

II. LA LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS

EL NUEVO MODELO DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA (*)

Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

LA REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA SURGE DE

- La necesidad de regular.
- La necesidad de aprovechar los beneficios del mercado.

SI hablamos de «regulación para la competencia», es obvio que ambos elementos («regulación» y «competencia») contribuyen a formar el concepto en estudio. De ahí que, para que aparezca, en primer lugar, debemos sentir la necesidad de regular la actividad de que se trate y, en segundo lugar, hemos de querer conservar en ella las ventajas de la competencia. Si esto último no es posible, o si la regulación es innecesaria, la regulación para la competencia no tiene sentido.

La regulación utiliza instrumentos jurídicos, pero no es puro derecho formal; tiene en cuenta también consideraciones económicas, empresariales y sociales que contribuyen a definir tanto sus líneas de actuación como sus principios básicos. Aunque parece incompatible con el mercado y en parte lo es (donde aparece la regulación tarifaria desaparece la libre fijación de precios), se trata de regular tan sólo aquellos aspectos concretos que sean necesarios (acceso a redes, p. ej.) para que, en el resto del sector, la competencia sea efectiva (competencia entre prestadores de servicios soportados en redes).

AFDUAM 3 (1999), pp. 125-131.

A continuación se incluyen, en recuadro, las transparencias utilizadas en la exposición oral de la ponencia que ahora se publica y, en el texto, una breve síntesis explicativa de su contenido.

LA NECESIDAD DE REGULAR SURGE DE

- La existencia de un área social que no puede:
 - *Nacionalizarse, pero tampoco*
 - *remitirse simplemente a las reglas generales de policía, porque:*
 - *Su trascendencia (hacia los demás, hacia la colectividad) es medio-alta.*
 - *Existen en ella restricciones al funcionamiento del mercado.*
 - *Hay determinadas obligaciones que el Estado desea introducir.*

La regulación es un instrumento adecuado para sectores no nacionalizados, porque su principal tarea es la composición de intereses plurales, de los que son titulares agentes económicos autónomos. La nacionalización, al eliminar tales autonomía y pluralismo, la sustituye por otras técnicas (dirección jerárquica, planificación, etc.).

En los sectores regulados, las simples reglas de policía son insuficientes. La acción de policía implica controles que actúan desde el exterior de la actividad a la que se aplican, en evitación de daños a la sociedad (sus técnicas típicas son la reglamentación y la sanción); la regulación aplica controles internos al sector de que se trata, en garantía de su correcto funcionamiento (normalmente requiere la creación de un regulador sectorial especializado). Tales controles derivan, por ejemplo, de la necesidad de corregir disfunciones del mercado tales como la creación de cuellos de botella o de la de introducir obligaciones de servicio público tales como la de hacer llegar una determinada prestación a todos los ciudadanos a un precio asequible en concepto de «servicio universal».

La regulación coincide con la policía en que actúa sobre operadores privados dotados de libre iniciativa; pero se aplica a sectores cuya trascendencia social hace que su evolución y correcto desarrollo no pueda resultar indiferente a los poderes públicos.

APROVECHAR LOS BENEFICIOS DEL MERCADO

- Es conveniente porque:
 - *Maximiza la libertad de opción de los ciudadanos.*
 - *Atribuye eficientemente los recursos sociales.*
 - *Dinamiza la economía a través de la competencia.*
 - *Y, además, expande la sociedad civil, pone en valor derechos fundamentales como la libertad de comercio e industria, genera fórmulas de auto-ajuste entre seres libres, etc.*

La regulación para la competencia trata de aprovechar los beneficios del mercado y la competencia en los sectores regulados. Tales beneficios son bien conocidos: libertad de elección, optimización de la atribución de los recursos productivos, dinamización económica, etc.

Desde la perspectiva jurídica, ha de advertirse que la regulación para la competencia promueve el desarrollo de las libertades fundamentales de empresa, profesión o contratación generalmente englobadas en el concepto tradicional de «libertad de comercio e industria», sobre todo cuando viene a sustituir a anteriores monopolios sectoriales, resultado de la declaración en bloque de una actividad como «servicio público esencial reservado al Estado».

Al amparo de este tipo de regulación, se desenvuelven diversos operadores que se autoajustan entre sí en beneficio de los usuarios, lo cual maximiza la libertad de unos y otros, a pesar de que hayan de aceptar ciertas limitaciones (sin las cuales la competencia y el mercado no llegarían a existir).

REGULAR ES:

- **Organizar y estabilizar la acción de fuerzas importantes mediante pequeños artificios capaces de canalizarlas en uno u otro sentido (ej.: termostatos).**
- **Introducir en las interacciones humanas derechos u obligaciones, incentivos o restricciones, para obtener una dinámica determinada sostenible en el tiempo (ej.: Código de la Circulación).**

Todo regulador actúa sobre fuerzas superiores a él, estabilizándolas y haciéndolas actuar útil y armónicamente. El termostato de una caldera de calefacción hace que podamos obtener calor en condiciones controladas. Pues bien, la regulación económica actúa sobre la poderosísima fuerza del interés privado para mantenerlo dentro de ciertos límites en ciertos sectores estratégicos.

Lo mismo que los reguladores físicos abren o cierran válvulas e inician o finalizan procesos, la regulación sectorial utiliza derechos y deberes, incentivos y limitaciones, para obtener una dinámica determinada en los protagonistas del sector. Es importante destacar que esta dinámica ha de ser sostenible en el tiempo, que es el equivalente social de la estabilidad que aportan los reguladores físicos a los procesos a que se aplican.

LA REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

- Gestiona las enormes fuerzas del interés privado dentro de mercados singulares (*nacientes, con obligaciones de s.p., etc.*).
- Es un instrumento de acción social importante y peligroso en sectores estratégicos.
- Es especialmente útil para sustituir a la estatificación propia de la «era de las nacionalizaciones».

Hemos dicho que la regulación actúa sobre el interés privado. Ahora debemos añadir que la regulación para la competencia se produce en áreas económicas particulares que normalmente son mercados incipientes (antiguos monopolios liberalizados, p. ej.), sectores estratégicos (energía, telecomunicaciones...), y actividades en las que son consustanciales ciertas obligaciones de servicio público (transportes, abastecimientos domiciliarios...).

La regulación para la competencia es perfectamente aplicable a los antiguos sectores nacionalizados que hoy se están liberalizando en todo el mundo, sobre todo en el período de transición hacia el mercado. Pero no debemos olvidar que es un instrumento de acción social poderoso y peligroso, cuyos delicados mecanismos deben manejarse cuidadosamente. En todos los reguladores, físicos o sociales, es muy importante el ajuste y la precisión de su funcionamiento).

REGULAR CON ORIENTACIÓN AL MERCADO LLEVA A

- Dar prioridad a la libre contratación de las partes y al Derecho mercantil.
- Aceptar las libertades de entrada, salida e iniciativa en el mercado.
- Regular sólo ante fallos del mercado u objetivos inalcanzables por él.
- Considerar la regulación excepcional.
- Confiarla a entes políticamente neutrales.

Si aceptamos lealmente que la regulación para la competencia tiene que apoyar, sostener y afianzar el mercado como objetivo esencial, tenemos que aceptar también que tiene que dar prioridad a las relaciones mercantiles sobre las administrativas, a la libre contratación sobre las imposiciones y restricciones, o a la iniciativa empresarial sobre el dirigismo político.

Toda regulación, también la que aquí interesa, debe considerarse excepcional, y como tal ser tratada. Si hay mercado, tiene que haber libertad de entrada, salida e iniciativa de los operadores que en él deseen actuar. La regulación para la competencia sólo aparece ante fallos del mercado (estrangulamientos, concentración de recursos escasos en una sola mano, etc.) u objetivos que el mercado por sí solo no alcanzaría (servicio universal).

Un caso particular es el de la regulación de los sectores basados en infraestructuras en red (telecomunicaciones, electricidad, gas...): la competencia entre los servicios que circulan por las redes, la interconexión de redes de distinta titularidad, y la competencia entre ellas requieren regulación para funcionar fluidamente; a pesar de ello, las limitaciones que la regulación puede imponer siguen siendo excepcionales y la libertad de contratación, prioritaria.

A TODO ELLO SE OPONE:

- La consideración de los servicios públicos como actividad reservada al Estado.
- Todas las formas de «publicatio» genéricas.
- El intervencionismo y dirigismo administrativos (burocracia, tecnocracia).
- La planificación económica vinculante.
- La ampliación excesiva del sector público.

Conviene recordar que la regulación para la competencia es un técnica opuesta a otras, a las que muchas veces sustituye. Estas son todas aquellas que generan sectores nacionalizados o estatalizados, los servicios públicos entendidos como monopolios legales, las reservas de actividades al Estado, las declaraciones genéricas de titularidad estatal de una actividad y otras del mismo corte.

Al propio tiempo, la competencia y el mercado que persigue activamente este tipo de regulación, la hacen incompatible con todo tipo de dirigismo, intervencionismo y planificación sectorial vinculante, así como con la expansión desmedida del sector público en el sector de que se trate. Por eso acompaña normalmente a medidas liberalizadoras y privatizadoras.

HOY CORREN VIENTOS DE PRIVATIZACIÓN Y LIBERALIZACIÓN

- La regulación para la competencia es necesaria en los sectores estratégicos liberalizados.
- Su espíritu debe ser plenamente asumido por todos:
 - *Estado, inversores, operadores y usuarios.*
 - *Políticos, empresarios, funcionarios, sindicalistas, formadores de opinión...*

La oleada de privatizaciones y liberalización que está recorriendo el mundo y afectando a la práctica totalidad de los monopolios constituidos en su día sobre sectores estratégicos, no es una moda caprichosa o una corriente pasajera. Es el resultado natural de la globalización de la economía y del fracaso de las opciones estatizadoras y totalitarias (identificable con la caída del muro de Berlín de 1989).

La regulación para la competencia tiene mucho que aportar a este proceso. Es esencial en la transición del monopolio a la pluralidad de oferta y al mercado; es esencial a la gestión de las redes del antiguo monopolista; es esencial, en fin, a la solución a los múltiples problemas de estos mercados emergentes «desde dentro». Para su actuación eficaz es esencial que todos, los protagonistas públicos y los privados, los inversores, los operadores, los usuarios, e incluso los comentaristas y formadores de opinión, conozcan bien su funcionamiento y acepten sin reticencias sus postulados.

SI ASÍ SE HACE, ES POSIBLE:

- Superar los miedos y desconfianzas de los mercados emergentes.
- Suavizar la transición.
- Incorporar fines sociales sin distorsionar el mercado (*Servicio universal, misión, garantía y cargas de servicio público, etc.*).
- Adaptar a la competencia las peculiaridades de cada sector (*ej.: infraestructuras en red*).

La regulación de mercados emergentes idealmente debería estar preconfigurada antes de la ruptura del monopolio, de forma que todos los aspirantes a entrar en el nuevo mercado (en muchos casos, inversores extranjeros) tuvieran seguridad sobre la posición jurídica en la cual les corresponderá competir. En la práctica esto muchas veces no sucede, y la regulación se aprueba «sobre la marcha». Tal conducta es un error porque una adecuada regulación, disipa temores, hace aceptables

los cambios, incorpora pacíficamente cargas de servicio público, que se reparten con equidad, etc.

Aunque la regulación para la competencia tiene una serie de principios comunes, es lo cierto que se trata de regulación sectorial, y, como tal, está muy apegada al sector al que se aplica. Esto representa, al mismo tiempo una ventaja (atiende problemas específicos) y una desventaja (es difícil desprenderse de los intereses concretos afectados por las regulaciones), pero es la única forma de viabilizar y equilibrar la competencia en el sector.

En principio, la regulación deberá suavizarse y/o suprimirse a medida que la competencia y el mercado se consoliden. Esto convierte a la regulación para la competencia en un proceso dinámico, que, como hemos dicho, es de difícil y delicado manejo; pero los beneficios que puede aportar son muy grandes.

... Y ENTRAR A DISCUTIR DE TÉCNICA REGULATORIA

- Agencias regulatorias independientes.
- Seguridad jurídica para operadores, inversores y usuarios.
- Neutralidad competitiva de las cargas de servicio público y, en general, de la regulación.
- Transparencia, objetividad y no discriminación como principios básicos, etc.

En esta presentación no hay tiempo de hablar de técnica regulatoria ni de sectores concretos, lo cual será objeto de otras intervenciones. Mi personal posición al respecto está recogida en distintos artículos (sobre todo los publicados en la RE-DETI) y libros (sobre todo en *El nuevo servicio público* publicado conjuntamente con Ariño y Martínez López-Muñiz), a los que me remito. Tan sólo quiero recordar, para finalizar, que la regulación para la competencia necesita: *a)* un regulador que sea auténticamente independiente; *b)* aportar, sobre todo, seguridad jurídica al sector, limitando la discrecionalidad del regulador y los poderes excepcionales de la Administración; *c)* ser fiel al principio de neutralidad competitiva, confiando auténticamente en el mercado para la atribución de recursos y el desarrollo del sector; en especial, todas las cargas de servicio público deben ser equitativamente repartidas; y *d)* la transparencia de la actuación del regulador y de las empresas con estatutos jurídicos singularizados, la objetividad y no discriminación en la atribución de derechos y obligaciones, o la garantía de los derechos de acceso, interconexión cuando sea necesario, y demás que afectan a las redes sobre las que se apoyan la mayoría de los sectores estratégicos, son principios básicos de una buena regulación –sectorial– para la competencia y el mercado en sectores de elevada trascendencia social.