

# **SOBRE EL CONCEPTO DE REGULACIÓN Y LA CENTRALIDAD DE LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES REGULADOS**

*Rafael Caballero Sánchez*

???

## **I. PROEMIO**

Me propongo aprovechar este libro jubilar dedicado al profesor doctor d. José Eugenio Soriano para contribuir con algunas reflexiones sobre el polisémico concepto de regulación (PAREJO ALFONSO, 2017, 1380), que ha conocido una inusitada expansión entre nosotros ya desde finales del siglo pasado, fuera del ámbito del Derecho anglosajón en el que se gestó. Este movimiento ha dado lugar a la formación de toda una parcela del Derecho público a la que nos referimos con la expresión de Derecho de la regulación económica, que tiene por objeto a los denominados «sectores regulados». Igualmente quiero añadir una serie de consideraciones sobre la competencia, en cuanto elemento nuclear de la regulación económica, aunque no constituya su finalidad última. No se me ocurre mejor manera de homenajear a un maestro que ha tenido como una de sus preocupaciones vitales la defensa de la libre competencia en su dimensión pública (y administrativa, en particular), tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el punto de vista práctico, a través de su quinquenio de dedicación al entonces denominado Tribunal de Defensa de la Competencia.

## **II. SOBRE EL CONCEPTO DE REGULACIÓN Y LA FORMACIÓN DE LOS SECTORES REGULADOS**

### **1. El fenómeno de la regulación económica**

Sin duda, el Derecho es en sí mismo regulación. La propia génesis del sistema jurídico está en el establecimiento de normas para la regulación de las relaciones entre

personas, con el objetivo de que sea posible la convivencia social, el desarrollo individual y colectivo, y el respeto a la dignidad de todo ser humano. De esta forma, la función primaria del Derecho es tanto dar seguridad a esas relaciones, fijando los derechos y obligaciones que corresponden a cada sujeto en las relaciones jurídicas<sup>1</sup> (unos, reconocidos o creados directamente, según los casos, por el ordenamiento jurídico, y otros, fruto de la voluntad o acuerdo de las personas físicas y jurídicas), como hacer respetar a todos esa asignación y ejercicio de posiciones de poder y de deber, incluso con el empleo de la coerción legítima, cuando es necesario.

En este sentido, hablar de «Derecho de la regulación» no deja de ser un retruécano tautológico<sup>2</sup>. E incluso lo es la expresión «Derecho de la regulación económica»<sup>3</sup>, salvo que demos a las nociones de Derecho y de Regulación unos perfiles diferenciados. En efecto, la expresión cobra sentido si se contextualiza en dos direcciones que al final son convergentes: la de la visión de los economistas sobre el Derecho y la de la visión de los juristas anglosajones sobre la economía.

Para los economistas, que conciben la economía como un territorio que se rige por sus propias leyes «naturales», el Derecho es una superestructura que más bien viene a incidir artificialmente en la realidad imponiendo unas reglas externas que pretendan ahorrarla a su medida. Complementariamente, para los juristas anglosajones la regulación es sinónimo de intervención pública, es decir, de reglas públicas introducidas para limitar y ordenar las relaciones interpersonales libres, sobre todo de índole

---

1. Las características de este trabajo no permiten abordar aquí la cuestión previa del concepto de relación jurídica, acuñado en el Derecho privado. Baste para entendernos indicar que la relación jurídica es el vínculo o conexión concreta entre dos o más personas, pero posicionadas en dos partes o centros de imputación, derivado de una decisión voluntaria, de una actuación o de una norma jurídica, dotada de una cierta estabilidad, y concretada en un complejo orgánico de derechos y obligaciones, que es objeto de reconocimiento y protección por el Derecho. La cuestión ha sido estudiada por José Eugenio SORIANO GARCÍA, «Evolución del concepto «relación jurídica» en su aplicación al Derecho público», *RAP* n.º 90 (1979), pp. 33 y ss, cuyo origen moderno como relación orgánica dotada de un elemento material y otro formal atribuye a SAVIGNY (p. 42-43), el padre de la pandectística, y que destaca su reducida recepción en el Derecho público, a diferencia del concepto de derecho subjetivo, inculcinado dentro de la relación jurídica (p. 47). La razón es que «[l]a Administración pública se ha venido sistemáticamente negando a aceptar al ciudadano como el otro extremo de una relación jurídica, simplemente porque era su *objeto*», a través del dictado de un acto administrativo (p. 49), situación que trata de superarse a través de la afirmación de los derechos públicos subjetivos.

2. Valga como ejemplo la obra de Stephen BREYER, quien fuera juez del Tribunal Supremo americano durante 28 años hasta 2022, *Regulation and its reform*. Publicada en 1982 por la Harvard University Press, el autor abre su prefacio afirmando que su objetivo era analizar «la regulación» como una disciplina propia y ayudar a enseñarla como una materia específica.

3. En este sentido cabe recomendar la impresionante colección en diez volúmenes (algunos de ellos desdoblados en dos tomos), dirigidos por Santiago MUÑOZ MACHADO y publicados por la editorial Iustel entre 2010 y 2013 bajo el título de *Derecho de la regulación económica*, que ofrecen un panorama muy completo de todo el campo al que nos referimos. Este autor, de saber enciclopédico y empuje hercúleo, ya había acometido el problema de las transformaciones del régimen jurídico de los grandes servicios públicos en red en sus cuatro volúmenes sobre *Servicio público y mercado*, publicados en 1998, destacando que se trata en realidad de novedades organizativas. De especial interés es el primero, dedicado a los fundamentos de este proceso tan relevante, donde afirma que «la ideología del servicio público está constitucionalizada y es estable. No lo son y admiten, en consecuencia, todas las variantes que jurídicamente sean posibles, las técnicas concretas a través de las cuales se organizan los servicios públicos».

patrimonial. Esa es la razón por la que los economistas en general manejan el binomio regulación/desregulación como sinónimo de la dupla intervención pública/liberalización, defendiendo que hay que apostar por la segunda frente a la intensa regulación a la que es habitual someter a los sectores sociales.

Paradójicamente, en España y en Europa continental el planteamiento viene siendo al revés, en el sentido de que provenimos de una situación de partida de ordenación y control público estricto de las estructuras económicas y sociales. En la cesura tradicional entre Estado y sociedad se entiende con naturalidad que corresponde al primero dotar de una estructura en la que se desenvuelve el entramado social, que le legitima a su vez para controlar y supervisar en general las actividades de los ciudadanos, dentro de determinados parámetros y sin perjuicio de la apelación a unos derechos naturales de la persona como límite insuperable<sup>4</sup>. Por eso, el paso en las últimas décadas de un modelo de servicio público a un modelo de regulación constituye en ese sentido una «des-regulación». De manera que en ese contexto la noción de «regulación» viene en realidad asociada a «la liberalización y la competencia» que se introducen en los sectores económicos, en contraste con la concepción anglosajona, que hablaría en todo caso de «desregulación» para calificar un proceso de apertura a la competencia. Entre nosotros no existía esa tradición histórica de entender la «regulación» como intervención pública en el desenvolvimiento del mercado, precisamente porque se partía con naturalidad de un Estado fuerte y director de la economía, que en muchos sectores incluso actuaba en régimen de monopolio<sup>5</sup>. Se trata de un fenómeno común en Estados europeos de nuestro entorno, que superaron la honda crisis de la segunda guerra mundial (en nuestro caso, de una cruenta guerra civil) merced al liderazgo público en la reconstrucción nacional, con la consolidación de un sector público muy poderoso, y a la implantación de un Estado democrático de Derecho (en nuestro caso, con algo más de retraso). De manera que en ese entorno la «regulación» no venía a ser más que un vocablo genérico, que aludía si acaso a la normativa aplicable en un sector determinado.

Lo que quiero defender en estas páginas es que esta evolución de las cosas, sucintamente aludida aquí, y su desenvolvimiento en nuestro sistema, están dando lugar a un empleo excesivamente genérico e inane del concepto de regulación. O, para ser más preciso, creo que el concepto de regulación debe fijarse y manejarse en un triple nivel, como se expondrá en el siguiente apartado, que permita entendernos y avanzar. Sin renunciar al concepto amplio o extenso de regulación como sinónimo de interven-

---

4. Recomiendo vivamente la lectura del discurso de ingreso de mi maestro, el profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, pronunciado el 25 de octubre de 2022 bajo el título de «El poder, la libertad, la Administración y su derecho», en el que se ofrece un ensayo con una tesis demoledora: «el derecho administrativo, en cualquiera de sus modalidades históricas, es, en efecto, uno de los instrumentos más eficaces de que ha dispuesto el poder para el control de los procesos sociales (...). El derecho administrativo, en efecto, surge de, por y para el poder, y no hace sino materializar los impulsos profundos que mueven a éste».

5. En este sentido, cuando el profesor SORIANO GARCÍA aborda el fenómeno de la desregulación, insiste reiteradamente en que la misma no consiste en la reducción, supresión o abrogación de normas —en el complejo sector eléctrico, por ejemplo, es una evidencia palmaria—, sino en la introducción de «otra regulación» (*Desregulación*, 1993, 9), de un «cambio de diseño» (10), o de una regulación «de nuevo cuño» (57). La intervención pública ahora tiene un perfil de supervisión y no de prestación directa de bienes y servicios.

ción pública (equivalente a la función básica del Derecho, que es emanar normas para las relaciones sociales), y de su proyección más específica, en segundo lugar, para el ámbito de las actividades económicas (regulación que en realidad viene a ser equivalente de lo que denominamos Derecho administrativo económico), creo que es necesario identificar un concepto más técnico o estricto (y útil) de regulación, vinculado y orientado a la introducción de competencia, y circunscrito en buena medida al ámbito de las actividades económicas en red, puesto que tienen a la vez una especial dimensión de interés general y una especial resistencia a desenvolverse en régimen de mercado. Esos dos elementos (red y libre competencia)<sup>6</sup> resultan claves para delimitar el llamado Derecho de la regulación económica.

## 2. El sentido de la regulación y su proceso de concreción sucesiva

Como se ha indicado, para las doctrinas más liberales en economía, la regulación está reñida con la competencia, a la que, por definición, viene a constreñir, y por eso, desde una óptica liberal, debe ser lo más limitada o excepcional posible. Sin embargo, un planteamiento ponderado —y más keynesiano— permite descubrir un triple sentido o nivel en el que es necesario dar cauce a la regulación de los mercados o intercambios de bienes y servicios.

En primer lugar, hace falta una mínima regulación general que proporcione un marco institucional estable y seguro en el que se puedan desarrollar las relaciones económicas y se eviten abusos de quien tiene más poder económico o simplemente incumple las reglas. La función primaria del Derecho es la de proporcionar seguridad jurídica a las relaciones interpersonales, y para eso es necesario delimitar el terreno de juego en el que estas puedan desenvolverse. En este sentido, la figura del contrato es capital, pero también lo es el respaldo del sistema al cumplimiento de los compromisos libremente adquiridos o a la asunción de responsabilidades por su incumplimiento, que compensen al sujeto pasivo que lo padece, garantizando su protección a través de un sistema ordenado de acciones judiciales. El marco institucional está presidido por la garantía del Estado de Derecho que proclama la misma Constitución, y su desarrollo corresponde al legislador y al conjunto de centros que ejercen el poder normativo en nuestro sistema. Esta regulación no puede apellidarse específicamente de «económica», pues su objeto específico no son las transacciones económicas, sino que engloba el conjunto de las relaciones jurídicas entre personas, comerciantes o no.

En segundo lugar, una vez establecido ese marco de ordenación general en el que se desarrollan las relaciones jurídicas es preciso bajar al terreno y adoptar medidas y condiciones técnicas específicas que faciliten el buen funcionamiento de una parte esencial de la realidad social que son los mercados o intercambios de bienes y servi-

---

6. Como expondré más adelante, para el profesor José ESTEVE PARDO esos elementos serían, además de las redes y de la libre competencia (la regulación económica), la regulación de riesgos. Como viene exponiendo en sus trabajos, y de modo más reciente en sus *Principios de Derecho regulatorio*, publicados en 2021, el Derecho es un sistema de regulación de riesgos en un marco de incertidumbre científica. Son también de destacar otros trabajos previos del autor, como «Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión», en DA n.º 262-263, 2003, pp. 137 a 149, y, sobre todo, *El desconcierto del Leviatán*, de 2009, y el ensayo *Ciencia y Derecho: la nueva división de poderes*, junto con Javier TEJADA PALACIOS, de 2013.

cios, prestando especial atención a los defectos estructurales que puedan dificultar su óptimo funcionamiento. La regulación pretende así hacer frente a los denominados *fallos del mercado* (como bien ha analizado BETANCOR, *Regulación*, 2010, 100 y ss, exponiendo esa justificación *técnica* que ofrece la doctrina anglosajona), que son quiebras y obstáculos de todo tipo que pueden aparecer y condicionar la libertad efectiva en el desarrollo de las relaciones entre operadores, generando rentas monopólicas muy superiores al coste marginal de los productos y servicios que se intercambian, y que, en definitiva, son fuente de ineficiencia en las transacciones económicas. Como exponen los economistas, se trata principalmente de la falta de información perfecta de los sujetos intervinientes, de la existencia de externalidades de todo tipo, de la aparición de privilegios y abusos competitivos injustificados de algunos agentes, de los riesgos de una competencia excesiva o destructiva, o de las posibles barreras de entrada que se apliquen a eventuales nuevos competidores en un sector. Cuanto más diáfano y transparente sea un mercado, mayor será la aproximación de las transacciones al *óptimo paretiano*, definido como la situación o punto de equilibrio en el que ninguno de los sujetos afectados (oferente y demandante) puede mejorar su situación sin reducir el bienestar de cualquier otro sujeto.

Ocurre además que la propia regulación, justificada en su origen para hacer frente a esos fallos, puede incurrir en defectos propios y ser imperfecta, de manera que con frecuencia es ella misma la que distorsiona el sistema con los *fallos del regulador*, que es necesario a su vez identificar y corregir. El problema aquí es que hemos consolidado un exacerbado Estado administrativo, una de cuyas manifestaciones es la hiperregulación. La tendencia actual es la de un irrefrenable y excesivo uso del poder regulador por parte del poder político, que además utiliza el arsenal de técnicas de que dispone para cumplir con fines de programación social, ajenos al sentido genuino de la regulación. Precisamente por eso, creo que la consolidación de un concepto demasiado amplio o generoso de regulación puede favorecer este tipo de prácticas, al dar legitimación a cualquier tipo de mandatos jurídico-públicos con tal de que estén adoptados con respeto a unas formalidades y a unas reglas de competencia (en este caso administrativa). Por el contrario, un concepto acotado de regulación, vinculado a unos determinados presupuestos y parámetros, puede contribuir a limitar ejercicio desmedido de ese poder regulador y, sobre todo, la orientación que puedan adoptar sus disposiciones, sin perjuicio de su innegable legitimidad democrática, que no puede ser una patente de corso para un pernicioso uso alternativo del derecho practicado desde las instituciones públicas.

La cuestión es que fallos del mercado y fallos del regulador se retroalimentan continuamente en la rueda de la regulación, como un uróboro que no tiene inicio ni fin, pero del que es necesario salir por superación<sup>7</sup>.

---

7. Resulta por eso de tanto interés el proceso de deconstrucción y reconstrucción de la regulación que propone BETANCOR en su monografía, para *desmontar su mito* (2010, 115). No se trata solo de corregir las imperfecciones del mercado mediante una buena regulación, sino también las imperfecciones de la propia regulación, pero no solo desde el punto de vista técnico o económico, sino en términos de costes sociales, de sacrificio de derechos y libertades. La Constitución y los derechos que consagra no pueden quedar marginados por una creencia en la bondad y la neutralidad de la técnica de la regulación como correctora del mercado. De ahí la defensa cerrada de este autor al control judicial de la regulación como contrapeso del mito que hemos construido. Control que es el eje de la monografía y que topa con el escudo de la deferencia judicial hacia el regulador, apoyada en el «argu-

En tercer lugar, la regulación cumple un papel específico y particular en los sectores de red (transporte, energía y telecomunicaciones, sustancialmente), es decir, en aquellos en los que estructuralmente sólo es posible un régimen de competencia o de mercado a través de una regulación especial, que permita superar el condicionamiento derivado del control unitario de las infraestructuras esenciales sobre las que se realizan los intercambios (monopolios naturales, que son ejemplo arquetípico de «fallo del mercado», solo superable mediante una específica regulación). En general, el concepto de regulación está asociado al de mercado, pero es que en estos sectores —de enorme envergadura y singular conexión con los fines del Estado del bienestar— se trata no ya de remover obstáculos o deshacer algunos nudos, sino de crear las condiciones mismas para que puedan ser actividades disputadas entre operadores.

En mi opinión, cada uno de los escalones señalados da lugar a un concepto de regulación, cuya densidad conceptual es de carácter creciente: «regulación», «regulación económica» y «regulación para la competencia». En el primer peldaño está la «regulación» en general como función genuina del Derecho y de quien ejerce el poder público en cada momento. En este nivel es en el que está proliferando el movimiento de la *better regulation* o estímulo de la calidad normativa general<sup>8</sup>, y de sus correspondientes principios y técnicas, tan necesarias como incumplidas<sup>9</sup>. El Derecho es regulación, y esta emana con tanta profusión y desde tantos centros de emisión, que hace falta racionalizar esos procesos y ejercer ese poder con visión holística y filtros de calidad. En el segundo escalón aparece la «regulación económica», más bien equivalente a lo que tradicionalmente denominamos *Derecho público económico* o *Derecho administrativo económico*, que se refiere a la intervención pública en el ejercicio de actividades económicas, la cual abarca desde la prestación de servicios públicos estrictos o reservados hasta el desempeño de las actividades más libres o liberalizadas (en

---

mento de la complejidad técnica y de las implicaciones políticas» (621), que es preciso superar. No puedo estar más de acuerdo. Como gráficamente expresa en el capítulo conclusivo del libro, los órganos jurisdiccionales sobrevuelan en helicóptero los conflictos regulatorios, y solo corrigen las arbitrariedades escandalosas. Pero es preciso entrar a fiscalizar qué hay dentro de «la caja negra de la independencia de los entes reguladores» (30).

Sobre el problema del control judicial de la actuación del regulador acaba de aparecer en 2022 una traducción al español de la obra clásica de SHAPIRO, *¿Quién guardia a los guardianes?*, que debemos agradecer a Antonio Estella de Noriega, que conoció personalmente al profesor americano en Florencia y luego visitó en Berkeley. Las referencias que hace SHAPIRO al estándar «*arbitrary and capricious*» de control, es decir, al canon de razonabilidad con el que se examinan las decisiones de las agencias norteamericanas, cimentan la célebre doctrina de la deferencia administrativa y confirman el fundamento de los temores que BETANCOR expresa hacia el mito de la regulación.

8. Por ejemplo, en esta dirección cabe citar la sugerente obra de Maria DE BENEDETTO, *Corruption from a regulatory perspective*, 2021, cuya tesis es precisamente que la lacra de la corrupción debe ser combatida sobre todo con una adecuada regulación, y no solo con medidas de represión penal o sancionadora. El propio concepto de corrupción (utilización de recursos públicos para intereses privados) debe integrar según la autora la referencia a su causa (provocada por una deficiente regulación). De manera que «corruption is a regulatory issue because it is always (in one way or another) connected with rules» (p. 36).

9. No me resisto a citar el reciente y expresivo estudio de un economista, MORA-SANGUINETTI (2022, 231), sobre el desafortunado uso de la potestad normativa por nuestra relativamente joven democracia: entre 1979 y 2021, las Administraciones han aprobado 411.804 normas jurídicas, en las que además se aprecia una creciente complejidad (la media de remisiones a terceras disposiciones normativas es de once) y dificultad de comprensión.

nuestra sociedad siempre hay elementos de control público). En ese entorno, por supuesto, se presta atención a la defensa de la competencia, con sus técnicas de control y de reacción frente a abusos, pero no solo, pues interesan en general las condiciones jurídico-económicas en que se puede ejercer la actividad empresarial. Es el caso de la célebre Directiva Bolkenstein, que ha tenido un enorme impacto sobre la exigencia de títulos habilitantes para la prestación de servicios en toda la Unión Europea, de manera que solo una concreta razón imperiosa de interés general, de las que tiene identificadas la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede dar cobertura a la creación o mantenimiento de un régimen de autorización administrativa previa. No deja de tratarse de un concepto amplio de regulación, aunque ya no tan genérico como el primero. Finalmente, el tercer escalón da lugar al nacimiento del concepto estricto de regulación o de «regulación para la competencia», que es aquella que se ocupa específicamente de introducir y asegurar la libre concurrencia empresarial en los sectores económicos que se resisten estructuralmente a ella. Como se puede apreciar, se trata de círculos concéntricos de regulación, en los que los superiores contienen a los inferiores, por lo que la separación entre ellos no es ni mucho menos tajante<sup>10</sup>. No son compartimentos estancos, sino ámbitos graduales de concreción progresiva.

### **3. Los fines de la actividad de regulación y su definición**

Antes de seguir avanzando conviene matizar que la actividad de regulación, tanto de la que hemos llamado «regulación económica» como de la «regulación para la competencia» se orienta a la consecución de dos fines complementarios, que es preciso conciliar. De un lado, se persigue que los mercados funcionen como tales, es decir, que haya verdadero intercambio libre de bienes y servicios, de manera que es preciso evitar la aparición de situaciones de monopolio, el abuso de posiciones de dominio y las prácticas de competencia desleal (específicamente, ya se ha avanzado que en los sectores en red serán necesarias medidas especiales para hacer posible la competencia)<sup>11</sup>. Se trata de conseguir que exista el marco institucional al que antes hemos hecho referencia (libertad efectiva de comercio y de transacciones) y que las reglas de juego generales que derivan del mismo sean respetadas (que haya posibilidad de corregir las prácticas que no respeten esa libertad de comercio).

---

10. Por ejemplo, en los sectores en red no todo es «regulación para la competencia», es decir, reglas para hacer conciliable la rigidez de las infraestructuras con la pluralidad de operadores que quieren prestar servicios a través de ellas (como es lo relativo a los derechos de acceso y a la resolución de los correspondientes conflictos). También hay muchas disposiciones cuyo objeto es más bien la «regulación económica», o establecimiento de condiciones para el ejercicio de esas actividades (como es el régimen de títulos habilitantes necesarios para operar o de autorización de instalaciones). Y viceversa, fuera de los sectores regulados, si bien abunda la «regulación económica» (como el establecimiento de registros públicos de operadores, o el régimen de inspección y supervisión de actividades), también pueden aparecer elementos de «regulación para la competencia» (cuando se aprueban medidas de liberalización).

11. Como expone el profesor SORIANO GARCÍA (*Desregulación*, 1993, 13 y 14), conviene diferenciar entre la lógica del poder público y la lógica de la sociedad civil y mercantil. A la primera sí que corresponde un ejercicio monopólico de sus potestades, mientras que lo propio de la segunda es la libre competencia. Por eso, la liberalización de actividades solo debe hacerse evitando todo elemento monopólico e induciendo a la competencia. Ese es el recto de los sectores regulados.

De otro lado, se aspira a que el desenvolvimiento del mercado, sobre todo en los sectores de interés general, no margine a los estratos sociales inferiores ni a las zonas geográficas más deprimidas, impidiendo la generalización de los efectos positivos del libre mercado para el conjunto de la sociedad, y produciendo injusticias que no son aceptables en el marco de un Estado social. La teoría económica defiende que el propio mercado producirá esos efectos positivos cuando la oferta y la demanda se crucen sin interferencias externas que las condicionen, pero la práctica no puede dejar de reconocer la formación de bolsas de exclusión, sencillamente porque existe población que «está fuera del mercado», en sentido literal. Pero no solo se trata de la atención a la población marginal o más vulnerable. La construcción del Estado social aspira a alcanzar la mejora de las condiciones de vida de la clase media a través de la garantía a los consumidores de manera general, e incluso universal, de unos servicios básicos en unas condiciones aceptables de regularidad, calidad y precio. Aunque los mercados sean eficientes, siempre serán necesarias medidas públicas correctoras que extiendan los beneficios generados a favor de toda la sociedad, de acuerdo con criterios de equidad que deben ser apreciados por el poder público. El Estado del bienestar está asociado a unos estándares universales de calidad de vida, que están vinculados a ciertos bienes públicos sociales (educación, sanidad, asistencia y prestaciones sociales, ocio y recreación) y a ciertos servicios económicos de interés general (suministros de agua y energía, recogida de residuos y tratamiento, medios de transporte aéreo, marítimo y terrestre, comunicaciones y servicios postales). En los primeros predomina su organización como servicios públicos, sin perjuicio del concurso de la iniciativa privada (bien a través de concesiones y conciertos, bien a través de iniciativas puramente privadas), y en los segundos predomina el perfil de actividades libres o en competencia, pero sujetas a regulación. Esta regulación ha dado lugar a la creación de nuevas técnicas jurídicas, que es interesante categorizar y analizar por su carácter novedoso entre nosotros<sup>12</sup>.

Con esos presupuestos se puede ya afirmar que la regulación es la *multiforme actividad de los poderes públicos de ordenación jurídico-económica, de seguimiento y de control de sectores estratégicos o de interés general, para que se desenvuelvan en régimen de competencia y a la vez se garantice a todos los ciudadanos determinados niveles básicos de prestación de servicios a un precio y calidad adecuados*. La regulación para la competencia tiene como fin inmediato la efectiva concurrencia de los operado-

---

12. Es el caso, por ejemplo, de las medidas ensayadas para moderar la escalada de los precios de la energía. Ahora que ya no disponemos de un sistema de tarifas públicas generales para el gas y la electricidad (la Administración solo fija los peajes o derechos de paso por las redes de transporte y distribución), se hace mucho más complicado proteger a los consumidores del precio desbocado de las materias primas. La célebre «excepción ibérica», aprobada temporalmente por la UE para España y Portugal (plasmada en el Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo, y recientemente prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2023 por Real Decreto-ley 3/2023, de 28 de marzo), ha consistido en topar el precio máximo del gas natural a efectos de su utilización como parámetro para determinar a su vez el precio de la electricidad. Como es sabido, el pool eléctrico, que determina el valor del kilovatio-hora, es un mercado marginalista, de manera que el precio de la última oferta más cara que se necesite para atender la demanda de cada momento determina el precio de toda la energía casada en cada franja horaria. Por tanto, cuando es necesario que entren en funcionamiento centrales eléctricas que utilizan gas natural como materia prima, el precio de la luz se dispara. Sobre esta cuestión me permito recomendar la obra prácticamente póstuma de Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La batalla de los precios*, 2022, dado que este gran jurista especializado en temas de regulación falleció la víspera de Reyes de este mismo 2023.

res económicos en los diversos mercados y como fin mediato el logro de unos servicios económicos universales y de calidad mínima. Cabe destacar que es multiforme porque la Administración ejercerá poderes de todo tipo en su implementación: normativo y reglamentario, por supuesto, pero también de supervisión, de planificación y estudio, de ordenación del funcionamiento del mercado, de resolución de controversias, de inspección y de sanción. La regulación no se agota en lo normativo, sino que es una realidad más compleja y plural desde el punto de vista del instrumental que utiliza. En todo caso, hay que subrayar que el concepto de regulación debe dar entrada a esas dos dimensiones conexas del aseguramiento del mercado y de la universalidad de sus beneficios o resultados, ya que se requieren correcciones y orientaciones del primero.

#### **4. La consolidación de la regulación como forma de actividad administrativa**

Para el encuadramiento de la regulación como función pública específica es preciso atender a la clasificación básica de las formas de la actividad administrativa. A mediados del siglo pasado fue JORDANA DE POZAS quien formuló de manera muy sucinta una clasificación de las modalidades de acción de la Administración en cuanto a su contenido material como actividades de policía, de fomento y de servicio público<sup>13</sup>. Esta propuesta tuvo feliz recepción en la doctrina y ha perdurado en su sustancia hasta nuestros días, si bien numerosos autores han puesto de manifiesto su insuficiencia y la necesidad de enriquecerla con otras vertientes de actividad administrativa que, en sentido estricto, no están allí incluidas. Ya sea la actividad económica e industrial (VILLAR PALASÍ), la actividad de planificación (ARIÑO ORTIZ), la actividad arbitral (PARADA VÁZQUEZ), o la misma actividad de regulación (MUÑOZ MACHADO).

Lo que interesa destacar en este punto es que todas esas aportaciones no desmontan los tres ejes de la clásica trilogía y que, en realidad, todas ellas son especificaciones de la actividad de policía que, eso sí, merece hoy un calificativo más amplio como «actividad de ordenación de las actividades privadas», que le permita albergar a todas esas modalidades. Tanto la actividad de limitación de actividades —con medidas que SANTAMARÍA (*Principios*, II, pp. 237 a 264) clasifica en técnicas de información, de con-

---

13. En su breve «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo» (apenas 14 pp. con muy amplios márgenes), publicado en 1949 en la *Revista de Estudios Políticos*, Luis JORDANA DE POZAS va más allá de esa actividad de fomento, al enmarcarla en los cuatro grupos o modos en los que pueden agruparse los medios empleados para satisfacer las necesidades generales por el poder público: legislación —que puede o no ser administrativa—, policía, fomento y servicio público —que necesariamente son administrativas (p. 42). El ensayo consiste precisamente en deslindar el fomento, en cuanto modalidad menos estudiada, respecto a la policía y al servicio público. Se trata de una actividad intermedia entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que utiliza medios positivos y negativos, destinada a «proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos» (p. 46). Sobre la trilogía de la policía, el fomento y el servicio público, con el complemento de la legislación, volverá el autor en 1951 en su trabajo sobre «El problema de los fines de la actividad administrativa». Allí reitera que se pueden clasificar «los modos de la actividad administrativa ordenados, en una escala progresiva que, partiendo de la simple emanación de normas, pasa por la policía y el fomento hasta llegar al servicio público monopolizado» (p. 27).

dicionamiento y de ablación—, como la actividad sancionadora asociada a ellas, así como la actividad de planificación, arbitral, de expropiación y de regulación, no dejan de ser actuaciones administrativas ordenadoras de la actividad económica y social, es decir, de policía, control o intervención en sentido amplio. Más allá está la cara amable de la Administración como incentivo y apoyo de esas actividades privadas (actividad de fomento) y como prestadora directa e indirecta de servicios a la ciudadanía (actividad de servicio público).

Específicamente, resulta gráfico expresar que el surgimiento y consolidación de la actividad de regulación lo que ha supuesto es un trasvase de funciones de la Administración, desde el capítulo de la actividad de servicio público al de la actividad de ordenación. Porque la regulación es una particular vertiente de esa actividad de ordenación en sectores de índole económica, en los que se interviene por el poder público con ese doble fin de aseguramiento del mercado y de garantía de universalidad de unos servicios básicos, pero siempre partiendo de que es la iniciativa privada quien tiene el protagonismo como fuente emisora de esos servicios. Estas actividades, de indudable interés general, han dejado de ser actividades reservadas a la iniciativa pública, y se han abierto a la competencia como actividades reguladas de interés general. No todas las prestaciones básicas fundamentales para la sociedad han experimentado este trasvase, sino especialmente aquellas que tienen carácter económico y están sustentadas sobre grandes industrias de red, que tradicionalmente solo el Estado podía acometer o liderar. El poder público deja así de ser protagonista primario en la organización y prestación de esas actividades (servicios públicos), para, sin renunciar a su responsabilidad como garante último y mediante la herramienta de la regulación, superar el cuello de botella que ha llevado tradicionalmente a la explotación unificada de esas actividades, abriéndolas a la competencia. Una competencia que es posible antes y después de ese túnel que comporta el uso de esas infraestructuras, pero no en el tránsito de bienes y servicios a través de las mismas, que ha de ser ordenado y desvinculado de intereses conectados con operadores concretos. En definitiva, hay un trasvase de determinados servicios públicos al sector de ordenación de las actividades privadas, que pasan a recibir el calificativo de servicios de interés económico general, sometidos a regulación.

Por último, dos observaciones generales. Primero, que cabe apreciar que este furor por la regulación como modo de ordenación social y la consiguiente consolidación de los sectores regulados, expresa una tendencia en la que hoy no cabe plantear la posible marcha atrás, a pesar de sus efectos no del todo concluyentes en un análisis de costes y beneficios sociales. El liberalismo económico y el planteamiento de base sobre la formación del mercado interior europeo determinan que el modelo necesariamente sea el de la provisión de servicios económicos en régimen de mercado, sin que se contemple siquiera como opción posible la recuperación de los servicios de interés económico general como actividades reservadas. Aparentemente, hemos emprendido un viaje sin retorno. Como puede comprobarse con la crisis de los precios energéticos que arranca de 2021<sup>14</sup>. Y segundo, que, aunque los servicios no económicos de interés general queden de partida al margen de la liberalización y de la apertura a la compe-

---

14. Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La batalla de los precios*, 2022, destaca que la crisis de precios de la energía ha venido a poner en cuestión la liberalización acometida en los años 90 (p. 167) y a plantear la necesidad de una seria reforma de fondo, y no meramente circunstancial (p. 168). Pero en todo

tencia, se produce inevitablemente un inequívoco efecto de contagio del modelo regulatorio hacia otras actividades económicas o sociales públicas. Así lo acredita el abordaje conjunto del fenómeno de los servicios de interés general por parte de la Comisión europea, si bien centrándose siempre en los de carácter económico (por ser en los que principalmente tiene competencia la Unión Europea según los arts. 2 a 6 TFUE)<sup>15</sup>, y el alcance general con el que se insiste en la gobernanza de los asuntos públicos y en diversas posibilidades de colaboración público-privada, con la consiguiente transferencia de riesgos y la externalización del déficit, como camino necesario para superar nuestra dilatada situación de crisis económica<sup>16</sup>. La cuestión es que sanidad, educación o servicios sociales pueden ser también enfocados desde la teoría de la regulación (en sentido amplio), aunque tengan un fuerte componente social y de servicio público garantizado no expuesto al mercado o poder adquisitivo de las personas, pues no dejan de ser actividades económicas y de alto coste<sup>17</sup>.

## **II. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS DISTINTOS SECTORES REGULADOS COMO ÁMBITOS DE INTERVENCIÓN REGULATORIA**

La decantación de la actividad de regulación como función administrativa específica ha traído consigo la formación de un sector material de intervención pública, al que nos referimos como «sectores regulados». Tal como se viene defendiendo en esta exposición, la identificación de estos sectores regulados solo tiene sentido por referencia a un concepto estricto de regulación, puesto que, por definición, todos los sectores materiales de actividad social y económica son regulados. No hay parcela privada de

---

caso, se trata de un cambio estructural del modelo de mercado, unitario y marginalista, sin que se vislumbre reflexión crítica alguna sobre el proceso de liberalización en sí.

15. Así lo acredita tanto el Libro Verde de la Comisión Europea de 2003 (COM (2003) 270 final) como el Libro Blanco de 2004 (Comunicación COM (2004) 374 final), ambos sobre los servicios de interés general en Europa, a los que se concibe como un pilar o componente esencial del modelo europeo de sociedad, y cuya distinción en económicos y no económicos (los relacionados con prerrogativas del Estado o ligados a sectores sensibles como la cultura, la educación, la sanidad o los servicios sociales), no es cerrada, sino que está abierta a la evolución.

16. Cabe poner el ejemplo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que lleva por título «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)», documento COM/2009/0615 final (no consta su publicación en el DOUE), que plantea esa colaboración como modo de modernizar la oferta de infraestructuras y de servicios públicos estratégicos.

17. Buen ejemplo es la monografía de Juan DE LA CRUZ FERRER, sobre la *Regulación de la sanidad. Motivos, modelos y concesiones*, de 2019, elaborada por un experto en regulación del sector eléctrico, con importantes aportaciones previas en la materia. El autor maneja un concepto amplio de regulación como «reglas del juego» en una materia (p. 18), sin perjuicio de que se hace eco de un concepto más estricto (el de «regulación económica»), asociado al mundo de los monopolios naturales (p. 20). El sentido de la regulación, en sentido coasiano, es el de definir los derechos y obligaciones de las personas (ya sean operadores privados, Administraciones públicas o Gobiernos), que es lo que es objeto de intercambio en un mercado. Fijadas esas bases, la obra pasa a analizar los modelos y las instituciones presentes en ese particular sector que es la sanidad en nuestro país.

actividad, por más inocua que sea, en la que no podamos encontrar una regulación jurídico-administrativa más o menos detallada que establezca requisitos y condicionantes establecidos por alguna entidad pública (o al menos por algún sujeto privado que ejerza funciones públicas) para poder desempeñarla. Pero ese dato no les convierte automáticamente en sectores regulados en sentido propio.

Los sectores regulados no son aquellos sobre los que recae algún tipo de regulación, sino aquellos que necesitan existencialmente una regulación para la competencia, en el sentido de que sin ella no sería posible su propio desenvolvimiento como actividades abiertas a la libre iniciativa empresarial. Y ese carácter esencial de la regulación para estos sectores proviene de un doble componente: su sustrato o apoyo en una infraestructura sobre la que se prestan los correspondientes servicios y en la configuración más o menos unitaria de esa infraestructura, dotada de una capacidad limitada de servicio, lo que conduce derechamente a su explotación unificada y monopólica por el titular de la red. La regulación está así genuinamente asociada a la superación del efecto de cuello de botella o control unitario que comportan ese tipo de infraestructuras para prestar ciertos bienes y servicios.

Como consecuencia de este planteamiento, podemos calificar como sectores regulados a las actividades asociadas a los mercados energéticos, de transporte, de telecomunicaciones, de servicios postales y bursátiles o de valores. Todas ellas son actividades de interés económico general (hay presencia de intereses generales que las cualifican y justifican una intervención pública más intensa), de manera que sobre ellas se vierte una regulación jurídico-económica que tiene unos rasgos comunes que pretenden conciliar la libre competencia y la consecución de unos objetivos básicos de calidad, universalidad y asequibilidad de las prestaciones que se ofrecen a la ciudadanía. De todas formas, como se ha comentado más arriba, no toda la ordenación contenida en la legislación especial de estos sectores es «regulación para la competencia». Precisamente por coherencia con el sentido más estricto de regulación que aquí se defiende debe integrarse en la misma solo lo referente a la formación de los correspondientes mercados, a la operación neutral de las infraestructuras, y a las correcciones de la libertad de comercio mediante obligaciones de servicio público y de servicio universal. El resto son piezas que pueden ser calificadas como de «regulación económica», e incluso de simple «regulación».

## **1. El sector de la energía**

El sector energético es un campo abonado para la regulación, puesto que se asienta sobre inequívocas infraestructuras en red, de capacidad limitada y control unitario. Ya se trate de las redes eléctricas de alta, media y baja tensión, ya se trate de los gaseoductos de alta y baja presión, ya se trate de los oleoductos (y en un futuro próximo, de hidroductos), junto con sus instalaciones estratégicas complementarias (plantas de licuefacción de gas, centrales de regasificación, instalaciones de almacenamiento, plantas de refino de productos petrolíferos), y con sus conexiones internacionales, todas ellas conforman una red de uso imprescindible para la prestación de los correspondientes servicios energéticos, que no tiene sentido duplicar o replicar para cada operador que provee los correspondientes productos. Salvo operaciones aisladas, ninguno de los suministros energéticos es posible sin la intermediación de la red. Incluso las instalaciones de autoconsumo, hoy en clara progresión, necesitan de la red para ser seguras y

rentables, pues solo así pueden verter sus excedentes y recibir auxilio cuando su producción sea insuficiente. La cuestión es que las grandes redes de transporte de energía al por mayor o de distribución de energía al por menor, a pesar de su titularidad privada, están literalmente afectadas a la prestación de los correspondientes servicios. De manera que el titular de las instalaciones se convierte en realidad en un administrador del tráfico conducido a través de las mismas, que no puede discriminar a los operadores que solicitan acceso, y que tiene derecho a percibir unos peajes o derechos de paso que están regulados, para no permitir abusos ni tratos de favor. Además, su actividad regulada es incompatible con el ejercicio simultáneo de actividades libres conectadas (compra o generación de energía y venta a consumidores finales). En el caso del transporte esa incompatibilidad es estricta, si bien en el escalón de la distribución se permite que los operadores de red estén integrados a su vez en grandes compañías energéticas, si bien con sometimiento a unas reglas de separación jurídica y funcional dentro del grupo empresarial, para que el control de esos tramos de red no se ejercite en perjuicio de otros operadores de suministro energético.

## **2. El sector de los transportes**

En el ámbito de los transportes, aunque hay que hacer más distinciones y atender al hecho de que las infraestructuras esenciales son bienes de dominio público, también se vienen a apreciar los rasgos configuradores de los sectores regulados, al menos en algunos de sus subsectores. Por supuesto, los transportes se diferencian en función de sus modalidades (transporte terrestre, aéreo, marítimo) y de su ámbito espacial (transporte urbano e interurbano, nacional o internacional), sin perjuicio de sus posibilidades de intermodalidad e interconexión, cada vez más reforzadas y valiosas. Precisamente esa conectividad produce un efecto de comunicación entre subsectores y modalidades, con independencia de que unos estén abiertos a la competencia y otros no, sin perjuicio de que además surgen cuestiones de competencia entre medios de transporte, en las que las decisiones del regulador resultan capitales<sup>18</sup>.

Dentro del transporte terrestre, que es el más voluminoso, la red de carreteras y vías públicas proporciona una infraestructura o base común, cuya capacidad limitada no es necesario administrar unitariamente, ya que en principio permite un uso común y gratuito por los particulares para sus fines individuales y por los operadores para la prestación de servicios de transporte a terceros. Solo en algunos tramos específicos se establece un sistema de pago o peaje, que tiene que ver con la financiación de la obra

---

18. Es el caso del célebre conflicto entre el sector del taxi y el de las licencias VTC por el mismo segmento del transporte. La tecnología ha abierto opciones antes desconocidas de concertación de servicios de transporte individual de personas en el ámbito urbano e interurbano, que hacen peligrar el tradicional servicio público impropio del taxi. El regulador entra en el conflicto mediante la contingencia del número de licencias VTC, estableciendo un estándar de uno a treinta, para que el nuevo servicio no fagocite al tradicional. Un problema de reserva de ley en el establecimiento del límite abrió una brecha en el sistema de concesión de licencias, que hizo saltar por los aires esa teórica proporción a la que se quería llegar. Además, el Estado quiso quitarse de en medio, trasladando el problema a la decisión de cada comunidad autónoma, dentro un marco general de regulación. La cuestión es que la pugna entre estas modalidades de transporte está sustancialmente en manos del poder regulador, que con sus decisiones delimita el margen de desarrollo de cada uno de estos negocios.

realizada y no con el acceso de los operadores a un mercado condicionado por un cuello de botella que haya que administrar<sup>19</sup>, por lo que no estamos ante un sector o subsector regulado en sentido estricto. Con carácter general, las actividades de transporte de personas y mercancías se sujetan a una autorización reglada (arts. 42 y 48 LOTT). Pero algunos de los servicios de transporte terrestre más estandarizados sí tienen carácter de servicios públicos formales, por lo que no cabe hablar en ellos de mercado «en» competencia sino, en todo caso, de competencia «por» el mercado. Es decir, la competencia entre operadores se centra en la obtención de los correspondientes títulos habilitantes que comportan un derecho exclusivo de prestación de un servicio, ya sea inicialmente o tras la caducidad de los previamente otorgados. Es el caso de los servicios regulares permanentes de transporte de viajeros de uso general (arts. 70 a 86 LOTT), cuyo establecimiento o creación corresponde a la Administración y su prestación en régimen de exclusividad a un concesionario, seleccionado por líneas o por zonas de transporte por medio de un procedimiento abierto, salvo que se opte excepcionalmente por su gestión pública directa. Por su parte, el transporte público de viajeros es también un servicio esencial y reservado a las entidades locales (art. 86.2 LBRL), y concretamente de los municipios cuando es transporte colectivo urbano [art. 25.2.g) LBRL], siendo de prestación obligatoria en aquellos de población superior a 50.000 habitantes [art. 26.1.d) LBRL].

La otra vertiente del transporte terrestre se construye sobre la base de la red de ferrocarril, cuya capacidad es muy rígida y necesita una administración y gestión de la circulación, de la que se ocupan dos entidades públicas empresariales que se encuentran entrelazadas: Adif y Adif Alta Velocidad. Estos gestores de infraestructuras son neutrales e independientes de los distintos operadores de transporte que compiten en un mercado incipiente (Renfe-Ave, monopolista tradicional de titularidad pública, y los nuevos entrantes, como Ouigo —filial de la francesa SNCF— o Iryo —consorcio con participación de la italiana Tranitalia—, que han conducido precisamente a que Renfe genere una división de transporte económico para competir con ellos: Avlo). En este ámbito, sin la regulación del acceso al uso de la red (surcos), que debe administrarse de manera neutral y a cambio del correspondiente canon o pago por uso, no habría posibilidad de mercado.

Por su parte, para la prestación de servicios de transporte aéreo y marítimo es preciso apoyarse en unas infraestructuras de dominio público (pistas de aterrizaje y torres de control, por un lado, y puertos e instalaciones portuarias, por otro), que tienen una capacidad limitada relativa, que requiere una regulación ordenada del tráfico de buques y aeronaves que pasan por ellas con pasajeros y mercancías. La condición demanial de esos bienes ya viene a asegurar el acceso en general por parte de los operadores de transporte, abonando las correspondientes tasas a la entidad pública que los administra en régimen de independencia funcional (Enaire, como gestor

---

19. Ya antes de la pandemia del Covid se abrió el debate en nuestro país sobre la posibilidad de instaurar un sistema de pago por uso para financiar al menos el mantenimiento de las redes viarias de alta capacidad (autopistas y autovías), que en España suman unos 20.000 km, y suponen un coste anual al Estado de unos 1.100 millones de euros. El debate sigue abierto, así como el modelo que deberá implantarse (viñeta o tarifa plana, peajes blandos o simbólicos, peajes en la sombra o peajes puros), que requiere sin duda un pacto político en el Congreso, con las CCAA y con las patronales del transporte y de la construcción, que no es fácil alcanzar. Aunque se adopte este sistema, no por ello pasará a ser el transporte por carretera un «sector regulado» en sentido propio.

aeroportuario, y cada Autoridad Portuaria, como gestor del correspondiente puerto). Pero por razones de orden y de capacidad es también preciso establecer un régimen neutral de asignación de slots o franjas de uso de la infraestructura, sobre todo en los aeropuertos, lo que proporciona a estas actividades su carácter de sector regulado.

### **3. El sector de las telecomunicaciones**

Las telecomunicaciones vienen siendo un sector regulado típico, cuya liberalización ha avanzado de manera muy significativa, en parte por la relativización de la rigidez de las infraestructuras sobre las que se organizan esos servicios, gracias a las nuevas tecnologías. Frente a la tradicional línea telefónica fija, que requería conexión física de su trazado hasta el domicilio o destino final de la comunicación telefónica (la llamada *última milla*) y que por ello constituía un genuino monopolio natural en manos de la Compañía Telefónica Nacional de España, fundada en tiempos de Primo de Rivera, las nuevas redes han revolucionado el sector, de manera que hoy casi cualquier persona lleva en el bolsillo una terminal telefónica con conexión a internet y a múltiples servicios asociados. Estas redes se caracterizan por tener mucha más capacidad y potencia (si bien el tráfico o volumen de datos que requieren los servicios a prestar es también mucho mayor), de forma que son susceptibles de uso compartido y permiten la aparición de operadores sin red propia. Y, sobre todo, las redes ya no requieren en muchos casos una conexión física continua o por cable<sup>20</sup>, por lo que su implantación territorial es más asequible. En consecuencia, la regulación del sector encuentra anclaje, más que en la superación del control de una infraestructura unitaria, en el establecimiento de un régimen para el acceso e interconexión entre redes múltiples de comunicaciones electrónicas, así como para el uso compartido de instalaciones (tanto el llamado acceso itinerante localizado como el uso compartido de la infraestructura pasiva, e incluso activa), que puede acordarse como obligatorio. En segundo lugar, la regulación tiene también fundamento en la administración de los derechos de uso del espacio radioeléctrico, que se declara de carácter demanial y requiere en muchos casos de títulos habilitantes, que pueden ser limitados en número<sup>21</sup>. Tanto los operadores de comunicaciones electrónicas como los prestadores de servicios de comunicación audiovisual necesitan utilizar esa especie de «infraestructura» pública que es el espectro radioeléctrico, que se les adjudica mediante concesiones de uso privativo. La asignación de derechos de uso del dominio público radioeléctrico debe ser neutral, en el sentido de no incidir en la competencia entre operadores y prestadores de servicio

---

20. Es el caso de las redes satelitales y de telefonía móvil. Por su parte, las redes de fibra óptica, que sí requieren cableado, ya se han extendido por muchos núcleos urbanos y hoy se instalan de partida en las nuevas urbanizaciones.

21. Según la LGT el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público estatal (art. 85.1), que abarca también a las frecuencias radioeléctricas que utilizan los satélites y a los recursos órbita-espectro bajo soberanía española (art. 85.5). Esta declaración tiene un sentido instrumental, pues el objetivo es «el establecimiento de un marco jurídico que asegure unas condiciones armonizadas para su uso y que permita su disponibilidad y uso eficiente» (art. 85.4), de manera que es el Estado quien administra el espectro, regula el uso común, especial o privativo, según los casos, y otorga los títulos habilitantes necesarios para estos dos últimos tipos de uso, mediante autorizaciones (individuales o generales), afectaciones y concesiones (art. 88).

(art. 88.10 LGT), y seguir criterios objetivos cuando sea necesario su otorgamiento mediante un procedimiento de licitación (art. 89 LGT), en cuyo caso la prioridad será «fomentar la competencia», así como promover la cobertura y la calidad de los servicios. En este sentido, es apodíctico el art. 90.1 LGT cuando prescribe con carácter general que «Se promoverá una competencia efectiva y se evitará el falseamiento de la competencia cuando se tomen decisiones referentes a la asignación o modificación de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico», añadiendo a continuación en sus apartados 2 y 3 toda una serie de medidas, criterios y condiciones que el regulador (el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, asistido previamente por la CNMC) puede imponer para lograrlo.

#### **4. El sector de los servicios postales**

El sector postal se define también como servicio de interés económico general abierto a la competencia desde 1998. Esta parte de las comunicaciones y del comercio constituye un servicio indispensable para el desenvolvimiento de nuestra sociedad (por lo que tiene que tener las características de universalidad, estabilidad y asequibilidad de precios), y se ha dinamizado enormemente con las nuevas tecnologías y el boom del comercio electrónico. Es verdad que la infraestructura para su prestación tiene aquí una naturaleza logística y privada, basada en nodos y centros intercomunicados por medio del transporte de cartas y paquetería, que no tiene estrictamente carácter unitario o no duplicable. Pero, por un lado, está el hecho de la explotación tradicional en régimen de monopolio de este servicio (el servicio postal es una de las redes más antiguas puestas en marcha por los Estados), cuyo arrastre sigue hoy presente a pesar de la liberalización introducida en buena parte de sus ámbitos en cuanto al acceso y a los precios. En esta dirección han empujado sucesivas directivas europeas, con la mirada puesta en el mercado interior de servicios postales. Por otro lado, está, sobre todo, la necesidad de asegurar el denominado servicio universal, con carácter permanente, en todo el territorio y para toda la población, con unos estándares de calidad y fiabilidad, lo que justifica una intervención reguladora que aspira a la conformación de unos mercados de servicios competitivos, pero imponiendo una serie de prestaciones asequibles y garantizadas. El regulador debe ejercer la responsabilidad de concretar el alcance de las obligaciones de servicio público que haya que imponer a los operadores, con sus posibilidades de reclamación y garantía en caso de ser desatendidas, y, sobre todo, establecer el régimen de financiación del coste financiero injusto que pueda suponer la prestación de ese servicio universal por parte del operador único designado por ley (la Sociedad Anónima Estatal Correos y Telégrafos, según la disposición adicional primera de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre), y que se reparte entre todos los operadores autorizados y los presupuestos generales del Estado. De manera que se cumplen en esta actividad de envíos postales las notas de régimen jurídico de los sectores regulados: la necesidad de establecer, para que haya competencia, el acceso a la red y a otras infraestructuras postales, el régimen de la resolución de conflictos entre operadores, el establecimiento de una autoridad nacional de reglamentación (papel compartido por el Gobierno, el Ministerio de Fomento y la CNMC), y la necesidad de marcar unos estándares de prestación de ciertos servicios básicos con tarifas reguladas como derechos de todo usuario, con independencia de su ubicación y posición económica

(el denominado servicio postal universal, que da título a las dos piezas legislativas sucesivas de 1998 y 2010 que hemos tenido en la materia).

## **5. El sector de los mercados financieros**

También determinados mercados financieros pueden ser catalogados como sector regulado al requerir de una intervención pública configuradora que los haga posibles, aunque tengan una fisonomía singular y diferente de los anteriores. Desde luego, los mercados financieros tienen una enorme pujanza y trascendencia para la economía de las naciones, y aunque evidentemente sus movimientos vienen definidos por las operaciones de los actores con patrimonio financiero que actúan en ellos, existen intereses generales muy relevantes que se proyectan sobre los mismos y justifican una regulación, una supervisión y un seguimiento semejantes a los de los sectores en red. Porque, además, en determinados segmentos se requieren unas infraestructuras estratégicas que sean soporte de las transacciones y den seguridad a los operadores, como las bolsas y los sistemas de compensación, liquidación y registro de instrumentos financieros. Más que una red física o material para la prestación de servicios, se trata de una infraestructura organizativa y neutral, de base tecnológica, cuyo diseño cada vez viene más marcado desde instancias europeas comunes. Esas infraestructuras o centros de negociación no son de titularidad pública, pero precisamente por eso necesitan de una regulación pública que establezca unas garantías y proporcione un marco de seguridad jurídica para las operaciones financieras que a través de ellas se desarrollan. De esta forma, al igual que ocurre con los mercados regulados en general, cabe identificar en el sector financiero organizado tres niveles o tipos de sujetos que intervienen en posiciones distintas e independientes, que hacen posible su funcionamiento: los reguladores, los titulares de infraestructuras y los múltiples operadores concretos de productos financieros<sup>22</sup>.

A estos efectos, la Ley del Mercado de Valores, cuyo texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, con importantes modificaciones posteriores, diferencia entre mercados primarios y secundarios de valores. Los primeros permiten la libre emisión de valores o activos financieros por parte de todas aquellas entidades que quieran obtener financiación (art. 33), que obtienen a cambio de la venta directa de nuevas acciones, obligaciones o bonos. A partir de esa emisión inicial y con determinadas condiciones, esos títulos pueden pasar a cotizar y negociarse en

---

22. En el caso de los mercados financieros, tienen el estatus de «reguladores» el Banco de España y el FROB para las entidades de crédito, la CNMV para los mercados de valores y la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones para estos productos. En cuanto a las «infraestructuras», hay que contar a las sociedades rectoras de bolsas, los depositarios centrales de valores (para la llevanza del registro contable de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta, reguladas por los art. 97 y ss LMV) y las entidades de contrapartida central (que son también sociedades anónimas con funciones de compensación, liquidación y registro de operaciones extrabursátiles con valores, en las que actúan como intermediarios entre comprador y vendedor de productos financieros derivados, cuyo régimen recogen los arts. 103 y ss LMV). En tercer lugar, se encuentran los «operadores» en sí, que compiten entre ellos: las empresas de mediación financiera, las entidades de inversión colectiva y las entidades de crédito.

mercados secundarios, que ya tienen el carácter de regulados<sup>23</sup>. Uno de los mercados secundarios más conocidos son las bolsas de valores, que son foros oficiales de negociación multilateral de títulos de sociedades cotizadas por acciones, cuya organización se encomienda a unas sociedades mercantiles, sujetas a una regulación especial y a previa autorización. El primer requisito para obtener esta autorización es, precisamente, contar con una «sociedad rectora, que tendrá la forma de sociedad anónima y cuyas funciones básicas serán la administración y gestión del mercado así como la supervisión de su funcionamiento» [art. 45.1.a) LMV]. Es decir, que esa entidad, a pesar de su naturaleza mercantil, operará como una especie de *administración* del mercado secundario, razón por la cual su actividad estará concentrada solo en la gestión de ese mercado<sup>24</sup>, sin poder servir a intereses de parte<sup>25</sup>. Para ello, se somete a estas sociedades a una regulación muy específica, que alcanza a su sistema de gobierno corporativo, a la designación de su personal directivo y a la composición de su accionariado<sup>26</sup>. Son, por tanto, entidades privadas, pero sujetas a una autorización reguladora, que va más allá de la mera remoción de un control para el ejercicio de una actividad, porque tiene carácter conformador y proporciona todo un estatus al sujeto autorizado, con una serie de poderes unilaterales y de funciones públicas asignadas, quedando este sometido a una estrecha supervisión por parte de la autoridad reguladora independiente de la CNMC.

A su vez, como la ley permite la constitución de distintas bolsas de valores en el territorio, prevé también un instrumento de coordinación técnica entre todas ellas,

---

23. Según el art. 43 LMV los mercados secundarios oficiales son mercados regulados, que pueden adoptar la forma de Bolsas de Valores, de Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, de Mercados de Futuros y Opciones a partir de algún activo subyacente, y de Mercado de Renta Fija, sin perjuicio de otras modalidades que puedan autorizarse a nivel estatal o autonómico. La CNMV tiene obligación de tener un listado actualizado de todos ellos.

24. El art. 54 LMV establece que la sociedad rectora de una bolsa de valores será responsable de su organización y funcionamiento internos, y será titular de los medios necesarios para ello, siendo éste su objeto social principal. Caben, por tanto, actividades complementarias, pero no podrán realizar ninguna actividad de intermediación financiera, ni los servicios y actividades de inversión de los arts. 140 y 141 LVM. Con carácter más general el art. 3.1 del Real Decreto-ley 21/2017 establece que todos los «mercados regulados estarán regidos y administrados por una entidad que ostentará la condición legal de organismo rector del correspondiente mercado», los cuales «serán responsables de asegurar que los mercados regulados que gestionan cumplen con todos los requisitos establecidos en este real decreto-ley y, en su caso, en su normativa de desarrollo».

25. En este sentido, es expresivo el art. 6.2 del Real Decreto-ley 21/2017, según el cual «Los organismos rectores no podrán ejecutar órdenes de clientes por cuenta propia o recurrir a la interposición de cuenta propia, con o sin riesgo, en ninguno de los mercados regulados en los que operen».

26. Para empezar, la solicitud de autorización de una bolsa de valores se acompañará del borrador de estatutos sociales y del proyecto de reglamento de mercado que va a aplicar, siendo exigibles a la entidad las reglas de gobierno corporativo establecidas en el art. 182 LMV. Reglas que imponen «un sistema de gobierno corporativo que garantice una gestión eficaz y prudente de la entidad, y que incluya el adecuado reparto de funciones en la organización y la prevención de conflictos de intereses, promoviendo la integridad del mercado y el interés de los clientes», de acuerdo con una serie de principios. Además, corresponde a la CNMV aprobar el nombramiento de los miembros del consejo de administración de la sociedad rectora y de sus órganos directivos, pudiendo oponerse por constituir «una amenaza significativa para la gestión y el funcionamiento adecuado y prudente del mercado» (art. 47 LMV). Y a estas sociedades se aplicará el régimen de control de participaciones significativas de la LMV para empresas de servicios de inversión.

que es la «Sociedad de bolsas». Se trata de una sociedad participada a partes iguales en su capital por todas las sociedades rectoras de bolsas, cuyo objeto es la gestión del Sistema de Interconexión Bursátil de ámbito estatal, que es la red informática que permite la negociación de valores que estén admitidos a cotización en más de dos bolsas de valores, asignando cada operación a una sola de ellas (arts. 56 y 57 LMV). Conviene subrayar que todo el conglomerado de infraestructuras financieras en España tiene una unidad jurídica, pues todos los mercados de valores y sistemas financieros, incluyendo los sistemas de registro, compensación y liquidación de valores, las bolsas de Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia, así como la mencionada Sociedad de bolsas, están aglutinados y son operados por una macroentidad que es «Bolsas y Mercados Españoles» (BME). Este holding, con forma sociedad anónima, se constituyó en 2001 y, desde 2006, cotiza ella misma en bolsa. Con la particularidad de que desde 2020 ha pasado a estar íntegramente en manos del grupo SIX (*Swiss Infrastructure and Exchange*), el potente operador suizo de mercados financieros. No deja de ser llamativo que toda la infraestructura española mercados de valores y sistemas financieros sea de titularidad de una entidad privada extranjera. Pero es que la regulación para la competencia, al asegurar la neutralidad en la administración de las infraestructuras, consigue precisamente que las redes funciones con independencia de quién sea su titular (una entidad pública o privada, una entidad nacional o extranjera).

#### **IV. SOBRE LA CENTRALIDAD DE LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES REGULADOS Y EN EL DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO EN LA UE**

La apertura a la competencia es el eje vertebral de los sectores regulados y del concepto estricto de regulación (que precisamente debe ser apellidada en este ámbito como «regulación para la competencia», y va más allá de la «regulación económica» y de la «regulación», en general). Porque el objeto de esa actividad pública de intervención es conseguir que una serie de sectores económicos organizados a partir de infraestructuras esenciales o estratégicas operen en régimen de mercado y que, de esa forma, sea posible garantizar una provisión universal de bienes y servicios que tienen un valor esencial e indispensable para la calidad de vida de todas las personas. Ahora bien, esa centralidad de la competencia no está encapsulada en el terreno de los sectores regulados, aunque allí adquiere perfiles específicos. Todo el Derecho público económico está hoy permeado por esa necesidad de respeto a la competencia, y lo está por proyección decidida del sistema de la Unión Europea en el que estamos integrados.

El sentido de este último epígrafe consiste en destacar tres ideas interconectadas sobre esa centralidad de la competencia. Primero, que, como ya se viene apuntando, la competencia es consustancial al marco de ordenación de los servicios de interés económico general, pero que, a la vez —y aunque parezca paradójico— juega una función absolutamente instrumental. Segundo, que el libre desenvolvimiento de los mercados y de las actividades económicas viene introducido y respaldado desde el Derecho de la Unión Europea, con una serie de manifestaciones que han transformado por completo nuestro Derecho público económico, más allá de los específicos sectores regulados. La defensa de la competencia siempre ha tenido un valor en nuestro

sistema jurídico<sup>27</sup>, pero la integración europea le ha proporcionado una nueva dimensión, con una singular proyección en el campo de lo público, ya que las Administraciones públicas ejercen funciones públicas muy relevantes, que pueden condicionar y alterar indebidamente la libre pugna empresarial en las actividades económicas. Y tercero, que la centralidad de la competencia explica el intenso nivel de control del legislador que se ha alcanzado en los denominados sectores regulados.

## 1. El valor esencial e instrumental de la competencia en los sectores regulados

El valor esencial de la competencia va de suyo en los sectores regulados, ya que la regulación tiene en ellos un sentido constitutivo, puesto que su objeto es la configuración misma del mercado correspondiente. Se puede afirmar que estos sectores no es que «tengan» regulación, sino que «son» regulación, en el sentido de que sin la misma no podrían desenvolverse más que como monopolios asociados a las correlativas infraestructuras. Son sectores contruidos hoy sobre una regulación que los diseña, y no actividades meramente intervenidas o condicionadas por disposiciones regulatorias, como ocurre en todo sector económico. El objeto de la regulación es conciliar la libre prestación de servicios y la libertad de elección de los consumidores y usuarios con la imposibilidad de que cada operador cuente con una infraestructura propia que le permita acceder a sus clientes. En este ámbito las principales técnicas jurídicas empleadas tienen que ver con el aseguramiento de la neutralidad de las redes, en cuanto a su titularidad y gestión, y con la garantía de los derechos de acceso y uso de las mismas para la prestación de servicios.

A la vez, es evidente que el logro de la concurrencia entre operadores no es el fin último de la ordenación de los sectores regulados, sino solo el fin instrumental o inmediato con el que garantizar el verdadero objetivo sustancial que se persigue: la provisión universal y a un precio razonable de una serie de bienes y servicios básicos y de calidad suficiente a toda la colectividad. De nada sirve el logro de la competencia si sus prometidos efectos no se trasladan a la ciudadanía y se pone en riesgo la garantía de aprovisionamiento universal, estable y asequible de una serie de prestaciones (suministro de energía, medios de transporte, medios de comunicación, servicios postales, mercados bursátiles) que están asociadas a nuestro modelo de vida. Por eso, para asegurar que se alcanza la universalidad sin discriminación para los ciudadanos más vulnerables, queda justificada la introducción de las correcciones necesarias por parte del poder regulador. En concreto, el instrumento de corrección son las denominadas obligaciones de servicio público y de servicio universal, que se pueden imponer a ciertos operadores o al conjunto de ellos<sup>28</sup>. Eso sí, sin desequilibrar por ello la libre concurrencia entre ellos, como se destacará después.

---

27. Sobre la evolución del Derecho de la competencia en España son de interés los capítulos 7 a 9 de la amplia monografía del profesor Soriano García (1998, 253 a 300), precedidos de un capítulo 3 (pp. 63 a 75) sobre el bajo valor tradicional que ha tenido en nuestro país este aspecto del orden público económico.

28. La STJUE Engie Cartagena, de 19 de noviembre de 2019, Asunto C-523/18, viene a definir esas obligaciones de servicio público como medidas de intervención pública en un mercado para

La distinción entre el concepto amplio y estricto de regulación, y la diferenciación entre el fin instrumental y el fin último de la regulación, hacen que, como vengo defendiendo desde hace tiempo (CABALLERO SÁNCHEZ, 2011, 63 a 69), convenga distinguir entre las técnicas de regulación «de» la competencia, «para» la competencia y «contra» la competencia en los sectores regulados. Aunque no hay espacio para reiterarlo aquí en detalle, la regulación «de» la competencia equivale al Derecho público de la competencia, al que ha dedicado tantos esfuerzos el profesor SORIANO, que se proyecta de manera horizontal sobre todas las actividades económicas (y que por eso se corresponde con el sentido amplio de «regulación económica»), previniendo y rechazando las conductas que atenten contra ella. La regulación «para» la competencia es esa regulación constitutiva y específica de los sectores en red a la que nos acabamos de referir, y que se corresponde con el concepto estricto más arriba abordado. Y la regulación «contra» la competencia son las correcciones introducidas a ese régimen de mercado que, a pesar de obstaculizar su libre desenvolvimiento, son imprescindibles para asegurar los fines sociales que se quieren alcanzar. Esta vertiente también queda integrada dentro del concepto estricto, puesto que lo complementa cuando es necesario mediante esas correcciones finalistas. Precisamente el carácter finalista de esos objetivos da a estas técnicas «contra» la competencia un sentido prioritario y esencial, que no es renunciable, a pesar del carácter negativo que pueda tener la preposición que se utiliza para denominarlas, y que solo persigue facilitar la expresividad de esa trilogía conceptual que se propone. Perfectamente se podría hablar de técnicas de defensa de la competencia (su denominación tradicional), de técnicas de introducción de la competencia y de técnicas de garantía de la universalidad de los servicios de interés económico general, si se quiere utilizar otro modo de expresión<sup>29</sup>.

---

la consecución de un objetivo de interés económico general —tal como la seguridad, la regularidad, la calidad, el precio de los suministros, o la protección del medio ambiente—, por las que se imponen a los operadores unos criterios de actuación diferentes a los de su exclusivo interés comercial. En este caso, se negó que las contribuciones obligatorias de ciertas empresas eléctricas al Fondo Nacional de Ahorro y Eficiencia Energética, introducidas por una ley española, tuvieran esa naturaleza, ya que se impusieron al margen del mercado y de las relaciones de las compañías con sus clientes.

29. De alguna forma, la sana competencia saca lo mejor de nosotros mismos, y por eso es el contexto en el que se desenvuelve, en principio, la vida humana. No solo el comercio o los sectores económicos, sino también otras actividades tan relevantes como el deporte, el juego, el acceso al empleo público, o los procesos electorales. Además, la competencia está hondamente arraigada en el valor de la igualdad, entendida como igualdad de oportunidades, la cual requiere precisamente unas reglas comunes respetadas por todos, e incluso correcciones que compensen las desigualdades injustas de partida que afectan a determinadas personas o colectivos. Naturalmente, hay muchos ámbitos que no pueden quedar expuestos a la rivalidad de los contendientes, al estar en juego la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales. En ellos, la universalidad de los servicios y las prestaciones resulta innegociable. Pues bien, en los sectores regulados se vendrían a intentar conciliar esos dos elementos de la sana competencia y de la universalidad necesaria de ciertos productos y servicios: la competencia como medio instrumental y la universalidad como fin último y corrector del anterior. Reto que se antoja en extremo complicado de superar.

## 2. La transformación del Derecho público económico de los Estados miembros a partir de la garantía de la libre competencia en el Derecho de la UE

Como es conocido, la libre competencia es realmente la clave de bóveda sobre la que se ha construido la Unión Europea. Es cierto que el proceso de construcción e integración europea es mucho más ambicioso que el inicial proyecto de superación de barreras comerciales con el que arrancó, y que aspira a cimentarse sobre una identidad cultural y ciudadana y a lograr la creación de un actor político que la represente, tanto hacia el exterior (con la política exterior y de seguridad común) como hacia el interior (con la cooperación policial y judicial). Pero sin perder nunca la referencia de la integración económica que propusieron las comunidades originarias, destinada a conformar progresivamente un auténtico mercado interior europeo en todos los órdenes posibles, que está en el ADN de la UE y de su ordenamiento jurídico fundamental<sup>30</sup>.

Esa orientación hacia el mercado va mucho más allá de la tradicional defensa de la competencia, que comporta la tutela por el Estado de la libre concurrencia frente a abusos y prácticas anticompetitivas entre operadores económicos. Porque no es solo una directriz defensiva, sino una fuerza conquistadora, que aspira a conseguir en todos los campos posibles que las transacciones económicas se guíen por criterios de mercado, singularmente en lo que toca a la acción misma de los poderes públicos, que son agentes reguladores y económicos de primer orden. Con independencia de sus funciones de autoridad, que evidentemente no se rigen por criterios económicos, cuando el ejercicio del poder público incide en cualquier tipo de relaciones comerciales, no debe desequilibrar o interferir en la libre disputa entre operadores, y si lo hace, debe ser de una forma equitativa o no descompensadora. Valgan tres ejemplos para ilustrar lo que se quiere expresar, que son tres piezas fundamentales de nuestro Derecho público económico: el control de las ayudas de Estado, la ordenación de la contratación pública y la configuración de los títulos habilitantes para el ejercicio de actividades económicas (entre otros muchos ejemplos que se podrían poner).

La disciplina sobre las ayudas públicas<sup>31</sup> ha adquirido una importancia capital en estos decenios, al revelarse que el propio poder público puede distorsionar el mercado interior, tanto con los ingentes fondos públicos que libera como con la regulación y la política fiscal que impone. Llama la atención que este control aglutina una parcela muy significativa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, obligado a pronunciarse en disputas originadas por el santo celo de la Comisión Europea en detectar las ayudas ilegales o no notificadas, en erradicar las ayudas no compatibles con el Tratado, y en conseguir su efectiva recuperación. A partir de un concepto legal muy amplio de ayuda incompatible como aquellas que, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, que

---

30. No deja de ser revelador el hecho de que el término «mercado» aparezca 76 veces a lo largo del TFUE, y que la expresión «mercado interior» se recoja hasta en 47 ocasiones. De acuerdo con el art. 26.2 TFUE, el mercado interior es sinónimo de un espacio sin fronteras interiores, en el que se garantiza la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

31. Arts. 107 a 109 TFUE, y el Reglamento UE 2015/1589, de 13 de julio, sobre la fiscalización y control de ayudas por la Comisión Europea, complementado por el Reglamento CE 794/2004, de 21 de abril.

afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, el Tribunal de Justicia ha fijado los cuatro requisitos para identificarlas (concesión de una ventaja a sus beneficiarios; que tenga carácter selectivo, ya sea por territorio como por sujetos beneficiarios; que sea otorgada por un Estado miembro o con recursos públicos; y que afecte a la competencia y a los intercambios entre Estados), los cuales son interpretados además en sentido amplio, de manera que se reputan ayudas tanto prestaciones positivas (subvenciones) como negativas (liberación de cargas), atendiendo sobre todo al resultado económico de cada medida. Toda esta construcción lleva a un férreo control de la igualdad entre competidores, y a la interdicción de que la acción pública desequilibre las condiciones de mercado en favor de algunos de ellos.

En segundo lugar, la contratación pública es un sector completamente transformado por nuestra incorporación a la UE, en el que la preocupación por la creación de un verdadero mercado interior, abierto y competitivo ha vertebrado toda su evolución, que ha llegado a convertirse casi en una obsesión excesiva. Hasta el punto de que autores de referencia han formulado críticas que reclaman la recuperación de dosis de sensatez. Así, SANTAMARÍA PASTOR (2021, Relación, 92) denuncia que el tesón del legislador comunitario en asegurar los valores de publicidad, igualdad y competencia en las fases de preparación y adjudicación de los contratos del sector público (persiguiendo con denuedo toda manifestación de huida del Derecho administrativo en cuanto al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de esa normativa) «contrasta vivamente con el notorio desinterés que acredita a la hora de regular la ejecución del contrato y sus incidencias», que al final es lo que da sentido a todo el proceso. Por su parte, GIMENO FELIÚ (2022) reclama la superación de la visión tradicional exclusivamente apegada a la adjudicación de contratos a la oferta más económica, y su orientación más integral hacia criterios de calidad, que permitan obtener el mejor resultado con la capacidad financiera asumible. En todo caso, el eje vertebral de la ordenación del *public procurement* en la Unión Europea reside en el aseguramiento de que todo el gasto público de las Administraciones de los Estados miembros para la cobertura de sus ingentes necesidades (que alcanza casi un 20% del PIB de cada país) se guía por criterios de racionalidad económica y, por tanto, de mercado. Ni se escamotean encargos contractuales mediante encomiendas a entidades públicas que debieran competir por obtenerlas, ni se adjudican contratos a quien no presenta la mejor oferta: el respeto a la libre competencia es el alma de la contratación pública.

Como tercer ejemplo de esta expansión de la defensa acérrima de la competencia en el Derecho público económico en la UE cabe aludir a la gestación del concepto de «razones imperiosas de interés general»<sup>32</sup>, creado como único dique legítimo de cobertura para la imposición de limitaciones y regímenes de autorización administrativa para el ejercicio de actividades económicas. Ya se mencionó antes la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servi-

---

32. Resulta llamativo el recurso a este tipo de expresiones grandilocuentes. Da la impresión de que el legislador no confía en la interpretación laxa que luego la Administración hace de los conceptos jurídicos indeterminados que emplea, y se ve obligado a utilizar términos superlativos. No basta con aludir a motivos de interés general, sino que han de ser «imperiosos». E incluso en determinados ámbitos pasa a exigirse la concurrencia de «razones imperiosas de interés público *de primer orden*» (art. 6.4 de la Directiva de hábitats: Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres).

cios en el mercado interior, en la que se introduce este concepto de origen jurisprudencial. De hecho, según el art. 4.8 de la Directiva esas razones son las identificadas como tales por el Tribunal de Justicia, sin perjuicio de las ya consolidadas, que allí se enumeran. A partir de ahí, se controlan luego los excesos en que incurre el regulador, imponiendo requisitos que, por muy sensatos y objetivos que parezcan, constituyen barreras de entrada para competir en un sector<sup>33</sup>. El régimen de títulos habilitantes impuestos por los poderes públicos para el acceso al ejercicio de actividades económicas debe ser lo menos restrictivo posible, sometiéndose a un examen de proporcionalidad que en el fondo lo que protege es la libre competencia en el mercado interior.

### **3. El control de la discrecionalidad del legislador en los sectores regulados por razón de la competencia**

La orientación hacia la competencia define, sin duda, la ordenación europea de los sectores regulados. Con la característica, como antes se ha mencionado, de que aquí la regulación tiene el reto, no ya de proteger la libre competencia, sino de introducirla o hacerla efectiva, mediante una acción configuradora del sector. En esta línea, el art. 106.2 TFUE (ya presente en el TCE como art. 86) asevera que las «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia»<sup>34</sup>. Si bien matiza que ese sometimiento se producirá en la medida en que «no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada». Es decir, que, como venimos afirmando, lo prioritario son los fines a los que sirven estas actividades, que tienen una dimensión social de aseguramiento de prestaciones básicas universales y asequibles. Pero el medio o instrumento esencial con el que se pretende alcanzar ese resultado es la libre competencia.

Resulta llamativo cómo este planteamiento aflora a la hora de acometer los procesos de reforma y de regulación en la Unión Europea. Un ejemplo preclaro es el movimiento de revisión del mercado eléctrico mayorista en el que nos encontramos inmersos. La crisis de los precios de la energía y la guerra de Ucrania han puesto en riesgo la estabilidad y asequibilidad de ciertos suministros fundamentales para nuestra eco-

---

33. Es el caso de las SSTs de 6.3.2020, RJ 809; de 10.3.2020, RJ 746, y de 28.9.2020, RJ 3295, todas ellas en materia de transporte por carretera, en las que se veta la introducción por el legislador de exigencias en cuanto a la antigüedad de los vehículos de la flota del transportista por no estar fundamentadas en una razón imperiosa de interés general. Lo que en abstracto se puede considerar razonable (a menor antigüedad de los vehículos mayor seguridad) es desmontado por el Tribunal Supremo, por apelación a la jurisprudencia comunitaria y, en definitiva, al principio de proporcionalidad. Si ya existe una regulación general sobre las inspecciones técnicas de vehículos, que garantizan sus condiciones para la circulación, no tiene justificación la introducción de exigencias adicionales, que en realidad se convierten en una barrera de entrada para posibles operadores del sector.

34. Luego ese objetivo se reitera respecto de los distintos sectores de intervención. Así, en el ámbito de la energía el art. 294.1 TFUE vuelve a apelar a la consecución de un verdadero mercado interior: «En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros: a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía».

nomía y para nuestra vida residencial: el gas, la electricidad y los carburantes. Las tensiones de precios e inflación han requerido acciones paliativas y urgentes de los gobiernos para proteger a los colectivos más vulnerables, y han revelado las deficiencias de un mercado marginalista de electricidad, que multiplica el precio de toda la energía que es necesario adquirir para satisfacer la demanda, incluso cuando procede de centrales de producción que no utilizan materias primas fósiles para generar energía (generando los célebres *windfall profits*, que el Real Decreto-ley 6/2022, de 26 de marzo, quiso eliminar). Sin embargo, esta crisis no ha llevado a replantear el modelo en sí (mercado organizado de interés general y sujeto a regulación), sino a buscar su mejora o perfeccionamiento. Y esa corrección, aún no concluida, parece que va en la línea de seguir garantizando que haya un verdadero mercado, y que este dé la adecuada señal de precio del suministro<sup>35</sup>.

Más allá de este ejemplo —el desenlace de la crisis abierta todavía es incierto—, quisiera poner de manifiesto cómo en las principales polémicas surgidas en los últimos años por el cuestionamiento de medidas adoptadas por el legislador a causa de su impacto económico en los operadores de los sectores regulados, en realidad su trasfondo es el de la defensa de la competencia, y en particular la no alteración de la libre competencia por las decisiones del regulador. La batalla está servida, porque frente a la libertad creativa del poder regulador se alzan en los sectores regulados operadores de especial envergadura (*public utilities*), que tienen fuerza como lobby y no escatiman medios para combatir las medidas gravosas que aquel les impone, aunque sea mediante disposiciones con rango de ley. En concreto, en el ámbito de la energía destaca el establecimiento mediante Decreto-ley de mecanismos de aportaciones obligatorias para la financiación de necesidades públicas. Como el denominado bono social eléctrico.

No hay espacio aquí para describir con detalle toda esta polémica, pero basta con apuntar una reflexión, que ofrece sustento a la postura que aquí se mantiene. La defensa de la libre competencia en los sectores regulados y, más concretamente, de la igualdad de condiciones en que los operadores que compiten en aquellos, han permitido controlar y anular relevantes decisiones del legislador. Este goza de una amplia discrecionalidad para la ordenación de sectores económicos, y en particular para im-

---

35. En marzo de 2023 la Comisión Europea ha presentado su iniciativa de reforma del mercado eléctrico, que supondrá la modificación, entre otras disposiciones, del Reglamento (UE) 1227/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía, y de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Ahora la reforma legislativa deberá ser estudiada por el Parlamento y el Consejo. Frente a la posición liderada por España, que defendía un mayor intervencionismo público en el mercado, parece que ha triunfado de momento la posición alemana de flexibilización de las transacciones. Se trata de respetar su configuración marginalista, pero de contribuir a rebajar las tensiones diarias de precios mediante el fomento de contratos a más largo plazo con productores de energía no fósil (los Acuerdos de Compra de Energía o *Power Purchase Agreements, PPA*) y los contratos de futuros, así como de la celebración de contratos de liquidación por diferencias. Además, se promoverán los contratos de suministro con precios dinámicos, que permitan aprovechar los periodos en que el mercado organizado ofrezca precios más bajos, y se admitirá la fijación de precios regulados para consumidores domésticos y PYMES en periodos de crisis. Con todo, ya es un logro que la presión española haya conseguido que la UE se abra a una modificación del mercado actual, que no se atisbaba como posible un año atrás.

poner prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria (art. 31.3 CE)<sup>36</sup>, pero al hacerlo tiene que ser escrupuloso para no introducir desigualdades entre operadores o competidores. Igualdad que comporta que el peso financiero de esas obligaciones se reparta de manera ecuánime y justa entre todos los operadores, y en atención, como es lógico, a su respectivo peso en el mercado. Si no se hace así, la medida resulta discriminatoria, porque condiciona el mercado y beneficia (o perjudica) con más intensidad a unos operadores que a otros. Esa es la explicación por la cual la regulación del bono social eléctrico, creado en 2009 como un descuento en la factura de la luz para los hogares vulnerables, ha sido declarado por tres veces contrario a las sucesivas Directivas del mercado interior de la electricidad<sup>37</sup>, que exige taxativamente que las obligaciones de servicio público que se impongan «deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales» (art. 9.2 de la vigente Directiva 2019/944)<sup>38</sup>. Hasta que en 2022 el legislador estatal ha dado su brazo a torcer y ha accedido a repartir el peso de la financiación de estos descuentos entre todos los operadores de todos los tramos de actividad del suministro eléctrico (productores, transportistas, distribuidores, comercializadores, e incluso a los consumidores directos de mercado) y en atención a su peso en el mercado (volumen de producción, retribución obtenida por el transporte, cuota de clientes conectados, cuota de clientes suministrados y volumen de energía adquirida en el mercado, respectivamente)<sup>39</sup>.

El legislador de los sectores regulados puede diseñar mecanismos de intervención y estos pueden tener una traducción financiera para los operadores, pero no podrá

---

36. La enigmática referencia del art. 31.3 CE a las prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, desnuda de toda referencia material, ha encontrado un fecundo cauce en los sectores regulados. A diferencia de las prestaciones de naturaleza tributaria para el sostenimiento de los gastos públicos, tradicionalmente calificadas como tributos, para las que el art. 31.1 CE sí que establece principios materiales de regulación. Por su parte, el Derecho de la Unión Europea ha alumbrado de manera más específica el concepto de obligación de servicio público, aludida en una nota anterior, para permitir que los legisladores nacionales impongan prestaciones materiales o financieras a los operadores de los sectores regulados, en atención a la consecución de fines de interés económico general.

37. Así ha ocurrido en 2012 [STS de 7.2.2012, RJ 3348], en 2016 [STS de 24.10.2016, RJ 5331, con confirmación en 2021 por la STS de 20.12.2021, RJ 2022\125, como consecuencia de la STC 37/2019 y del posterior pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Luxemburgo de 14 de octubre de 2021), y en 2022 [STS de 31.1.2022, RJ 2197].

38. Estas exigencias de igualdad o no discriminación y de no desequilibrio de la competencia son una constante en la configuración de las obligaciones de servicio público. Valga como ejemplo el art. 8.4 del texto refundido de la ley de puertos (Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre), que al prever la posibilidad de que el Gobierno imponga servicios de transporte marítimo regular entre la península y los territorios españoles insulares y norteafricanos como obligaciones de servicio público, establece que «habrá de hacerse de un modo objetivo, transparente, no discriminatorio y conocido de antemano por los interesados, con el fin de garantizar que el servicio se preste en condiciones de libre y leal competencia».

39. Así se ha dispuesto por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, retocado por reformas posteriores. Su DF 17ª modifica el art. 45.4 LSE, que determina los sujetos obligados a financiar el coste del bono social (todos los mencionados), y su DF 23ª introduce un art. 14.bis en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, que contiene las reglas de reparto entre esos sujetos (aludidas en el texto).

desmontar el régimen de mercado con el que están configurados ni desequilibrar la competencia mediante diferencias de trato injustificadas. Esta es la razón por la que han proliferado los fondos sectoriales de aportaciones para el sostenimiento de costes sociales<sup>40</sup>, que reequilibran el peso de la prestación de obligaciones de servicio público en esos ámbitos al gravar a los operadores en función de su peso en el mercado.

Como tantas veces ha defendido el profesor SORIANO GARCÍA, el Derecho de la competencia es Derecho público, en cuanto que las autoridades públicas protegen el mercado como institución y el interés público que reside en la libre concurrencia empresarial (Desregulación, 1993, 56; Derecho, 1998, 18 y 28). Pero es que, además, esa disciplina consiste, de manera creciente, en proteger la libertad de empresa y su corolario de la competencia respecto a las acciones del propio poder público regulador. Sin duda, esta vertiente es una de las transformaciones que debemos al Derecho de la Unión Europea, apuntala esa publicación del Derecho de la competencia y tiene una especial incidencia en el campo de los sectores regulados.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La batalla de los precios y la reforma de los mercados eléctricos*, Aranzadi, Madrid, 2022.
- BETANCOR, Andrés, *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2010.
- BREYER, Stephen, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, 1982.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, «Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto», en *Las técnicas de regulación para la competencia. Una visión horizontal de los sectores regulados*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 39 a 70.
- DE BENEDETTO, María, *Corruption from a regulatory perspective*, Hart Publishing, UK, 2021.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan, *Regulación de la sanidad. Motivos, modelos y concesiones*, Dykinson, Madrid, 2019.
- ESTEVE PARDO, José, *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- ESTEVE PARDO, José, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- ESTEVE PARDO, José / TEJADA PALACIOS, Javier, *Ciencia y Derecho: la nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.
- GIMENO FELIÚ (2022), José María, «El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 59 (2022).

---

40. Como el Fondo nacional del servicio universal (art. 42 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, general de telecomunicaciones, desarrollado por los arts. 50 a 52 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que prevén incluso su posible supresión cuando, por razón de su magnitud, el fondo se pueda sustituir por compensaciones entre operadores) o el Fondo de financiación del servicio postal universal (arts. 29 y 30 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, que curiosamente permiten que el fondo sea nutrido con aportaciones del Estado, dado que el gran operador del sector tiene carácter público).

- JORDANA DE POZAS, Luis, «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 48 (1949), pp. 41 a 54.
- JORDANA DE POZAS, Luis, «El problema de los fines de la actividad administrativa», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 4 (1951), pp. 11 a 28.
- MORA-SANGUINETTI, Juan, «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 114 (2022), pp. 231 a 253.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.) *Derecho de la regulación económica*, 10 volúmenes, Iustel, Madrid, 2010-2013.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado*, 4 volúmenes, Civitas, 1998.
- PAREJO, Luciano, «La nueva función pública de regulación», en *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, coord. por Luciano José Parejo Alfonso, José Vida Fernández, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1379 a 1412.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «El poder, la libertad, la Administración y su derecho», Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 25 de octubre de 2022.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Relación conclusiva», en *Revista de Administración Pública*, n.º 216 (2021), pp. 91 a 98.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, Tomo II, 5ª ed., 2018.
- SHAPIRO, Martin, *¿Quién guarda a los guardianes? El control judicial de la administración pública norteamericana*, traducción de Antonio Estella de Noriega, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Studia Albornotiana, Real Colegio de España, Bolonia, 1993.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998.