmarking* es útil y debe hacerse, para saber dónde estamos, pero no puede tener siempre carácter prescriptivo.

Estos son algunos de los errores a evitar –hay otros– en esa labor que es –repito– como

un aparato de alta precisión, que debe ser manejado por personas expertas, honestas, independientes y siempre atentas a los cambios del sector de que se trate.

8. REGULACIÓN Y REGULADORES

La regulación económica es una tarea compleja. Sólo una adecuada mezcla de ingeniería, análisis económico y buen derecho público permitirá hacer una *buen*a regulación para la competencia en sectores estratégicos. Asimismo, para adoptar decisiones correctas, el regulador, que goza siempre de una gran discrecionalidad técnica, debe seguir determinados procedimientos formales (convenios, audiencias públicas, llamamiento a los interesados, solución de reclamaciones) con los cuales va estableciendo los equilibrios necesarios. Además, debe explicar, en foros, organismos consultivos o publicaciones de diversos tipos, la razón económica y técnica de la decisión que se pretende adoptar, razón que puede ser discutida técnicamente en foros específicamente regulatorios o fuera de ellos.

Pues bien, tan importante como el régimen legal, teórico, definido en las normas, resulta la calidad, la fiabilidad y credibilidad de los reguladores y sus buenas prácticas. Sin duda, 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 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 quedar predeterminados *ex ante* en los textos legales. Hay que dejarlos —en alguna medida— al juicio discrecional y técnico (es decir, con discrecionalidad técnica, por tanto controlable) 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.

Conditio sine qua non para que una buena práctica regulatoria es la independencia del regulador respecto del poder político. Ya hemos dicho que hay que 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 frente a los que el legislador debe precaverse. Es importante insistir en la necesidad de que el regulador cumpla la Ley, los reglamentos y las reglas establecidas; que no improvise ni invente reglas; 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*⁹.

9 Sobre los entes reguladores, su estructura, formación y reglas de funcionamiento, me remito a lo que escribí hace ya más de diez años, en *"Economía y Estado"*, Marcial Pons, Madrid, 1992, especialmente capítulo XI, páginas 376 a 389. Más recientemente, el muy completo estudio de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUÉS NETO, *"Agencias Reguladoras, Instrumentos de Fortalecimiento del Estado"*, BID, 2003, *in totum*.

Conviene, con todo, insistir en que el regulador no tiene que ser el protagonista del sector; tiene que saber que sus poderes son meramente instrumentales, están al servicio del trabajo de las empresas. Con ello queremos salir al paso de una cierta tentación de todo regulador: la de sentirse dueño del sector y protagonista de sus destinos. Si se deja llevar por esta tentación, tenderá a no hacer el trabajo –delicado, engorroso, inacabable– de ajuste fino, constante, que se precisa, sino a tomar decisiones sin justificar, tenderá a configurar él mismo la realidad, a planificarla y/o diseñarla, determinando él mismo, sin dar explicaciones, cuál tiene que ser el número de operadores, sus cuotas de mercado, sus inversiones y modalidades de prestación; en una palabra querrá ser el diseñador del mercado y éste adquirirá un comportamiento errático que llevará al sector al caos. Los mercados se desarrollan solos, espontáneamente, porque son la consecuencia de la libertad, y todo intento de configurarlos desde fuera es peligroso y contraproducente.

9. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

Sintetizando una teoría de la regulación, fruto de la observación de bastantes años de dos sectores –la energía y las telecomunicaciones– me atrevería a formular las diez conclusiones siguientes:

1^a) La regulación para la competencia sigue naturalmente a la ruptura de los grandes monopolios de servicio público y a la privatización de las empresas estatales que los gestionaban. Tal ruptura es necesaria y tal privatización conveniente para la modernización del sector y la mejor atención a los usuarios.

2^a) La introducción de la competencia es un proceso. Su regulación debe partir de un esquema claro inicial y aceptar sucesivos ajustes. Los políticos deben huir de la tentación de

utilizar esta flexibilidad regulatoria para acciones de dirigismo sobre las empresas reguladas.

3^a) Una adecuada regulación es clave para el éxito de cualquier privatización, al aportar la seguridad jurídica que necesitan los potenciales inversores. Sin seguridades de futuro, las inversiones se retraen o encarecen. Tan importante como la regulación es el aparato institucional en que se asienta.

4^a) En dicha regulación debe eliminarse todo aquello que impida la innovación o lo que produzca transferencias injustas de recursos a grupos privilegiados. Deben incorporarse, en cambio, cuantas acciones sean necesarias para que la competencia se desarrolle efectivamente en la práctica, con un balance acertado entre los costes que conlleva y los beneficios que de ella se obtienen.

5^a) La regulación debe actuar tan sólo en los “cuellos de botella” y demás fallos del mercado, para hacer viable la competencia, al tiempo que reparte equitativamente los objetivos públicos que se estimen irrenunciables (servicio universal, cargas de servicio público) entre todos los operadores del sector.

6^a) El compromiso de las autoridades con la regulación es condición esencial para su credibilidad; ésta, a su vez, es necesaria para la aceptación de las nuevas reglas del juego por operadores y usuarios y la minimización de los costes transaccionales.

7^a) Una agencia reguladora independiente debe garantizar la neutralidad en la aplicación a todos de tales reglas, actuando en el día a día con poderes normativos (subordinados), ejecutivos y arbitrales.

8^a) Las fórmulas de diseño de estas agencias son variadas, como también lo son sus posibles responsabilidades en torno a un núcleo de actividades ya establecido (licencias, tarifas, estándares, conflictos, directrices). Lo importante es, de un lado, que esté dotada de autoridad efectiva y, de otro, que el diseño imposibilite su captura por cualquier tipo de poder o grupo político o económico.

9ª) Cada sector tendrá su propia forma de incorporar el nuevo pluralismo, con una estructura del mercado determinada. En todo caso, los mecanismos de la “regulación por incentivos” resultan especialmente útiles en situaciones residuales de competencia imperfecta.

10ª) La libertad de elección de los usuarios, el aumento de la iniciativa, el surgimiento de innovaciones, la mejora tecnológica o el abaratamiento de las tarifas, son algunos de los beneficios de la introducción de la competencia regulada en los grandes servicios públicos.

La idea de la regulación que acaba de sintetizarse puede ser proyectada en general a las principales funciones del Estado en la vida económica, lo que nos permite hablar sin ambages de un “Estado-regulador” (en lugar de un “Estado-gestor”) que sería el que, admitiendo el protagonismo económico de la sociedad civil, se limitase a manejar los instrumentos y palancas necesarios para optimizar las interacciones en su seno, unas veces corrigiendo los excesos de presión y otras la carencia de impulso, según la necesidad, mediante técnicas bien estudiadas y finamente aplicadas. No es un mal papel para la actividad económica del Estado.

