

## **CAPITULO OCTAVO**

### **TECNICAS DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN (I): VISION DE CONJUNTO, DESREGULACIÓN Y NEOREGULACION**

#### **I. VISION DE CONJUNTO: DE PROGRAMAS COYUNTURALES A POLITICAS GLOBALES**

1. Etapa de programas coyunturales
2. Etapa de políticas globales
3. Hacia una redefinición del papel del Estado en la economía
4. La liberalización de los servicios económicos: nuevo juego, nuevas reglas, nuevos jugadores

#### **II. DESREGULACIÓN**

1. Definición
2. Análisis jurídico
3. Análisis económico
4. Incidencia de la desregulación
5. Desregulación y principio de menor intervención

#### **III. NEO-REGULACIÓN: LA CREACIÓN DE UN NUEVO ENTORNO INSTITUCIONAL PARA LA COMPETENCIA**

1. Fundamento de la neo-regulación
  - A) Sentido
  - B) Requisitos para abordar la neo-regulación
  - C) Objetivos
  - D) Instrumentos de la neo-regulación
2. Separación de actividades y distinción de régimen jurídico
  - A) La separación de actividades
  - B) Régimen jurídico de las actividades competitivas
    - a) Libertad de entrada al mercado y libertad de inversión
    - b) Libre acceso a las infraestructuras
    - c) Libertad de contratación y formación competitiva de precios
  - C) Régimen jurídico de las actividades no competitivas
    - a) Gestión separada
    - b) Sumisión de las redes a un estatuto jurídico objetivo
    - c) Separación de propiedad y uso de la red
    - d) Abolición de derechos de exclusiva
    - e) Regulación económica e incentivos de eficacia
    - f) Imposición de obligaciones de servicio público
3. Organización de mercados y regulación de instituciones para facilitar la coordinación
  - A) Los "problemas de información y coordinación"
  - B) Regulación de mercados, instituciones y mecanismos de coordinación: fluidez y seguridad jurídica

En el anterior capítulo expusimos los principales aspectos de una visión "estática" de la liberalización económica. Ahora, abordamos una visión "dinámica": el proceso de liberalización; cómo pasar de un modelo antiguo a otro modelo nuevo: qué técnicas permiten efectuar los cambios e intentar conseguir los fines perseguidos. Vamos a abordar en este capítulo y en el siguiente las siguientes cuestiones: la visión de conjunto del proceso o de la política de liberalización; sobre qué ámbitos se proyecta la regulación y en cuáles opera la desregulación; el fundamento y el contenido de la nueva regulación; la necesidad de los procesos de privatización; los problemas de introducir y desarrollar la competencia; y, finalmente, el proceso de transición.

## **I. VISION DE CONJUNTO: DE PROGRAMAS COYUNTURALES A POLITICAS GLOBALES.**

Los "programas de desintervención" del Estado en la economía mediante la reforma de estructuras económicas comienzan a desarrollarse a finales de los años setenta y se generalizan durante las décadas de los ochenta y de los noventa, encontrando su motivación entre la promoción de la eficiencia y el apriorismo ideológico<sup>1</sup>. No es por ello de extrañar que todavía no exista suficiente consenso, ni una teoría o dogmatización generalizadas sobre el contenido y alcance de las técnicas de privatización, desregulación, neoregulación, etc. Cento VELJANOVSKI (1997) ha observado con acierto que la privatización ha sido un "proceso político evolutivo", que ha ido definiendo progresivamente sus objetivos. La experiencia de éxitos y fracasos, obtenida en la aplicación de los programas diseñados por los Gobiernos, ha permitido detectar las implicaciones entre las diferentes técnicas, sus consecuencias y sus eventuales contradicciones.

Todavía en un nivel de aproximación y de búsqueda de explicaciones sistemáticas, que permitan la fundamentación de las ulteriores apreciaciones y distinciones teóricas, podrían distinguirse dos grandes fases en el diseño y ejecución de los programas de desintervención.

### **1. Etapa de programas coyunturales.**

En la primera fase, aparecen programas aislados y coyunturales de privatización y desregulación. En Europa predominan los programas de privatización de Empresas públicas; mientras que en Estados Unidos la privatizaciones son lógicamente

---

<sup>1</sup> COSTAS y BEL (1995).

excepcionales (i.e. CONRAIL), generalizándose los programas de desregulación. Dentro de esta primera fase, las privatizaciones iniciales afectan bien a la venta de paquetes parciales de acciones o bien a empresas que operan en mercados competitivos, lo cual no plantea ni problemas de regulación, ni de estructura.

En el Reino Unido se da un paso más y entre los años 1983 y 1987 se aborda la privatización de empresas de servicios públicos, que operan sobre monopolios naturales y sobre industrias con tecnología de redes: es el caso importante y significativo de British Telecom y de British Gas. Aunque estas privatizaciones se acompañan con la aprobación de nuevas leyes sectoriales y de una cierta desregulación, priman los objetivos de obtención de recursos financieros para el Tesoro Público. Sin embargo, la experiencia obtenida con el funcionamiento de los nuevos modelos de regulación pone de manifiesto que la privatización de industrias con dominio sobre redes, acompañada del reconocimiento del derecho de acceso al mercado por otros operadores, hace que el antiguo monopolio público pase a ser privado, resultando extraordinariamente difícil, si no imposible, la entrada al sector de nuevos competidores y, por lo tanto, el desarrollo de la competencia y de mercados.

## **2. Etapa de políticas globales.**

Esta experiencia aboca a una segunda fase, iniciada en el Reino Unido a comienzos de los noventa y cuyo ejemplo más significativo es el sector eléctrico, en la que las medidas de privatización y desregulación se acompañan de una nueva regulación orientada a desactivar los monopolios y a crear nuevos mercados, apoyados en el desarrollo progresivo de la competencia. La pieza clave de esta nueva regulación consiste en separar la gestión de las redes -monopolio- facilitando el acceso a las mismas de nuevos operadores. En esta segunda fase, el objetivo financiero de los programas de privatización podría decirse que queda relegado frente al objetivo, ahora prioritario, de fomentar la eficiencia económica a través de la libre competencia.

En la primera etapa, los programas de desintervención -privatizaciones totales o parciales, desregulación, etc.- pueden ser inconexos y no tener relaciones de coherencia entre unos y otros, pudiendo incluso presentar contradicciones, por ejemplo, al aumentar la posición de dominio de una empresa total o parcialmente privatizada, con la consiguiente reducción de la competencia o no aumento o desarrollo de la misma; con la adicional pérdida de legitimidad en cuanto a que el monopolio, además de subsistir, deje de ser público -eventual utilidad o funcionalidad social- y pase a ser privado.

Estas contradicciones y disfunciones se ponen de manifiesto y son claramente criticadas. MARTIN MATEO (1988) ya indica que "sólo estrategias de conjunto pueden garantizar el logro de los resultados perseguidos: libre competencia y progreso en la eficiencia económica. Tal sucede con la desnacionalización de empresas previamente detentadoras de monopolio, si no se elimina éste lo único que sucederá es que el control habrá cambiado de mano, pero la emulación competitiva seguirá sin aparecer, lo que se reprocha precisamente a desnacionalizaciones como la de British Telecom o la de los ferrocarriles japoneses"<sup>2</sup>.

Como acertadamente observó MARTIN MATEO, la evolución de la segunda etapa de los programas de desintervención consigue definir un fin claro: la promoción de la eficiencia económica a través del desarrollo de la competencia.

Esta finalidad va imponiendo que se respete una coherencia entre las técnicas aplicadas en el seno de estrategias de conjunto o de políticas globales de liberalización de un determinado sector; llegándose a la conclusión de que las políticas de desintervención han de aplicarse coordinadamente y de que las privatizaciones no tienen sentido sin la liberalización y la desregulación<sup>3</sup>. Es más, la insuficiencia de las políticas iniciales de privatización y desregulación, para conseguir el fin del desarrollo de mercados en competencia, exige diseñar dos nuevas políticas que aparecen en los programas de los años noventa: la *nueva regulación o neo-regulación*, que separa las actividades competitivas de las no competitivas y las somete a diferentes regímenes jurídicos<sup>4</sup>; y la necesidad de una *estructura empresarial competitiva*, que haga operativa y no meramente teórica la aparición en el mercado de competidores, que impondrán presiones e incentivos sobre las condiciones de calidad y precio de los productos y servicios<sup>5</sup>.

### **3. Hacia una redefinición del papel del Estado en la economía.**

El cuadro de los programas de desintervención no quedaría completo sin un factor trascendental como es el proceso de la Unión Económica y Monetaria Europea, que arranca del Tratado de Maastricht de 1992 y que refuerza los programas de reformas estructurales o de desintervención con los programas de convergencia económica entre los países que aspiran a cumplir los requisitos para formar parte de la Unión Monetaria y para permanecer en ella (pacto de estabilidad). De hecho, los programas de convergencia no

---

<sup>2</sup> R. MARTIN MATEO (1988:39).

<sup>3</sup> SERNA BILBAO (1995), ROGENKAMP (1997), BECKER (1997), FERNANDEZ CUESTA (1997).

<sup>4</sup> ARIÑO (1993, 1997), SERNA BILBAO (1995).

<sup>5</sup> FERNANDEZ ORDOÑEZ, (1996,1997) ha puesto un especial énfasis en esta cuestión.

dejan de constituir en buena medida una cierta reforma estructural del sector público, centrada o iniciada en torno a la disciplina presupuestaria y al compromiso con la estabilidad económica.

La progresiva integración de las diferentes políticas sectoriales en un marco de objetivos comunes y de medios coherentes e interdependientes ha permitido formalizar una auténtica redefinición del papel de Estado en la economía, de la que nos ocupamos en el Capítulo Segundo.

Josep PIQUE (1997) ha hecho un esfuerzo de síntesis didáctica respecto de los principales ejes que podrían redefinir el papel del Estado en la economía:

1. En primer lugar, el Estado debe coadyuvar a que exista un marco económico adecuado: la principal función del Estado consistiría en asegurar un marco de estabilidad y predictibilidad que permita el desarrollo de la iniciativa privada. Lejos de lo que se pensaba hasta hace poco tiempo, hoy, casi todos aceptamos que a largo plazo no existe una compensación entre mayor déficit e inflación por un lado y mayor crecimiento y empleo por otro. La experiencia demuestra que la estabilidad macroeconómica es la mejor forma de crecer a medio-largo plazo.
2. En segundo lugar, en este marco de estabilidad y predictibilidad en el que la iniciativa corresponde al sector privado, el Estado ha de reservarse para sí un papel subsidiario con un objetivo específico: "igualar oportunidades".
  - A) A nivel individual, esto significa apostar por políticas como la sanidad y la educación, que equilibran oportunidades de prosperar, y no tanto por la igualación directa de rentas.
  - B) A nivel colectivo, esto significa apostar por una adecuada regulación de los mercados de forma que se asegure el equilibrio de fuerzas, la transparencia, la supresión de posiciones de dominio, la eliminación de barreras de entrada, etc. Para conseguirlo el Estado dispone de tres instrumentos:
    - a) La liberalización es el mecanismo para dar oportunidades a todos los agentes (consumidores y productores; y, dentro del colectivo de los productores, no sólo a los ya instalados).
    - b) En segundo lugar, el Estado ha de asegurarse que, en su papel de árbitro, no es simultáneamente juez y parte. Ello lleva necesariamente (y entre otras razones) a la política de privatizaciones. "Entre otras razones", porque las privatizaciones son, al mismo tiempo, el mecanismo necesario para fortalecer los proyectos empresariales que actualmente dirige el sector público; y ello es así dadas las limitaciones presupuestarias a las

que se ve sometido actualmente este accionista, a las limitaciones impuestas por la UE en lo referente a ampliaciones de capital, e incluso, al conflicto de objetivos que experimenta toda empresa pública cuando no coinciden los intereses políticos con los estrictamente empresariales.

- c) Por último, el Estado puede actuar como instrumento de apoyo en ámbitos puntuales que se caractericen por la existencia de externalidades, es decir, de casos en los que la iniciativa privada no daría resultados óptimos: En este sentido, y en relación con la política industrial, el campo más importante de actuación es el de I+D.

#### **4. La liberalización de los servicios económicos: nuevo juego, nuevas reglas, nuevos jugadores.**

Acudiendo a una metáfora que puede resultar útil, la redefinición del papel del Estado y la liberalización de la economía supone cambiar: las reglas del juego, el propio juego y los jugadores. En concreto, respecto de los servicios públicos económicos (energía, transportes, telecomunicaciones), hasta ahora gestionados en régimen de monopolio:

- *Cambia sustancialmente el juego económico:* ya no se trata de que el Estado planifique las necesidades de los consumidores y usuarios, encargando a las empresas que gestionen los servicios a cambio de garantizarles la recuperación de sus costes y un beneficio razonable. El Estado renuncia a suplantar el mercado por el sustitutivo de la regulación económica y traslada a las empresas la libertad, la responsabilidad y el riesgo de satisfacer las necesidades de los consumidores en el marco de un nuevo mercado, que cambia el propio juego, al introducir la competencia.
- Para conseguir que aparezca un auténtico mercado en competencia es preciso *cambiar las reglas del juego:* primero, suprimiendo aquellas normas que otorgaban al Estado la adopción de decisiones económicas (**desregulación económica**) que ahora se confían a la libertad profesional y empresarial; y, segundo, elaborando nuevas normas que garanticen la igualdad de los operadores, la libertad de entrada al mercado y la libre competencia (*neo-regulación*).
- El nuevo juego también exige *nuevos jugadores:* el Estado se retira de su condición de empresario (*privatización*), para no ser juez y parte; y, a la vez, es necesario que exista un número suficiente de empresas (*estructura empresarial competitiva*), evitando que alguna controle en exclusiva recursos esenciales, y

permitiendo la entrada de nuevos operadores que desarrollen el proceso de rivalidad competitiva (*defensa de la competencia*).

Estas son las coordenadas que van a guiar la exposición que se realiza a continuación y que se apoya en la lógica que se acaba de exponer: primero abordar el cambio en las reglas del juego (regulación, desregulación, neo-regulación) y, después, el cambio de los jugadores (privatización, estructura competitiva).

## **II. DESREGULACION.**

A finales de los años setenta confluyen una serie de factores que van a provocar un auténtico cambio de paradigma en la ciencia económica y, como consecuencia, en la política económica y en sus instrumentos de intervención, en este caso, la regulación. Del paradigma de la confianza en el acierto de las autoridades políticas y administrativas para limitar la propiedad y la libertad de empresa al servicio de los intereses públicos; se va a evolucionar a una confianza progresiva en la libre competencia, como un medio más eficaz que la intervención pública para obtener una mayor eficiencia económica que beneficia a toda la comunidad, a través de la funcionalidad social y económica de los derechos de propiedad y de la libertad de empresa. Los factores que confluyen para determinar este cambio ya los hemos expuesto en los Capítulos anteriores: nuevas concepciones sobre la posición y funciones de los gobiernos y de los mercados, y principio de subsidiariedad en el plano político; en el plano económico: las aportaciones de las Escuelas Austriaca, de Friburgo, de Chicago y de la Elección Pública, junto al proceso del Mercado Interior Europeo<sup>6</sup>.

Dentro del proceso de cambio, la desregulación, más que un proceso de supresión de normas, consiste en un proceso de adaptación del sistema normativo a las nuevas circunstancias en atención a los nuevos fines propuestos. La desregulación, en palabras de José Eugenio SORIANO (1993:12), "no equivale en modo alguno a supresión de normas. No se trata de provocar la pura anomia. Se trata más bien de examinar qué tipo de normas regulaban el sector y sustituirlas por otras diferentes. Libertad y autoridad sabiamente mezcladas".

---

<sup>6</sup> Vid. la síntesis expuesta por VELARDE (1996) sobre la sustitución del paradigma Keynesiano en la política económica por las propuestas de estas escuelas.

## 1. Definición.

En el Congreso organizado por la F.I.D.E. en 1994<sup>7</sup> fue generalmente aceptada la siguiente definición: "La desregulación es el proceso por el cual las actividades económicas previamente sometidas a una normativa estatal son liberadas de forma total o parcial de esta normativa estatal y son sometidas a otro tipo de normativa menos restrictiva". Esta definición omite la finalidad del proceso. Como señala Nieves DE LA SERNA (1995: 42), "se trata fundamentalmente de eliminar las barreras y frenos que protegen ciertas actividades. De esta forma, se pretende introducir la competencia dentro del ámbito económico". Para Alvaro CUERVO (1997: 103) el objetivo principal de la desregulación debe ser introducir la competencia. Desde la perspectiva del Mercado Interior Europeo, DAL y DEFALQUE (1997: 71) indican que la desregulación, que tiene lugar bajo la presión de las instituciones comunitarias, conduce al paso de las empresas públicas a la economía de mercado y las somete automáticamente al juego de la competencia. CASES PALLARES (1995: 33) recoge una acertada cita de AMATO, quien ha advertido "cómo la idea que subyace bajo el término desregulación es multifronte: la primera es el redescubrimiento del mercado; la segunda es la exigencia de una mayor responsabilidad de cada uno en relación con las propias necesidades y con respecto a la esfera *lato sensu* social, que hasta ahora ha sido excesivamente dejada en manos de las instituciones y mecanismos de protección; y la tercera es la voluntad de dejar menos espacio a la burocracia en nuestra vida". En un sentido similar, Xavier PHILIPPE (1990: 27) indica que la desregulación tiene por finalidad reducir el papel intervencionista del Estado, afirmando la preponderancia del mercado económico sobre el "mercado político": se trata de redefinir el estatuto del ciudadano, de la empresa y de reencuadrar el sistema político alrededor de la economía.

MARTÍN MATEO (1988: 70-71) advierte un perfil importante de la desregulación como es la supresión de privilegios: las medidas desreguladoras lo que hacen en realidad es establecer un orden nuevo, eliminando una normativa previa, implantada por obra de la influencia de grupos de presión que habían conseguido crear parajes protegidos al socaire del riesgo competitivo, evitando la entrada de nuevos operadores. La desregulación erradica a veces situaciones de privilegio amparadas por el Estado, instaurando mecanismos de garantía de la competencia y evitando abusos que pueden producirse desde situaciones de dominio.

---

<sup>7</sup> XVI Congreso, Roma 1994.



## 2. Análisis jurídico.

Jurídicamente, la desregulación exige examinar si el contenido de una intervención pública en la economía se adapta a las circunstancias actuales y resulta adecuada al fin que se persigue. En la órbita del Derecho Administrativo este método de análisis debe ser constante si se tiene en cuenta que este Derecho tiene un fuerte contenido histórico, frente a lo que ocurre en el Derecho Civil y en el Penal, muchas de cuyas normas son intemporales, por puro sentido común o por la naturaleza de las cosas (el que compra una cosa está obligado a pagar el precio, el asesinato siempre será delito). La historicidad del Derecho Administrativo y especialmente del Económico provoca el desfase entre las normas jurídicas y la realidad socio-económica que regulan: la lentitud con que tiende a evolucionar el conocimiento jurídico y las reformas normativas y la propia inercia de las construcciones recibidas hace que el Derecho Administrativo Económico existente en cada momento pueda corresponder en buena medida a una situación histórica superada. De ahí, que la desregulación y especialmente la neo-regulación puedan entenderse como la exigencia de convertir los nuevos principios políticos y económicos en técnicas administrativas concretas<sup>8</sup>.

El método de la desregulación se inserta en el análisis jurídico del principio de proporcionalidad y del elemento causal de los reglamentos administrativos (y de las leyes): partiendo de unas circunstancias determinadas y teniendo en cuenta los intereses afectados (proporcionalidad como equilibrio entre intereses), evaluar si el contenido de la intervención pública en cuanto medio es necesario, adecuado o razonable para conseguir el fin perseguido, si ese fin sigue resultando necesario (proporcionalidad de medios a fines). En esta evaluación el "análisis costes-beneficios" resulta de especial utilidad<sup>9</sup>.

Aunque la desregulación suele considerarse como un proceso de revisión, adaptación o supresión de normas llevado a cabo por el legislador o por la Administración; en su vertiente negativa de supresión de normas, la desregulación puede llevarse a cabo por los Tribunales cuando la norma enjuiciada no logre superar el test de proporcionalidad<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Hemos recurrido a las categorías metodológicas sobre la historicidad del Derecho Administrativo de SANTAMARIA PASTOR (1988: 62, 69, 171).

<sup>9</sup> Vid. Ginés DE RUS (2001), que aborda tanto las cuestiones básicas como el análisis coste-beneficio de la privatización de servicios públicos, de la inversión en infraestructuras y de su construcción y operación privada.

<sup>10</sup> Vid. el estudio de Derecho Comparado de Xavier PHILIPPE (1990: 26 ss).

### **3. Análisis económico.**

Como ya hemos visto, la finalidad de la desregulación es promover la competencia. Aquí nos encontramos con un nuevo paradigma que ha alcanzado un consenso del que hasta ahora no había disfrutado.

HAYEK (1953) observó que ningún economista había defendido nunca el abstencionismo absoluto del Estado sobre la vida económica, pues siempre se había considerado que el funcionamiento de una economía "libre" presupone y exige determinadas actividades del Estado. Sin embargo, los teóricos del liberalismo económico clásico no dejaron ninguna distinción satisfactoria entre aquellas actividades estatales postuladas o por lo menos compatibles con una economía libre y aquellas otras intervenciones "incompatibles" con la misma. Esta carencia de un principio claro ha tenido consecuencias crueles. Fue por tanto un hecho muy importante, en opinión de HAYEK, que Walter EUCKEN y su Escuela de Friburgo pusieran como piedra angular de un programa neoliberal el empleo consciente de la competencia como principio ordenador de la Economía, y consideraran como tarea de la política económica la creación de unas condiciones en las cuales la competencia pudiese actuar lo más favorable y libremente posible. Este programa adquiere plena actualidad en los procesos de desregulación en tanto que supresión de trabas a la libre competencia.

También interesa subrayar, especialmente desde el plano jurídico, que en ese mismo estudio HAYEK equipara las intervenciones conformes con la economía libre con el Estado de Derecho y la soberanía de la ley, en el sentido de que las intervenciones compatibles con la libre competencia deben ser leyes fijas, generales y abstractas, que permitan que la incertidumbre realmente evitable se reduzca al mínimo, y excluyendo la "intervención", en cuanto ordenes o prohibiciones especiales a personas o empresas determinadas que según su naturaleza son imprevisibles. En buena medida la desregulación opera sobre estas intervenciones singulares. Así lo ha puesto de manifiesto Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDOÑEZ (1996), al indicar que desregular supone acabar con los privilegios, con las leyes privadas<sup>11</sup>.

### **4. Incidencia de la desregulación.**

Los análisis precedentes permiten llegar a la conclusión de que la desregulación no incide sobre la regulación civil, que, por el contrario, deberá desarrollarse ante la retirada del intervencionismo administrativo: facilitando instituciones predominantemente

---

<sup>11</sup> En igual sentido citábamos anteriormente a MARTÍN MATEO.

dispositivas de organización y negociación que permitan a la iniciativa y a la colaboración social cumplir fines económicos que anteriormente cumplía el Estado. Tampoco incide la desregulación sobre la regulación administrativa que persigue la protección de intereses públicos: seguridad, salubridad, protección del consumidor, protección del medio ambiente; continuidad, calidad, universalidad de los servicios públicos, etc. Más bien, parece que esta regulación debe perfeccionarse y desarrollarse. Insistimos en que la desregulación no significa suprimir la presencia del gobierno, ni abandonar los objetivos sociales de interés público o de los servicios esenciales de la comunidad, que se sigue manteniendo e incluso reforzando<sup>12</sup>.

Las áreas principales de incidencia de la desregulación son los obstáculos y trabas a la competencia que se encuentran en la regulación económica y en la regulación burocrática. Por lo que respecta a la primera, la desregulación, en su sentido más incisivo de supresión de normas, afecta a: las barreras de entrada y de salida de los mercados; la planificación económica vinculante por parte del Estado; fijación administrativa de precios; limitación o prohibición de la contratación, de la autonomía de la voluntad y de acuerdos en el mercado; imposición de estructuras de organización empresarial o industrial; cautividad de los consumidores o usuarios respecto de proveedores de productos o servicios -abolición de los derechos de exclusiva y de los monopolios, etc.-<sup>13</sup>.

Por lo que respecta a la regulación burocrática resulta urgente e imprescindible analizar si las técnicas vigentes de la regulación administrativa son las más adecuadas por comparación a otras técnicas posibles y si realmente resultan necesarias. Por poner un ejemplo significativo, la frecuentísima técnica del sometimiento a autorización opera como una auténtica prohibición que, de hecho, impide o al menos retrasa el ejercicio de numerosas actividades. Cabe plantearse si le mera exigencia de comunicación, o de inscripción en un registro con el correspondiente reforzamiento de las potestades de vigilancia, control y sanción no permite una mayor libertad y dinamismo y, a la vez, una mayor eficacia y eficiencia en el ejercicio de las potestades administrativas<sup>14</sup>.

## **5. Desregulación y principio de menor intervención.**

Desde un punto de vista prospectivo o de política reguladora, el proceso de desregulación se orienta a buscar la mayor compatibilidad entre las intervenciones del Estado en la economía y la libre competencia. Una vez que se detecta una situación en los

---

<sup>12</sup> Vid. En este sentido el importante estudio de VOGEL (1996).

<sup>13</sup> Vid. Benigno BLANCO (1996), OCDE (1997), Banco Mundial (1997).

<sup>14</sup> Este es el planteamiento predominante de la Directiva sobre títulos habilitantes para acceder a los sectores de Telecomunicaciones.

procesos de mercado que requiere ser corregida, debe seguirse un orden lógico y coherente con el principio de proporcionalidad, esto es: 1) Analizar si la situación es susceptible de remedio mediante las técnicas puras del Derecho privado (autonomía de la voluntad); en su defecto mediante la autorregulación y, a falta de esta, mediante la regulación civil de instituciones de organización o negociación, que permitan obtener el fin perseguido. 2) En caso de que el Derecho privado no resulte idóneo, buscar técnicas de regulación administrativa; eligiendo aquella que desde un punto de vista burocrático imponga menores cargas y trabas sobre las actividades reguladas. 3) Sólo en el caso de que no sea posible remediar la situación a través de las técnicas anteriores, podría acudir a la regulación económica, prefiriendo las regulaciones de conducta a las de estructura<sup>15</sup>.

### **III. NEO-REGULACIÓN: LA CREACIÓN DE UN NUEVO ENTORNO INSTITUCIONAL PARA LA COMPETENCIA**

La definición de nuevos fines a perseguir por la política económica exige nuevos instrumentos de técnica jurídica. No es suficiente la supresión de técnicas o su adaptación a los nuevos fines (desregulación): resulta imprescindible definir y facilitar nuevas instituciones y técnicas jurídicas, que hagan posible la transformación de los modelos industriales de los servicios con tecnología de red para que dejen de ser monopolios y queden abiertos efectivamente a la competencia. A veces se emplea para este proceso el término "re-regulación", pero nos parece más correcto el término "neo-regulación": no se trata de volver a regular algo; sino de regular de nuevo un sector, partiendo de fundamentos conceptuales, de técnicas instrumentales y de fines completamente distintos a los existentes en la regulación anterior.

Seguidamente analizamos el fundamento de la neo-regulación **(1)** y sus principales técnicas: la separación de actividades competitivas y no competitivas **(2)** y la creación de mercados organizados **(3)**.

#### **1. Fundamento de la neo-regulación.**

Acabamos de indicar que la neo-regulación constituye uno de los instrumentos fundamentales de la liberalización, que consiste en establecer de nuevo el régimen jurídico de un servicio público económico, partiendo de fundamentos conceptuales, de técnicas instrumentales y de fines distintos a los existentes en la regulación anterior. En cuanto a los fundamentos conceptuales, la confianza en la dirección pública del sector se sustituye por

---

<sup>15</sup> Cfr. OGUS (1994), ARGANDOÑA (1990).

la confianza en las libertades y en el mercado; en cuanto a las técnicas instrumentales, el predominio de la regulación económica desaparece y, en su lugar, se persigue el equilibrio entre intereses a través del recurso a las técnicas del Derecho privado y de la regulación administrativa; y en cuanto a los fines, ya no se trata solamente de garantizar la seguridad de los abastecimientos y prestaciones mediante la dirección pública, sino de promover la competencia, garantizando al mismo tiempo fines sociales como la continuidad y calidad de los servicios y la protección del medio ambiente.

#### A) Sentido.

MARTÍN MATEO (1988:70) sintetizó así el sentido de la nueva regulación: "contra lo que puede ingenuamente suponerse, la reestructuración normativa que venimos considerando no supone pura y simplemente la desaparición del Derecho, sino la sustitución de unas normas por otras, bien que ajustándose las reglas de juego en el sentido de clarificar el funcionamiento del mercado y de facilitar la concurrencia o simplemente organizándose mercados que combinan los intereses públicos y los privados".

Gaspar ARIÑO (1993) desarrolla el sentido y manifestaciones de la nueva regulación al servicio del mercado:

- a) Para que un orden económico no sea intervencionista, la regulación económica ha de ser básicamente *conforme al mercado*, es decir, una regulación pensada para favorecer el funcionamiento de los mercados, y no para alcanzar objetivos políticos. Esto es lo contrario de la regulación intervencionista, que al eliminar totalmente la dinámica del mercado, supone de hecho una "nacionalización encubierta". En este sentido es necesaria la *desregulación de algunos sectores considerados estratégicos*, como el sector eléctrico o las telecomunicaciones. No quiere decirse con ello que hay que suprimir la regulación -cosa imposible-, sino que hay que reformularla, cambiando su sentido.
- b) La tendencia a la provisión de *servicios públicos en régimen de competencia* exige la regulación de los sectores privatizados, con objeto de asegurar la calidad del servicio, proteger al usuario y defender la competencia. No irá mal recordar aquí, en medio de esta fiebre privatizadora que se extiende por todo el mundo, que la privatización no es tampoco una panacea -un monopolio privado puede ser tan ineficiente como un monopolio público- y que el único garante de la

eficiencia económica es la competencia, acompañada por la dosis adecuada de regulación<sup>16</sup>.

Más adelante, ARIÑO desarrolla estos principios: en los últimos años se han producido algunos signos claros de evolución del tradicional modelo hacia otros menos intervencionistas, más liberales y menos orientados hacia el control estatal. En una serie de sectores como la energía eléctrica, el gas, las telecomunicaciones, el correo, el transporte en sus diversas formas (incluido el ferroviario), la distribución de carburantes y otros, se han formulado en los EE.UU. y en Europa occidental algunas propuestas de revisión del modelo tradicional de regulación del servicio público. La clave del cambio está en esto: en abrir los servicios públicos a la competencia y a las leyes del mercado, disminuyendo la regulación, y sobre todo, cambiando el sentido de ésta.

En el sistema tradicional de regulación de los servicios, hasta la más pequeñas decisiones empresariales quedan condicionadas, determinadas o simplemente ordenadas por la Administración. El usuario o consumidor es un ciudadano cautivo por el monopolio y ello justifica su protección -y el control sobre las empresas- por parte de la Administración. Pues bien, *en la medida en que se rompa esa situación y se abra el servicio a la competencia en la oferta, desaparecen las causas legitimadoras de la intervención*. Ahora bien, ocurre que en estos campos la competencia no se produce de modo natural (al contrario, hay una tendencia natural al monopolio) y por tanto hay que promover o crear legalmente aquellas condiciones que permitan el surgimiento del mercado. El objetivo de la regulación es siempre el mismo: proteger a los ciudadanos usuarios (y a la sociedad en su conjunto) en el modo de realizar aquellas actividades -los servicios públicos- que resultan esenciales para la vida y el bienestar de todos. Pero en lugar de configurar un *status* legal de monopolio y aplicar a éste un férreo control, de lo que se trata es de promover la competencia allí donde esto sea posible -imponiendo para ello deberes de hacer a los operadores- y limitarse a proteger a los usuarios -seguridad, calidad, precio del servicio- allí donde éste mantenga las características de monopolio natural. Obviamente, la opción no es entre competencia perfecta y regulación perfecta. Ninguna de ellas es alcanzable, como la realidad ha demostrado. De lo que se trata es de obtener una adecuada combinación de ambas. No una regulación como sustitutivo del mercado, sino una regulación al servicio del mercado, una regulación promotora e incentivadora de la competencia<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Gaspar ARIÑO (1993:60).

<sup>17</sup> Ibidem (356-357).

Las consecuencias de régimen jurídico derivadas de este nuevo planteamiento son enormes. El despliegue de técnicas jurídico-públicas que permitía a la Administración la dirección económica de los servicios públicos (regulación económica: fijación de precios, condiciones de producción y prestación, barreras de entrada y de salida, etc.) desaparece. En su lugar, se articula el recurso prioritario a las técnicas del Derecho Privado para permitir el ejercicio de las libertades económicas y el desarrollo de la libre competencia; manteniendo la regulación administrativa (imposición de obligaciones a los operadores) para garantizar los principios tradicionales del régimen de los servicios públicos (continuidad, universalidad, adaptación, no discriminación...) y otros fines públicos como la seguridad y la protección del medio ambiente. La regulación económica solamente se mantiene sobre la gestión de las infraestructuras exclusivas, mientras no exista competencia.

El recurso prioritario a las técnicas del Derecho Privado está cargado de sentido. La base del crecimiento económico, de la reducción de la pobreza y del aumento de la calidad de vida está en el desarrollo del mercado y los fundamentos del desarrollo de los mercados se encuentran en un ordenamiento jurídico que reconozca y garantice los derechos de propiedad, la libertad de empresa y la libre contratación. Esta es la base institucional sobre la que descansan los mercados y, al igual que el aire que respiramos, son fundamentales para la vida económica diaria, aunque puedan pasar desapercibidos hasta que están ausentes. El reconocimiento eficaz de los derechos de propiedad en el campo de los servicios públicos económicos permitirá que éstos desarrollen y desplieguen su función social: la conservación de los recursos, la creación de riqueza y el fomento de la interdependencia entre los individuos, base de una mayor colaboración y solidaridad social<sup>18</sup>.

## **B) Requisitos para abordar la neo-regulación.**

COSTAS y BEL (1995 : 54) subrayan que el proceso de reforma regulatoria de la economía europea, y especialmente de los servicios públicos, no ha sido ni será fácil. Identifican tres elementos que facilitan la aplicación de esta reforma. En primer lugar, la existencia de un "estado de necesidad" provocado por el fracaso de las medidas tradicionales en la solución de un problema grave y persistente (mal funcionamiento del servicio, altos costes, etc.). En segundo lugar, una reelaboración teórica que demuestre la obsolescencia de la visión tradicional y que proponga nuevas soluciones; en la medida en que la nueva visión persuada a la autoridad política (y cale en la cultura social, añadimos

---

<sup>18</sup> Cfr. Banco Mundial (1997:52) y capítulo Tercero.

nosotros) y las nuevas soluciones se incorporen a la agenda política, la reelaboración teórica reformista se constituirá en un acicate para las reformas. Y, por último, la existencia de un liderazgo político suficiente con capacidad de persuasión sobre la sociedad permitirá la puesta en práctica de la agenda reformadora<sup>19</sup>.

La identificación de estos requisitos para abordar el proceso de neo-regulación nos parece oportuna para explicar el distinto ritmo de las reformas en cada país y cada sector (servicios públicos económicos y asistenciales); en función del "estado de necesidad", de la reelaboración teórica, de la cultura imperante sobre los servicios públicos y del grado de liderazgo político.

### **C) Objetivos.**

En línea con los objetivos del proceso de liberalización, la neo-regulación en cuanto técnica de ese proceso, debe coincidir en dichos objetivos. Insistimos en que la promoción de la libre competencia y del mercado no es el objetivo exclusivo; y que resulta ineludible garantizar los principios del servicio público y otros objetivos sociales como la cohesión social, la protección del medio ambiente, la seguridad, salubridad, etc.

### **D) Instrumentos de la neo-regulación.**

El instrumento típico de la neo-regulación que suele señalarse es la separación de actividades, como medio de efectuar la transición a la competencia. Según la OCDE (1997), la reforma se concreta en: a) Separar las actividades potencialmente competitivas de las redes y reducir el poder de mercado de los operadores; b) garantizar el acceso a las redes, en condiciones transparentes y no discriminatorias, para todos los que entren en el mercado; c) imponer límites de precios y otros mecanismos que faciliten garantías de eficiencia, mientras el control de precios sea necesario durante la transición a la competencia.

No suele repararse en una técnica de neo-regulación que resulta imprescindible para la liberalización de determinados sectores, cuyo ejemplo más claro es el eléctrico: *la organización institucional y la regulación de nuevos mercados*, que hagan posible y efectiva la contratación de los productos y servicios; sin la cual el mercado y la competencia quedarían reducidos a meras operaciones bilaterales, poco significativas para evolucionar hacia un modelo verdaderamente distinto de organización industrial.

---

<sup>19</sup> Vid. Capítulos Quinto y Sexto.



## 2. Separación de actividades y distinción de régimen jurídico.

### A) La separación de actividades.

Una pieza fundamental de la neo-regulación consiste en aislar el recurso esencial que confiere la posición de dominio sobre el mercado: las infraestructuras de red. Impidiendo su uso exclusivo y abriéndolas al acceso de cualquier operador se permite la apertura del sector a la competencia. La desintegración vertical de las distintas actividades o sectores del negocio ("unbundling") puede ser de propiedad (independencia del operador frente a cualquier otra empresa), jurídica (exigencia de separar las empresas-personas jurídicas que presten las actividades no competitivas), contable o funcional. En el sector eléctrico, la separación distingue las actividades de: generación, transporte, distribución y comercialización. La clave está en que el operador de las redes de transporte y del despacho central sea independiente y en que se garantice el acceso de todos los operadores a las redes de transporte y de distribución en condiciones objetivas y no discriminatorias. De esta forma, las actividades de generación y de comercialización -producir y vender- quedan abiertas a la competencia<sup>20</sup>.

FERNANDEZ-CUESTA (1997) recurre a una explicación plástica y didáctica: en el caso de los monopolios naturales, en los que el proveedor tiene que estar unido físicamente al cliente y la economía determina que sólo una instalación física de conexión es factible, *la esencia está en separar el negocio de transportar del negocio de vender*. Ser el propietario de la red de transporte no da derecho a monopolizar la venta del producto. Lo que se transporta a lo largo de los cables o de los tubos en el caso del gas o del petróleo puede pertenecer a cualquier operador del mercado. El propietario de las redes recibirá una compensación adecuada por la prestación de sus servicios de transporte y por permitir el acceso.

GASPAR ARIÑO (1997 : 27) indica que 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, y 2) la transparencia informativa, condición imprescindible de una correcta regulación, que permite eliminar las subvenciones cruzadas entre los distintos servicios.

---

<sup>20</sup> Cfr. JOSKOW (1997:120).

## **B) Régimen jurídico de las actividades competitivas.**

Siguiendo a Gaspar ARIÑO (1997: 27ss), el régimen jurídico de estas actividades está presidido por cuatro libertades:

### **a) Libertad de entrada al mercado y libertad de inversión.**

Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios tendrá derecho a construir, explotar, comprar y vender las instalaciones necesarias para la actividad que pretenda desarrollar. Deberá obtener una autorización administrativa, pero ésta tendrá carácter reglado y se limitará al control de las condiciones técnicas, económicas, profesionales, etc. fijadas por el ordenamiento.

La libertad de entrada al mercado supone libertad de inversión. La neo-regulación supera la planificación central vinculante de las inversiones, que debía garantizar su recuperación con cargo a las tarifas, y abre el sector a inversiones libres sometidas al riesgo.

Es muy importante destacar que las libertades de entrada al mercado, de inversión y de prestación de servicios conllevan la "libertad de innovación", que resulta trascendental en el proceso competitivo.

### **b) Libre acceso a las infraestructuras.**

Para que el mercado exista es preciso reconocer a todos los operadores el libre acceso a las instalaciones o infraestructuras sobre las que se realiza la prestación y venta de los servicios. El derecho de acceso a las redes o ATR (Acceso de Terceros a la Red) debe reconocerse en el estatuto jurídico de las redes en términos objetivos y no discriminatorios, definiendo con precisión los motivos excepcionales para denegar el acceso (restricciones técnicas) y los costes del acceso y de los servicios de transporte.

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

Las libertades de acceso al mercado y a las redes culminan en la gran novedad de la neo-regulación: el reconocimiento de la libertad de contratación entre los operadores. Libertad para comprar o vender productos o servicios, para importar o exportar, para establecer condiciones y precios sobre los productos o servicios. En el caso del sector eléctrico, el desarrollo de la contratación libre requiere organizar un mercado donde sea posible la contratación multilateral y la aparición de precios competitivos. El objeto de los

contratos no versa solamente sobre la prestación de los productos o servicios: la gestión de los riesgos resulta fundamental y puede acordarse entre los propios agentes del mercado o con terceros (contratos financieros, opciones, mercados de futuros, etc.).

**C) Régimen jurídico de las actividades no competitivas.**

Acabamos de hacer referencia a algunas de las exigencias necesarias para que sea posible el desarrollo de la competencia. Volvemos sobre el tema, centrándonos en estas actividades:

**a) Gestión separada.**

El gestor de las redes de transporte y distribución deber ser independiente y no tener intereses en las actividades competitivas o, por lo menos, que no pueda aprovechar la gestión de las redes para beneficiar sus propias actividades en competencia.

**b) Sumisión de las redes a un estatuto jurídico objetivo.**

La gestión de la red y el acceso de los operadores debe respetar condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

**c) Separación de propiedad y uso de la red.**

La propiedad de la red no habilita a su titular para realizar un uso exclusivo, que debe abrirse y facilitarse a todos los agentes del mercado. Mientras las redes sigan presentando las características del monopolio natural, la función social de la propiedad de las redes exige que se evite el abuso de la posición dominante que confieren y que en su lugar cumplan la función de permitir el desarrollo de la competencia en las actividades potencialmente competitivas.

**d) Abolición de derechos de exclusiva.**

Precisamente para superar la situación de monopolio natural y las restricciones tecnológicas, debe abolirse el carácter exclusivo de las redes existentes y reconocerse el derecho a tender nuevas redes: instalación de líneas directas, ampliación de las redes interconectadas, etc. Razones de eficiencia económica pueden condicionar el tendido de

nuevas redes mientras exista capacidad de transporte en condiciones equivalentes a través de las redes ya existentes.

**e) Regulación económica e incentivos de eficacia.**

En las actividades no competitivas no es posible sustituir la regulación económica por la competencia. La regulación económica, en especial el control de precios, debe mantenerse pero buscando nuevas técnicas de regulación que permitan incorporar en la mayor medida posible incentivos de eficiencia para el operador de la infraestructura: por ejemplo, la fijación de precios a través del sistema tradicional de reconocimiento de costes ("fair rate of return") se va sustituyendo por el sistema IPC-X, que resulta más sencillo de aplicar y puede ser más eficiente y menos arbitrario<sup>21</sup>.

**f) Imposición de obligaciones de servicio público.**

El "operador dominante", al gestionar las redes que permiten el suministro físico o la prestación del servicio al consumidor, debe cumplir las obligaciones de servicio público impuestas en cada momento por la legislación: universalidad del servicio, adaptación técnica, tarifas razonables mientras no haya precios competitivos para todos los consumidores, continuidad y calidad del suministro, etc.

**3. Organización de mercados y regulación de instituciones para facilitar la coordinación.**

Centrándonos en una técnica especialmente significativa del proceso de liberalización del sector eléctrico, en el Reino Unido se pensó inicialmente que la transición a la competencia -manteniendo la seguridad y la eficacia del sistema- podría conseguirse *simplemente permitiendo transacciones bilaterales y contratos entre generadores y distribuidores, comercializadores o consumidores*, una vez desactivada la posición de dominio de la red de transporte. Sin embargo, a medida que se descubrían las consecuencias e implicaciones del nuevo sistema, quedó claro que un modelo apoyado únicamente en contratos bilaterales sería difícilmente compatible con las exigencias de seguridad del sistema eléctrico y que las transacciones y contratos bilaterales no crearían de inmediato un auténtico mercado con la necesaria publicidad de la información sobre las condiciones de precios y suministros de los productos y servicios. ¿Cómo podría

---

<sup>21</sup> Cfr. ORDOVER y PITTMAN (1994), OGUS (1994 : 295ss), OCDE (1997), BALDWIN y CAVE (1999).

desarrollarse la contratación de un sector tecnológicamente complejo muy poco conocido por las empresas?. El desarrollo de la competencia en sectores tecnológicamente sofisticados se enfrenta a problemas importantes de información y coordinación entre los agentes.

#### **A) Los "problemas de información y coordinación".**

La experiencia demuestra que los "problemas de información y coordinación", que afrontan los agentes de determinados sectores dificultan notablemente la definición y asignación de los derechos de propiedad y de las correspondientes obligaciones en la prestación de los productos y servicios y, por ello, pueden impedir el desarrollo de la contratación, de la concurrencia y, en definitiva, impedir la formación de mercados<sup>22</sup>. Estos problemas de información y coordinación revisten una especial dificultad en los sectores tecnológicamente más sofisticados, como son el de la electricidad o el del comercio electrónico.

Los "problemas de información" se producen porque los datos y conocimientos de que disponen las personas y las empresas son inevitablemente limitados; o porque las reglas del juego son poco claras o complejas. Estos problemas hacen difícil definir con precisión el alcance de los derechos de propiedad: derecho a hacer uso de un bien, a permitir o excluir su uso por terceros, a percibir los frutos o ingresos que genera y a venderlo o enajenarlo de una u otra forma. Las personas y las empresas pueden carecer de conocimiento acerca de las oportunidades que existen de obtener ganancias o acerca de las garantías de que el resto de los agentes del sector cumplan sus obligaciones (problema clave del comercio electrónico). La experiencia también demuestra que los costes de la información disminuyen *a medida que se desarrolla la red de los mercados y se desarrollan las instituciones jurídicas que los sustentan*: la economía adquiere mayor densidad y difusión de información.

Los problemas de información dificultan la "coordinación" de la actividad económica. Las empresas, que actúan movidas por el propio interés, generalmente sólo están dispuestas a compartir información si ello no les supone ningún perjuicio. La existencia de riesgo moral, es decir, el peligro de que las demás partes incumplan los acuerdos si les conviene, impide a las empresas aprovechar las oportunidades de ganancia mutua. A medida que los mercados se desarrollan, aparecen mecanismos institucionales que propician la seguridad jurídica y facilitan la cooperación entre las empresas.

---

<sup>22</sup> Cfr. BANCO MUNDIAL (1997: 49), que aborda el problema desde la perspectiva de los países en desarrollo; y supra Capítulo Quinto.

## **B) Regulación de mercados, instituciones y mecanismos de coordinación: fluidez y seguridad jurídica.**

La aparición y desarrollo de mercados al contado es posible incluso cuando los mecanismos de información y coordinación son deficientes, pues el hecho de que el intercambio sea simultáneo hace más difícil el fraude. Aquí se encuentra, por tanto, el desafío para la neo-regulación: definir las instituciones jurídicas que al asignar derechos (reales, de crédito, etc.) a los agentes económicos, permiten la aparición de un mercado al contado a través del cual comenzará a fluir la información sobre productos y precios, permitiendo la progresiva entrada de agentes al mercado, la difusión y el aumento de la información y la progresiva coordinación. Las nuevas industrias reclaman instituciones jurídicas (económicas y financieras) más complejas que, a su vez, permitirán un nuevo desarrollo de la industria, al aumentar los flujos de información de todo tipo (económica, financiera, jurídica, tecnológica...) y al intensificarse la coordinación entre los agentes del mercado y los nuevos entrantes y desarrollarse, asimismo, la coordinación con otros mercados (mercados de productos y servicios con mercados financieros, de seguros, de información, de tecnología, etc., etc.).

El aumento de la información y de la coordinación entre los agentes económicos, de forma similar al proceso de conexión de la neuronas del cerebro, desarrolla "la inteligencia" del sector. En la medida en que el sector se hace más inteligente y eficaz, mediante el desarrollo del mercado, puede responder en mejores condiciones a las demandas que se le plantean.

Pasando a la perspectiva jurídica, ya expusimos anteriormente, al tratar la regulación civil, que la configuración de instituciones jurídico-civiles de organización social y económica (el Derecho de Sociedades, por ejemplo) permite superar los problemas de información, ofreciendo soluciones dispositivas de organización que prestan seguridad jurídica y permiten la coordinación, obteniendo además un importante ahorro en los costes de transacción. En determinados casos, los problemas de coordinación pueden ser tan complejos, debido al número de agentes implicados o al detalle de las soluciones, que en términos de seguridad jurídica y de costes de transacción puede resultar más barato que la regulación administrativa provea un mecanismo de control y coordinación de las conductas (mercados eléctricos, comercio electrónico, financiación y gestión público-privada de grandes infraestructuras y servicios, etc.). La regulación administrativa del tráfico de vehículos es un buen ejemplo. El hecho de conducir por la derecha o por la izquierda es indiferente: lo importante es que todos los conductores circulen en la misma dirección. Es inconcebible que esta obligación naciera de contratos o que los incumplimientos se resolvieran solamente mediante las normas y acciones relativas a la responsabilidad civil

por daños. El sistema de organización es distinto porque la regulación administrativa presenta claras ventajas: la información sobre las normas de circulación y sobre la obligación de respetarlas resulta más barato y eficaz transmitirla a través de una norma jurídico-pública (Código de la Circulación). Una autoridad pública responsable de la vigilancia y control de las normas proporciona seguridad, permite obtener economías de escala y las sanciones penales y administrativas constituyen un incentivo más eficaz para respetar las normas que los eventuales procesos por responsabilidad civil<sup>23</sup>.

Existen otros ejemplos de regulación administrativa para facilitar la coordinación, como es el caso de la adopción de sistemas de pesos y medidas. Aunque este tipo de regulación lleva aparejada la coacción, la regulación administrativa justificada por este motivo "no obliga realmente a la gente a hacer lo que no quiere hacer, sino que le posibilita a hacer lo que quiere, al obligarle a hacerlo de una forma determinada"<sup>24</sup>.

Descendiendo desde los anteriores fundamentos teóricos a un caso práctico, la mayoría de los países que han iniciado el proceso de liberalización de la industria eléctrica coinciden en la necesidad de que este proceso de liberalización se apoye en la creación y regulación de un mercado al contado de producción de energía eléctrica. En mayor o menor medida, este mercado es obligatorio para los productores y para los distribuidores (en la etapa inicial los grandes consumidores pueden elegir entre comprar en el mercado o continuar el suministro según tarifa): todas las transacciones deben efectuarse a través del mercado de producción, con frecuencia denominado "Pool" por la influencia del modelo anglo-galés, que fue el pionero en su instauración. La obligación de que todas las transacciones pasen por el mercado de generación permite su adaptación a las exigencias o correcciones técnicas que en cada momento sea necesario efectuar para mantener la fiabilidad y seguridad de las redes de transporte e interconexión. Asimismo, la canalización de todas las transacciones mayoristas a través de un mercado al contado, cuyas normas de contratación, liquidación y garantías de pago deben ser aceptadas por todos los agentes, permite definir con precisión los derechos de propiedad y los derechos y obligaciones dimanantes de la contratación multilateral. Económicamente, también se hace posible la aparición de precios horarios de la energía contratada, cuya publicidad constituye una importante información no sólo para los agentes del mercado, sino también para los eventuales entrantes y para otros agentes de mercados conexos.

---

<sup>23</sup> Seguimos el análisis de OGUS (1994: 42)

<sup>24</sup> T. NAGEL, "Moral Conflict and Political Legitimacy" (1987) 16 Phil. & Pub. Affairs, 224, citado por OGUS (1994:42)

De otra parte, la obligación de vender y comprar toda la energía generada, a través del mercado al contado, no impide a los agentes celebrar contratos bilaterales "derivados" para cubrir, gestionar o desplazar los riesgos de volatilidad de precios: de hecho en los sistemas liberalizados una gran parte de las transacciones son también pactadas entre generadores y distribuidores, comercializadores o consumidores en "contratos por diferencias" con precios fijos o con opciones de precio, que cubren a los generadores contra los descensos de precio y a los compradores contra los aumentos. También se pueden celebrar contratos financieros o de seguro para fijar los flujos financieros y desplazar los riesgos de precio a los mercados financieros; y han comenzado a funcionar mercados de futuros<sup>25</sup>.

En definitiva, lo que interesa concluir es que la creación y regulación de un mercado al contado de producción de electricidad constituye una técnica capital de la neo-regulación. Esta técnica es, en gran medida, "regulación civil", codificación de derechos y obligaciones entre particulares, con una cierta dosis de regulación administrativa; confluyendo ambas en la finalidad de prestar seguridad jurídica y facilitar la información y la coordinación entre los agentes del mercado. A través de la organización y regulación de una institución jurídica -el mercado-, se definen los derechos y obligaciones recíprocas y se garantiza la seguridad jurídica y económica de las transacciones, permitiendo así su desarrollo y potenciando la competencia.

Retomando una perspectiva conjunta de las técnicas de neo-regulación, cuyo fin es la promoción y el desarrollo de la competencia, puede decirse que la separación de actividades competitivas y no competitivas, definiendo su respectivo régimen jurídico, sienta los fundamentos para el desarrollo de la competencia -reconocimiento de los derechos de propiedad y de la libertad de empresa e interdicción del abuso de posición dominante-. Ahora bien, la libre competencia requiere el desarrollo de un mercado, que si se apoyara únicamente en las transacciones bilaterales tardaría mucho tiempo en desarrollarse, debido a los problemas técnicos, económicos y jurídicos de información y coordinación entre los agentes. Por ello, en determinados sectores resulta imprescindible crear mercados organizados (electricidad) o definir instituciones y mecanismos de coordinación entre los agentes y, con ello, la fluidez de las transacciones, gracias a la seguridad jurídica prestada por la regulación institucional (firma electrónica, nueva configuración de las concesiones de obras públicas, etc.).

---

<sup>25</sup> Para un desarrollo más amplio de este planteamiento respecto del sector eléctrico, vid. CRUZ FERRER (1999:129)