

8.19. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE SECTORES REGULADOS*

Rafael Caballero Sánchez**

* Catedrático de Derecho Administrativo UCM

** Miembro del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración. El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación sobre “La externalización del Estado social. Análisis y sistematización de los nuevos instrumentos de Derecho Público para ampliar la protección social de las personas vulnerables” (ref. PID2020-11 58 57 RB-I00).

I. PRESENTACIÓN; II. EL AMBIGUO CONCEPTO DE SECTORES REGULADOS Y SU RELEVANCIA; III. EL CONCEPTO QUE SE PROPONE Y SUS CUATRO CARACTERES; IV. REGULACIÓN VERSUS SECTORES REGULADOS; 1. LOS TRES ESCALONES DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE REGULACIÓN; 2. EL ELEMENTO CUALITATIVO DE LA REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES REGULADOS; VI. SECTORES REGULADOS Y SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL; VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. PRESENTACIÓN

1. Me da especial alegría poder participar con una modesta contribución en este merecido homenaje al Profesor Fernando Sáinz Moreno, tan apreciado catedrático de nuestra disciplina. Además, es integrante de ese buque insignia que fue forjando el gran Maestro García de Enterría en forma de Departamento de Derecho Administrativo en la Complutense, desde el que irradió una colosal escuela. Tras la lejana —y adelantada, muy a su pesar y al nuestro— jubilación de d. Eduardo, ha ido llegando el turno —lenta, pero inexorablemente— a los componentes de ese grupo irrepetible que se concitó en la Universidad Complutense de Madrid. Hace ya unos años que la vez le tocó a Fernando. Pero bien está lo que bien acaba, y llega ahora ese momento en que quienes nos hemos beneficiado de su trayectoria humana y profesional podamos mostrar nuestro reconocimiento sincero. En mi caso, debo expresar también mi gratitud a este docto letrado de la Cortes Generales —como mi maestro Juan Santamaría—, por haber formado parte del tribunal que enjuició mi tesis doctoral, allá por 1997: aún recuerdo algunos de sus comentarios, que me hicieron reflexionar después y que me han acompañado desde entonces.

2. En mi contribución a este homenaje, he decidido continuar con la línea recientemente abierta con motivo de la jubilación del Profesor don

José Eugenio Soriano, cuyo *liber amicorum* se ha publicado y presentado en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en diciembre de 2023¹. Allí volqué algunas consideraciones sobre el que considero el elemento instrumental central de los llamados sectores regulados: la competencia. Porque, en la base de toda la regulación que conforman estas específicas actividades, el mercado —o, en sentido más preciso, la búsqueda de la construcción de verdaderos mercados—, es el marco necesario que orienta la acción del poder público². Sin duda, la competencia no es el fin último de la regulación, pero sí el objetivo inmediato buscado por la misma, a través del cual se aspira a garantizar, precisamente, la mejor cobertura posible en la prestación de bienes y servicios básicos y estratégicos a la sociedad. Pero esa consideración necesariamente plantea, a su vez, el interrogante de qué son y cuáles son, en concreto, esos sectores estratégicos que se identifican como “regulados”. Cada vez está más asentada entre nosotros esa referencia a un conjunto de actividades económicas sujetas a una intervención pública de carácter regulador, pero a la vez es notable la imprecisión con la que se maneja. En mi opinión, expresada en ese citado trabajo, se trata de los servicios organizados sobre una estructura de red cuando se liberalizan y se abren a la libre iniciativa empresarial, puesto que

¹ José Suay Rincón y Felio José Bauzá Martorell (dirs.), *Derecho público, entre el Poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho. Libro homenaje al Profesor José Eugenio Soriano García*, dos Tomos, Atelier, Barcelona, 2023. Mi contribución está en el Tomo I, con el título “Sobre el concepto de regulación y la centralidad de la competencia en los sectores regulados”, pp. 825 a 852.

² La competencia es el estado o situación en que se encuentra un determinado sector de actividad económica caracterizado por la libertad de contratación entre oferentes y demandantes, de manera que ninguno de ellos es capaz de imponer sus condiciones a los demás. Se supone que si no hay esas cortapisas y la información fluye adecuadamente, los operadores, que lógicamente actuarán en función de su beneficio e interés personal, adoptarán además las decisiones óptimas o que maximicen el beneficio alcanzable por todos. De ahí que se apueste por este modelo de funcionamiento en las relaciones económicas.

tales campos presentan una resistencia estructural a la libre circulación de bienes y servicios, y, por tanto, requieren necesariamente de una regulación “para” la competencia que les permita desenvolverse. Este es el punto en el que quiero profundizar con ocasión de este nuevo homenaje.

II. EL AMBIGUO CONCEPTO DE SECTORES REGULADOS Y SU RELEVANCIA

3. Los sectores regulados son un concepto emergente en el Derecho administrativo del siglo XXI en España, aunque sus raíces sean claramente anteriores, desde la década los 80 y, sobre todo, en los 90³. Esos sectores han dado lugar a toda una especialización profesional —de ahí los pujantes despachos profesionales que se dedican entre nosotros al “Derecho regulatorio”, o que al menos tienen un potente departamento dedicado al mismo—, así como a un ámbito académico de formación —ofreciéndose en distintas universidades Másteres de especialización en el “Derecho de los sectores regulados”— y, por supuesto, de investigación⁴. Pero basta un somero análisis para apreciar que no se trata de un concepto de perfiles

³ Valga por todas la cita de Gaspar Ariño Ortiz, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, que ya en 1993 relataba lo que estaba sucediendo en Estados Unidos y venía hacia nosotros. La evolución del Estado productor al Estado financiador y al Estado regulador (p. 56 y ss), de manera que el sentido de la regulación pública ya no es el control u ordenación de la actividad, sino “promover la competencia allá donde esto sea posible”, limitándose “a proteger los intereses de los usuarios -seguridad, calidad y precio al servicio- allí donde éste mantenga las características de un monopolio natural” (p. 272).

⁴ Entre 1998 y 2008 se publicó por la editorial Montecorvo la REDETI o *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, que sin duda fue manifestación de la formación de ese corpus de los sectores regulados que estaban alumbrando las Directivas liberalizadoras de servicios públicos tradicionales en la Unión Europea. Más recientemente la editorial Iustel ha puesto en marcha un nuevo proyecto, la

precisos, sino necesitado de delimitación doctrinal, sobre todo en cuanto a su alcance material. Existe una idea generalizada y aceptada de que los sectores regulados incluyen los ámbitos de la energía, el transporte y las telecomunicaciones, que son reconocidas industrias de red. Sin embargo, no es habitual ofrecer una definición bien perfilada de en qué consiste el carácter regulado de esos sectores, de hasta dónde abarca con exactitud esa noción y de en qué se diferencia esa regulación de la que se vuelca en sectores comunes de actividad económica⁵. Espero contribuir a aclarar ese término con la presente reflexión.

Revista General de Derecho de los Sectores Regulados, de carácter semestral, de la que se han publicado 13 números entre 2018 y 2024.

⁵ Muchas de las obras que han abordado el análisis de esta nueva realidad de los sectores regulados ofrecen un recorrido más o menos exhaustivo por las diferentes esferas materiales en las que se despliegan. Pero, incluso aunque lo hagan con el propósito de ofrecer un tratamiento integral, no suelen plantearse la pregunta previa de cuáles son con precisión y hasta dónde llegan esos sectores. Valga como ejemplo la colección dirigida por Santiago Muñoz Machado, *Derecho de la regulación económica*, con sus flamantes 10 volúmenes (dedicados al mercado de valores, al sector energético, a las telecomunicaciones, al sector audiovisual, a los transportes, al comercio exterior al comercio interior y al sistema bancario), publicados por Iustel entre 2010 y 2013. Otro caso es el de la *Colección Sectores Regulados*, de Memento Experto, ediciones Francis Lefebvre, concebida por Alfonso Melón Muñoz y José Ignacio Vega Labella, aparecida en 2012 y con volúmenes dedicados a la energía, el transporte, las telecomunicaciones y el sector audiovisual, los servicios postales, el juego y las denominaciones de origen, y la seguridad privada, los servicios farmacéuticos y los servicios funerarios. Todos ellos se inician con un capítulo introductorio común de “cuestiones generales”, articulado en tres breves secciones sobre “regulación económica”, “sectores regulados” y “organismos reguladores”. Las diferencias de cobertura entre ambas colecciones saltan a la vista y muestran esa indefinición del alcance material de los sectores regulados. Un tercer ejemplo son las extensas *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, coordinadas por el profesor Tomás Cano Campos, y publicadas por Iustel en 2009. El Tomo VIII de las mismas es monográfico sobre los sectores regulados, y se distribuye en dos volúmenes. En el segundo de ellos se ofrecen lecciones sobre sectores económicos con intervención administrativa que claramente, en mi opinión, no son

4. Los sectores (económicos) regulados no son un concepto normativo, sino un concepto doctrinal, que además se puede considerar aún en fase de decantación, y que se encuentra hermanado, como expondré más adelante, con el concepto de servicios de interés (económico) general, forjado en el seno del Derecho de la Unión Europea. No tiene naturaleza normativa en el sentido de que el término no tiene recepción expresa como tal en la legislación. Lo cual es lógico, puesto que los legisladores estatales suelen actuar de manera especializada, promoviendo disposiciones sectoriales monográficas y no transversales, y en caso de necesidad recurren al concepto comunitario de servicio de interés económico general. Pero sin duda los sectores regulados son un concepto que se deduce del derecho positivo. Aunque no haya un régimen jurídico general o básico para estos sectores⁶, en las regulaciones sectoriales encontramos elementos o técnicas en común cuyo análisis permite vislumbrar patrones comunes sobre los que construir la teoría de la intervención pública en los sectores regulados⁷.

sectores regulados: el tráfico, el turismo, la agricultura, la ganadería, la caza, la pesca, la cultura, el patrimonio histórico, el cine, los museos, la ordenación farmacéutica, el deporte, o el juego, por muy “regulados” que estén.

⁶ En su día fracasó el intento de aprobar una directiva marco sobre un concepto aún más amplio, como es el de servicios de interés general en Europa, que permite aglutinar a los de carácter económico junto con los de carácter social y los no económicos. Tanto en el Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general [COM (2003) 270 final - Diario Oficial C 76 de 25.3.2004], como en su prolongación con el Libro Blanco del mismo título [COM (2004) 374 final - no publicada en el Diario Oficial], se hacen eco de esa nonnata directiva marco.

⁷ Sirva como botón de muestra el trabajo de José Manuel Sala Arquer, “La libertad de salida del mercado en los sectores regulados”, en *REDA* n° 189 (2018), aunque se centre fundamentalmente en el sector eléctrico. Sinceramente, con ese propósito promoví junto con mi maestro, el profesor Santamaría Pastor, distintos proyectos de investigación sobre los “sectores económicos regulados”, en los que también tuvieron una implicación especial los profesores Alberto Ruiz Ojeda y Juan de la Cruz Ferrer. Uno de los frutos de esos trabajos fue el libro colectivo que Santamaría dirigió y yo coordiné: *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores*

Por otro lado, esos factores comunes son los que han permitido unificar en un macro ente regulador (la CNMC) a todo un conjunto de autoridades reguladoras sectoriales que se fueron diseñando para distintos mercados (CNE, CMT, CNSP, CSF), así como a la propia autoridad general de defensa de la competencia (TDC), facilitando un enfoque coordinado en el seguimiento y supervisión del desenvolvimiento de esas distintas parcelas⁸.

5. Acudiendo al marco teórico que ofrece Díez Sastre en su magnífico análisis metodológico sobre la génesis de los conceptos jurídicos⁹, cabe afirmar que los sectores regulados serían una de esas *unidades mínimas del pensamiento abstracto* o representación mental con capacidad evocadora de una realidad, dotada de una extensión, una intensión o significado y un término o etiqueta. Además, en la tipología de conceptos jurídicos que recoge la autora podemos identificar que los sectores regulados tienen rasgos de concepto-clasificador, de tipo, y de concepto-clave. Es un concepto clasificador en la medida en que tiene carácter relacional y sirve para ordenar y catalogar una parte de la realidad, identificando una serie de ámbitos estratégicos de actividad económica sujetos a un particular modo de intervención pública. Pero a la vez, su valor clasificador no es estrictamente dicotómico o binario, aplicado según unas reglas de subsunción¹⁰. Porque,

regulados, Iustel, Madrid, 2011, que pretendía contribuir a ese necesario enfoque transversal de las transformaciones que se estaban produciendo en estas parcelas de la actividad económica.

⁸ Es cierto que la CNMC, en cuanto autoridad de competencia, extiende su campo de acción a todos los mercados y sectores productivos. Pero, en su diseño institucional, está nítidamente diferenciada la Sala de Competencia y la Sala de Supervisión Regulatoria en las que actúa el Consejo del organismo (arts. 18 a 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC).

⁹ Silvia Díez Sastre, *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, *passim*.

¹⁰ Curiosamente, los sectores regulados no tienen un par conceptual opuesto, de manera que el resto de sectores económicos se califiquen como “no regulados”.

debido a la elasticidad del concepto y a esas limitaciones de los conceptos clasificatorios para referirse a realidades complejas, cabe detectar en los sectores regulados algo de concepto tipológico, es decir, de modelo o tipo ideal al que intenta aproximarse la ordenación jurídico-positiva, sin terminar de alcanzarlo plenamente¹¹. Finalmente, se puede considerar a los sectores regulados como un concepto-clave (*Schlüsselbegriffe*), por el que la doctrina pretende hacer visible, a partir de la observación y con una finalidad explicativa y heurística, una realidad o fenómeno de especial trascendencia, como es la transformación de tradicionales servicios públicos en actividades abiertas a la competencia, pero sin renunciar a los valores asociados a esos servicios (su prestación estable, asequible y universal)¹².

Pero está claro que los sectores regulados sí identifican (y, en ese sentido, clasifican) en positivo a las industrias de red. Ocurre algo parecido con los servicios de interés general, que es una etiqueta que no convierte al resto de servicios en “servicios sin interés general”. Otra cosa es que, dentro ya de los servicios de interés general, se les pueda clasificar en económicos (energía, transporte y telecomunicaciones) y no económicos (sanidad, educación y servicios sociales).

¹¹ Es algo semejante a lo que ocurre con la *libre competencia*, que es un ideal que aspira a alcanzarse con una adecuada regulación, pero que en la práctica es casi imposible conseguir de modo pleno, dada la multitud de condicionantes y externalidades que ofrece la realidad. La regulación en los sectores regulados tiene indudablemente una gradualidad en función de las circunstancias y no consiste en un bloque o esquema institucional y prescriptivo inalterable que se imponga a una actividad económica. De todas formas, como se defiende en este trabajo, la regulación que cualifica a los sectores regulados es una regulación constructora o introductora de competencia, y no cualquier tipo de regulación económica.

¹² Por su parte, el concepto de servicio público puede considerarse incluso un *icono jurídico*, que sería un tipo de concepto-clave, dotado de singular fuerza o éxito en la comunidad jurídica. No parece el caso de los sectores regulados, que no concitan ese grado de adhesión ni tienen ese valor axiológico tan intenso. En cambio, en el Derecho de la Unión Europea sí se pretende dar al concepto de servicios de interés general, que precisamente comprende y supera la noción clásica de servicio público.

III. EL CONCEPTO QUE SE PROPONE Y SUS CUATRO CARACTERES

6. De manera sencilla cabe afirmar que los sectores (económicos) regulados son los “sectores estratégicos de actividad económica necesitados estructuralmente de una regulación para desenvolverse en régimen de mercado y alcanzar así la satisfacción de los intereses generales asociados a los mismos”. Es decir, se trata de aquellas actividades de prestación de bienes y servicios básicos para la calidad de vida de las sociedades actuales, que requieren con carácter esencial o constitutivo una regulación o intervención pública que asegure su desenvolvimiento de acuerdo con unas reglas de libre intercambio y, de esa forma, se garantice a toda la población el acceso y disfrute de los mismos en unas condiciones razonables de calidad y precio. Cuatro serían, por tanto, las notas que caracterizan ese concepto de sectores regulados: primero, su condición de sectores de actividad económica; segundo, su desenvolvimiento en régimen de mercado; tercero y, sobre todo, el hecho de que ese régimen de mercado se sostiene sobre una regulación o intervención pública, sin la cual no habría verdadera libertad de elección y de precios; y cuarto, el elemento teleológico o final de la regulación, de carácter garantista, consistente en alcanzar una cobertura universal y asequible de bienes y servicios. Conviene extraer algunas consecuencias de estos rasgos que acabo de identificar.

7. El carácter de actividades económicas que tienen los sectores regulados permite excluir como tales a los servicios públicos de carácter social, como es el caso de la sanidad y la educación. Es cierto que también en estos campos se han iniciado sendas de liberalización, y que en ellos la red de servicios públicos (integrada por centros públicos y privados concertados) convive con iniciativas de carácter completamente privado, que ciertamente compiten por prevalecer en el mercado que surge más allá del servicio público. Pero en estos ámbitos, desde el punto de vista del Derecho público, lo relevante es el aseguramiento y la prestación de unos

servicios universales y gratuitos. La actividad económica y el mercado aparecen, como se ha dicho, más allá de esos servicios asegurados y ofrecidos en régimen de gratuidad y universalidad, y no es fruto de una regulación jurídico-pública específica que la promueva.

8. Por su parte, el régimen o entorno de mercado en el que se desenvuelve una actividad es también consustancial a los sectores regulados. Si no hay libertad de elección y de contratación, si no hay precios determinados por el cruce de la oferta y la demanda, no podemos hablar de sectores regulados. En ese sentido, los servicios públicos económicos, en el sentido de actividades formalmente reservadas al sector público, no deberían ser catalogadas como sectores regulados, aunque tengan índole económica. Incluso en el supuesto de estar configurados en red. Es el caso del abastecimiento de agua a poblaciones, con su ciclo integral de obtención de agua, distribución, recolección y tratamiento¹³. Aun cuando pueda haber gestión privada del servicio, estas actividades no reúnen las características de un mercado, dado que el agua es un bien público y las redes por las que se distribuye y se recoge tienen una especial rigidez para hacer compatible el acceso a diversos prestadores de servicios. Aunque lo esencial es lo primero.

¹³ Cuestión distinta es que el suministro de agua sea un sector sujeto a regulación. Y que incluso se pueda proponer la creación de una autoridad reguladora que vele por la sostenibilidad de este sector esencial y la protección de los consumidores, tal como ocurre en Reino Unido, Portugal o Italia. Así lo ha defendido recientemente Iván Rodríguez Florido en su tesis doctoral sobre *Los servicios urbanos del agua y su organización administrativa: el debate sobre una autoridad reguladora*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023. Pero indudablemente no se trataría de una regulación para la competencia que cualifique al sector en sentido técnico como regulado. Aunque, según Gaspar Ariño, *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Comares y Fundación de Estudios de Regulación, 1999, pp. 753 a 758, el futuro del sector pasaría por crear un verdadero mercado regulado del agua, a partir de la libre enajenación de los derechos de aprovechamiento, al igual que se comercializan los minerales extraídos en las concesiones mineras. No sé si nuestra cultura está preparada para un cambio de este calado.

9. En tercer lugar, la exigencia de que la regulación emanada del poder público esté orientada a la competencia es, sin duda, el elemento más diferencial. La clave de estos sectores está, en efecto, no en que haya regulación o intervención pública (la hay en toda actividad económica, y en casi toda actividad social), sino en que el sentido de la misma sea, específicamente, el de abrir la competencia. No es una regulación que organice la prestación universal de un servicio (como ocurre con los servicios públicos), ni una regulación que imponga condiciones o limitaciones por razones técnicas, de orden, de seguridad u otras, para el ejercicio de actividades económicas (como ocurre en casi cualquier campo de desempeño humano en nuestras sociedades hiper-intervenidas), incluso cuando se haga con la perspectiva de facilitar o promover los intercambios económicos. Me refiero a una regulación que realmente sostiene al sistema en un régimen de mercado. Con ella el poder público establece una serie de medidas que pretenden abrir la competencia allá donde esta no fluye naturalmente, con el propósito de que esa libertad de contratación y de precios, aunque sea con ciertos condicionamientos, haga posible una cobertura universal satisfactoria de servicios para la ciudadanía. Debido a esta característica entiendo que el concepto de sectores regulados debe ser mucho más acotado que el que a veces se maneja por los operadores jurídicos, sin proyectarse sobre todas las actividades económicas sujetas a intervención pública (que, por otro lado, son potencialmente todas). El Derecho administrativo económico puede alcanzar a todos los sectores materiales en los que haya actividad económica, pero los sectores regulados serían solo aquellos vinculados estructuralmente a una regulación. Pero no a una regulación cualquiera, sino a una regulación para el funcionamiento del sector “en modo de competencia”¹⁴.

¹⁴ Frente a esta postura que aquí expongo está la concepción más globalista, que entiende que la regulación expresa el nuevo modo de actuar del Estado en la economía, no como agente prestador, sino regulador, y que se proyecta sobre todos los sectores en general. Buen exponente de ello es Gaspar Ariño, y todos sus revela-

10. La cuarta nota integrante de la definición apela al sentido instrumental de la regulación y de la introducción de competencia en los sectores regulados: no se persigue la competencia por la competencia, sino que se entiende que ese es el mejor camino para que las *commodities* que se comercializan en estos sectores (materias primas o productos básicos de carácter fungible o intercambiable: un litro de carburante, un Giga de capacidad de transmisión de datos, una plaza de transporte para un trayecto determinado) se ofrezcan al mejor precio y en las mejores condiciones posibles a quienes las demandan.

11. En este punto entra en juego una dimensión muy importante. Precisamente porque el fin último que persigue el regulador no es el mercado en sí, sino la garantía universal de unos servicios de calidad y precios aceptables, la regulación que se diseña y se pone en juego no es solo o

dores trabajos. Principalmente *Economía y Estado*, de 1993, *Principios de Derecho público económico*, con sus ediciones de 1999, 2001 y 2004 (con la coautoría de Juan Miguel de la Cuétara y Lucía López de Castro), *La competencia en sectores regulados*, con sus ediciones de 2001 y 2003 (también con la coautoría de Lucía López de Castro) y *Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Las telecomunicaciones de banda ancha*, de 2005 (junto a Juan Miguel de la Cuétara y Raquel Noriega). Son trabajos magníficos, en los que se ofrecen claves muy reveladoras para entender el proceso de transformación que estábamos experimentando. Pero, si se aprecia bien, al final todo gira aquí en torno a los “sectores regulados” en sentido estricto (energía, transporte, comunicaciones, sector audiovisual), que son los que han sido sometidos a ese especial régimen de competencia regulada y a los que se presta atención. Por ejemplo, en *La competencia en los sectores regulados*, cuando se abre un apartado sobre los “Elementos fundamentales del nuevo modelo de competencia regulada en los servicios públicos” (pp. 13 a 43), se dan las claves de la liberalización de los sectores en red (*unbundling*, derecho de acceso de terceros a la red, servicio universal, fijación de precios en determinados segmentos...). Mi propuesta es la de circunscribir a esos ámbitos y a esas técnicas la “regulación para la competencia” y el efecto resultante (la identificación de los sectores regulados), sin perjuicio de que fuera de ellos haya también actividad de regulación y de que esta pueda tener un propósito liberalizador, pero ya no estrictamente de transformación de un sector hacia la competencia.

estrictamente una regulación pro competitiva. También es necesario introducir medidas correctoras del libre desenvolvimiento de los mercados, que persiguen proteger a los colectivos más vulnerables. Las condiciones perfectas de mercado son una aspiración ideal que nunca se termina de alcanzar y, por ese motivo, el mercado tiene sus “zonas ciegas” o mal abastecidas, a las que no llega en función de criterios estrictos de beneficio y de márgenes comerciales, o llega, pero imponiendo unas condiciones leoninas, que no son asumibles por buena parte de la sociedad. El resultado es que esa regulación “para la competencia”, que vertebró la intervención pública en los sectores regulados, es también corregida con una regulación “contra la competencia”, que introduce criterios sociales y de protección de quienes están más expuestos a las intemperancias del mercado. El regulador fuerza —sin llegar a eliminar— las reglas por las que se rige un sector, estableciendo condiciones imperativas que deben ser respetadas. Como he explicado en otras ocasiones¹⁵, tiene un perfil muy diferente la técnica de garantía de acceso de terceros a la red (genuina técnica de regulación “para” la competencia, que pretende abrir un mercado que está mediatizado por una instalación esencial o infraestructura de red en mano única), que la técnica de la imposición de una obligación de servicio público, como pueda ser el bono social eléctrico (que protege a los consumidores vulnerables para que su suministro de energía no se sujete a un precio puro de mercado).

12. Complementariamente, cabe identificar las técnicas de regulación “de” la competencia, entendiendo por tales las reglas generales y transversales de protección de la competencia en cualquier sector económico, como la prohibición de la publicidad engañosa o de prácticas colusorias. De todos modos, aunque estas medidas son transversales y se aplican en

¹⁵ Rafael Caballero Sánchez, “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, en especial, pp. 63 a 69.

todos los mercados de bienes y servicios, es cierto que algunas de ellas tienen especial vigencia en el campo de los sectores regulados, debido a la singular envergadura que tienen los operadores tradicionales que actúan en los mismos. Así, el abuso de posición dominante es un riesgo frecuente para los operadores incumbentes en actividades que se abren a la competencia (con frecuencia empresas públicas ex monopolistas), y el control de ayudas públicas es fuente frecuente de conflictos en ámbitos como el de la energía o el transporte.

IV. REGULACIÓN VERSUS SECTORES REGULADOS

13. Una de las consecuencias de la posición conceptual adoptada (en particular por el tercer rasgo que se ha apuntado) es la esencial diferenciación existente entre regulación (e incluso regulación económica) y sectores regulados. La primera es mucho más amplia y poliédrica, pues tiene una potencialidad casi universal, dado que casi cualquier acción humana tiene una índole económica y que las funciones públicas que atienden las Administraciones públicas desembocan en la emanación de normas reguladoras y condicionantes en cualquier actividad¹⁶. En cambio, la expresión “secto-

¹⁶ José Carlos Laguna de Paz, *Tratado de Derecho administrativo. General y económico*, Civitas, 5ª edición, Madrid, 2023, pp. 1105 y ss, advierte esa amplitud del término de regulación, y trata de engarzarla en el marco de categorías tradicional y actual de nuestro Derecho administrativo como evolución de la policía administrativa, a la vez que reconoce que el término cuenta con distintos significados: intervención pública, intervención pública económica, intervención pública en los sectores en red, y actuación de los entes reguladores sectoriales. Salvo esta última acepción, el esquema es bastante paralelo al que aquí se plantea. Pero el autor lo hace cuestionando la necesidad de identificar los escalones de una regulación económica y de una regulación de los sectores en red, por entender que los principios y técnicas allí utilizados son en realidad los mismos que se aplican en la intervención pública en general. Apreciación que no comparto completamente.

res regulados” no sirve para identificar los sectores en los que simplemente existe regulación, o en los que la intervención pública es especialmente intensa (al final, serían todos ellos). Son los ámbitos en los que la regulación tiene un valor estructurante o de diseño, y pretende asegurar un régimen de competencia frente a obstáculos también estructurales y, a través de ella, una cobertura universal y accesible de prestaciones esenciales para el bienestar social. De ahí la centralidad (instrumental o medial, pero esencial) que la competencia tiene en estos campos de actividad.

1. LOS TRES ESCALONES DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE REGULACIÓN

14. Creo que es oportuno traer aquí lo que expuse en el trabajo que precede al presente: que la regulación como función jurídico-pública es una realidad que tiene una dimensión tridimensional, o proyectada en tres niveles sucesivos. Cada vez estoy más convencido de ello, y creo que, cuando se maneja este término, debería identificarse —al menos mentalmente— cuál es el sentido en el que se utiliza el término. Porque el peligro del término regulación es que tiene un campo semántico demasiado amplio.

15. En primer lugar, la regulación “a secas” se identifica con el objeto mismo del Derecho, que es el establecimiento de normas jurídicas para la ordenación de las relaciones entre personas. Este nivel semántico es tan básico que casi resulta innecesario, ya que no aporta una especificación material. Pero es cierto que, por mor de la creciente anglosajonización de nuestro sistema jurídico, parece que hemos descubierto y propendemos a conjugar el verbo “regular” para referirnos a la función pública normativa que se proyecta sobre cualquier actividad social. Si acaso, su utilidad está en el uso que proviene del movimiento de reivindicación del mejor estudio y cuidado de los procesos de elaboración normativa desde el punto de vista técnico¹⁷. Pero esas orientaciones no son exclusivas ni específicas de los

¹⁷ En el asfixiante marco de hiper-regulación en el que nos encontramos, cada vez se pone más el énfasis en la necesidad de cultivar una *buena regulación* y de establecer

sectores económicos liberalizados, si bien en ellos encuentran una especial pujanza por la abundancia y extensión de la normativa que se aprueba y actualiza constantemente, y por su, en principio, alto contenido técnico.

16. En segundo lugar, está la “regulación económica”, como término que expresa la intervención pública que se introduce en la economía en general y en los distintos sectores económicos en particular. Este concepto tiene también una amplitud enorme y creciente, pues no hay parcela de actividad económica en la que la Administración renuncie a ordenar, controlar, fiscalizar, o al menos supervisar, en mayor o menor medida. Para empezar, en la economía en general, el poder público cumple un papel ordenador fundamental, en el que por un lado proporciona un marco de estabilidad y seguridad para que se desenvuelvan las transacciones económicas (tarea que hemos atribuido a la función genérica de regulación o primer escalón del concepto), y por otro actúa como agente redistribuidor de rentas, especialmente con su política fiscal y tributaria. Además, en los sectores económicos en particular, el poder público amplía lo anterior y establece prescripciones y obligaciones que ordenan las condiciones en que pueden ejercerse esas actividades (todo lo relativo a títulos habilitantes, permisos, requisitos técnicos, régimen de supervisión, inspecciones y control, protección de consumidores, régimen tributario, infracciones y sanciones...). E incluso, en ocasiones, establece reservas positivas al sector público para el desenvolvimiento de esas actividades, asumiendo la programación completa de un sector. Todas estas cuestiones son abordadas por el tradicional Derecho administrativo económico.

principios y pautas metodológicas que contribuyan a asegurar la calidad y coherencia interna y externa de los productos normativos. De todos modos, es cierto que el movimiento de la *better regulation* está con frecuencia orientada a la regulación económica y a la regulación para la competencia en particular, que son los dos siguientes escalones del concepto de “regulación”, y que se caracterizan por una proliferación exacerbada de instrumentos normativos de distinto nivel.

17. Es cierto que en los últimos decenios las doctrinas liberales y la orientación anglosajona hacia el libre comercio, que vienen de la mano del fenómeno de la globalización, están imprimiendo un mayor dinamismo a los distintos sectores económicos. Por un lado, se reclama la desregulación de los mercados, es decir, el alivio de la intervención pública obstaculizadora de la libre iniciativa empresarial, y por otro, se potencia el Derecho de la competencia, es decir, el control público de las conductas no respetuosas con el buen funcionamiento de los mercados, de las concentraciones que amenazan el equilibrio natural del mercado, y del otorgamiento de ayudas públicas injustificadas. Estos procesos de defensa de la eliminación de restricciones al comercio (como la subordinación de todo régimen de autorización previa a la concurrencia de una razón imperiosa de interés general, y al consiguiente examen de necesidad y proporcionalidad), así como la consolidación del Derecho público de la competencia, están calando entre nosotros y vienen a transformar el modo de intervención del Estado en la economía, que se ve imbuido en buena medida por la cultura de la regulación económica¹⁸. Pero al final toda esta actividad de regulación económica no deja de expresar la intervención jurídico-pública que con mayor o menor intensidad está presente en cualquier campo de actividad económica, condicionando la libre iniciativa privada. Cuando esa regulación tiene una orientación liberalizadora se podría hablar de una regulación “para la competencia”, pero en mi opinión es mejor reservar ese término para el siguiente escalón, con un contenido más técnico y un carácter más estructural, que es el que permite identificar a los sectores regulados.

¹⁸ Del Estado prestador se evoluciona hacia el Estado regulador, siendo ambas figuras tipos ideales, más que modelos acabados. Buen exponente de estas transformaciones es el trabajo de Santiago Muñoz Machado “El nuevo modelo de regulación de la economía”, con el que abre el primer tomo de la colección sobre el *Derecho de la regulación económica*, Iustel, Madrid, 2010, que es una monografía en sí (pp. 15 a 243). Allí explica la evolución del papel del Estado en la economía, sobre todo en los dos últimos decenios del siglo xx, y cómo la función de regulación “define el modo básico de intervención en la economía actualmente” (p. 111).

18. Finalmente, en un tercer escalón aparece la “regulación para la competencia”, que comporta un paso sustancial o añadido en esta función pública de intervención en el ejercicio de actividades económicas. No se trata simplemente de que la regulación de un sector esté orientada a la competencia en el sentido de facilitar las transacciones, sino que realmente la hace posible. Es una regulación que construye o diseña un modelo que permite asentar un entorno de competencia frente a obstáculos estructurales. Dentro del género de la intervención pública para el ejercicio de actividades económicas, aparece una especie, peculiarizada por el fin específico que persigue y por la resistencia especial que viene a vencer. La orientación a la competencia es el eje vertebrador de todo un conjunto de medidas adoptadas por el poder público con las que se persigue introducir y asegurar la existencia de verdaderos mercados de intercambio de bienes y servicios, en aquellos ámbitos que presentan dificultades estructurales para que se pueda competir entre operadores. Esta regulación se aplica a campos de actividad en los que no basta con las reglas generales fundamentales de respeto entre competidores (las llamadas técnicas de regulación “de” la competencia), sino que requieren ir más allá y forzar mediante unos condicionantes específicos la aparición de un entorno de mercado.

19. Este tipo de regulación es el que caracteriza precisamente a los denominados “sectores regulados”. Son sectores de actividad económica en los que no es casual su desempeño tradicional como servicios públicos reservados al estar organizados sobre una infraestructura que les confiere una fisonomía natural de explotación en régimen de monopolio y por parte de grandes operadores. En estos ámbitos quien tiene el control de la infraestructura (red eléctrica, gaseoducto, oleoducto, hidroduto, puerto, aeropuerto, red de fibra óptica, canal de comunicación, bolsa de negociación de valores...), tiene la llave para la prestación del servicio correspondiente. Y si la duplicación o multiplicación de la infraestructura no es factible o viable económicamente, ese servicio está abocado a ser prestado en régimen de monopolio, salvo que la regulación jurídico-pública

imponga a su titular la apertura de la red al uso de los distintos operadores de servicios. En definitiva, esta regulación “para” la competencia es la que define, identifica y hace surgir los llamados “sectores regulados”.

20. A grandes trazos, esta regulación para la competencia se proyecta en tres tipos de medidas. La primera consiste en adoptar la decisión fundamental de catalogar un sector material estratégico como abierto a la competencia o, en términos de Derecho de la Unión Europea, como sector económico de interés general. Tarea que compete obviamente al legislador y que comporta el establecimiento de un régimen de libertad de entrada, de elección de proveedor y de fijación de precios. El segundo nivel de medidas consiste en diseñar un sistema que neutralice el efecto monopólico de las infraestructuras sobre las que se organiza el sector. Estas medidas se basan en las técnicas de separación de intereses en el mercado, con el objetivo de que no se ahorque la competencia. Es preciso separar a las autoridades reguladoras de los operadores regulados; separar la titularidad y el uso de las instalaciones esenciales; y separar las actividades libres y las reguladas (o intermediadas por el uso de la red) de cada sector. En tercer lugar, es preciso establecer los límites y obligaciones de los operadores del sector para asegurar la cobertura de los servicios, es decir, las obligaciones de servicio público y el alcance del servicio universal en cada mercado. Naturalmente, este esquema puede ser enriquecido con muchas otras medidas concretas y de detalle que diseñe el regulador.

2. EL ELEMENTO CUALITATIVO DE LA REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES REGULADOS

21. La vinculación establecida entre “regulación para la competencia” y “sectores regulados” requiere hacer una serie de matizaciones complementarias. En primer lugar, se trata de explicar cómo la concurrencia de un elemento funcional (por ejemplo, la regulación específica de introducción de la competencia en el suministro de electricidad o en el transporte ferroviario)

produce un efecto material, en el sentido de irradiar el calificativo de “regulado” para todo un sector de actividad, y no solo para los aspectos de él vinculados al objetivo de superación del efecto de red. En segundo lugar, está el carácter gradual o evolutivo de la regulación para la competencia, dado que esta presenta mayor o menor intensidad según los casos, y no determina una concepción necesariamente estática de los sectores regulados. Factor que ha contribuido a esa visión tan genérica de toda la intervención pública en la economía como “Derecho regulatorio”.

22. En efecto, resulta en apariencia paradójico que, después de hacer el esfuerzo de identificar los tres escalones de la actividad de regulación (establecimiento del marco jurídico general de referencia; ordenación de los requisitos jurídico-públicos de desempeño de una actividad económica de referencia; e introducción de medidas y técnicas estructurales para convertir un sistema cerrado en un mercado), se dé el salto de calificar *in integrum* como “sector regulado” a todo un sector material de actividad que ha sido objeto de regulación para la competencia. En definitiva: los sectores regulados se definen por la aplicación de unas técnicas específicas de regulación pro competitiva, pero, una vez identificados como tales, el calificativo se proyecta sobre todo el sector (la energía, los transportes, las telecomunicaciones), aunque todos ellos son plurales y complejos.

23. Es evidente que no toda la intervención pública en estos sectores regulados es “regulación para la competencia”, porque también concurren en ellos múltiples elementos de simple “regulación”, y de “regulación económica” (piénsese en la ordenación para la implantación de las energías renovables en el sector energético, o en las estrictas medidas de seguridad que rodean la generación de electricidad por plantas nucleares). Pero sí es cierto que el elemento cualitativo, que conduce a una reconfiguración general de su régimen jurídico tradicional (el suministro de electricidad, en el ámbito citado), es la decisión de abrir el sector a la competencia, y de convertir a la misma en el elemento central (instrumental) de su modo de prestación. En el resto de sectores económicos la regulación puede ser más

o menos intensa, y puede dejar un margen más o menos amplio a la libertad de empresa, pero no tiene por objeto la transformación controlada del sistema mismo de prestación de servicios en un mercado. Ese es el elemento clave, la piedra de toque que marca a los sectores regulados, y que justifica la irradiación o calificación como “regulado” a todo el conjunto. De ahí que quizás se podría proponer que el rótulo de los “sectores regulados” fuese ampliado con la etiqueta de “sectores regulados *para la competencia*”, que es lo que son con precisión.

24. De esta forma, una vez bautizada o reconocida una industria de red como sector regulado, cabe hacer distinciones y apreciar dentro de su normativa todo tipo de prescripciones de distinto carácter. De ahí que, como más arriba comenté, haya propuesto calificar las distintas medidas condicionantes del ejercicio de la actividad en este tipo de sectores como técnicas de regulación “de”, “para” y “contra” la competencia, en función de que su objeto sea aplicar las reglas generales de protección de la competencia (por ejemplo, el control de prácticas colusorias), o introducir un régimen de competencia (caso del derecho de acceso de terceros a la red), o matizar los efectos no queridos de la competencia (como la prohibición del corte de suministro en determinadas circunstancias). En otro tipo de sectores económicos el logro de la competencia no tiene un papel tan central, por lo que esa clasificación tiene menos utilidad.

25. Una segunda cuestión consiste en reconocer el carácter gradual y evolutivo de los sectores regulados para la competencia. Con el carácter gradual me refiero a que la intensidad de este tipo de regulación es diferente en función de la capacidad y la rigidez de las correspondientes infraestructuras en red para abrirse a la competencia (la red ferroviaria es mucho más complicada de compatibilizar en el uso por parte de múltiples operadores que la red de puertos, por ejemplo)¹⁹. Y con el carácter evolutivo me refiero

¹⁹ De ahí la construcción del concepto de *essential facilities* o infraestructuras esenciales, que son esas instalaciones estratégicas en red. Sobre la construcción de

a que el desarrollo tecnológico, a veces vertiginoso, que experimentamos en la actualidad irá relativizando y permitiendo superar las situaciones de monopolio natural sobre las que actúa la regulación para la competencia²⁰. Al menos parcialmente, como está ocurriendo en el campo de las telecomunicaciones, merced a la progresiva implantación de redes inalámbricas, o como podrá ocurrir en el sector eléctrico con la multiplicación de la capacidad de almacenamiento de las baterías, o la generalización del autoconsumo. Pero mientras subsista el efecto de red en esas actividades y sea necesaria una regulación pública configuradora del mercado tendrán utilidad y sentido tanto las técnicas de regulación “para la competencia” como la figura estricta de sectores regulados que aquí se defiende.

26. Finalmente, conviene destacar con carácter complementario que desde el punto de vista material este tipo de regulación para la competencia va más allá de la estricta actividad normativa o de emisión de normas, dado que también comprende acciones de seguimiento, análisis, supervisión y promoción del comportamiento competitivo de los operadores de un sector, e incluso de inspección y sanción. Es verdad que también la actividad de

este concepto es interesante el trabajo de Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo, *La doctrina de las infraestructuras esenciales en Derecho antitrust europeo*, La Ley, monografía n° 6, 2012.

²⁰ De hecho, Gaspar Ariño sostiene por ese motivo que en la base de los sectores regulados hay más bien monopolios legales que naturales, dado que al final sería una decisión del legislador la que, con más o menos dificultades estructurales, decidiría dar el paso de introducir un régimen de competencia en un sector. Por otro lado, José Carlos Laguna de Paz, sostiene que la promoción positiva de la competencia, en cuanto que supone una regulación asimétrica o discriminación positiva entre operadores, debe tener carácter transitorio, para no cronificar distorsiones en el mercado que no permitan alcanzar un modelo sostenible (*Los servicios de interés económico general*, Thomson Reuters Civitas, 2009, pp. 71-72). Precisamente, esta postura revela la diferencia entre la regulación económica en general (a la que se aplica plenamente esa prevención) y la regulación para la competencia de los sectores regulados en sentido estricto, en los que esa intervención es estructural y necesaria, mientras haya efecto de red o de cuello de botella.

regulación económica en general comprende este tipo de tareas administrativas y ejecutivas. Pero en el caso de aquellas se advierte que los mercados correspondientes son objeto de un seguimiento especial, al que se pretende despojar de criterios políticos, al menos en lo que se refiere a la estricta construcción del mercado. Por eso se da la singularidad de que esas tareas se encomiendan total o parcialmente a autoridades especializadas y expertas, dotadas de una singular autonomía funcional respecto de las Administraciones públicas territoriales que gestionan los respectivos intereses generales: son los llamados organismos reguladores o autoridades administrativas independientes. De hecho, el establecimiento de una de estas autoridades sería un indicio claro identificador de un sector como regulado²¹.

VI. SECTORES REGULADOS Y SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

27. En mi opinión, los “sectores regulados” y los “servicios de interés económico general” son expresiones que se superponen y que aluden —o deberían aludir— a la misma realidad. El matiz está, primero, en que los

²¹ No todas las autoridades independientes, u organismos públicos especializados y dotados de autonomía funcional, tienen el perfil de autoridades de regulación. Algunas de ellas se han constituido para la garantía de determinados derechos (como el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o la reciente Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, creada por la Ley 15/2022, de 12 de julio) o para el control de la propia Administración (como la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal). Sí lo son, inequívocamente, la CNMC -para un buen número de sectores regulados: los referenciados en los arts. 6 a 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación del organismo- y la CNMV. A ellas habría que sumar, al menos, al Banco de España para el sector bancario y de crédito. Por cierto, que según el inventario de entes del sector público (INVENTE), que lleva el IGAE en España, a 1 de enero de 2024 solo existirían ocho de estas entidades: 7 estatales (AEPD, AIREF, CNMC, CNMV, CSN, CTBG y FROB, según sus siglas) y una autonómica (Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra).

servicios de interés económico general sí tienen refrendo normativo en el Derecho de la Unión Europea donde se ha acuñado el término²², aunque rodeado de bastante imprecisión, porque deliberadamente se ha decidido no definirlos en el Derecho positivo ni establecer un catálogo enumerativo de los mismos, respetando un cierto margen de apreciación a los Estados miembros para determinarlos. Y segundo, estos servicios, englobados dentro del concepto más amplio de servicios de interés general, a secas, ponen más el acento en la dimensión colectiva de garantía de abastecimiento universal de un conjunto de servicios estratégicos. En principio, la competencia o el mercado no ocupa en ellos ese valor central que marca la definición de los sectores regulados, pues de nuevo aquí se da libertad a los Estados miembros para decidir cómo organizan estos servicios. Pero es una libertad relativa, porque el TFUE dispone que a las empresas que los prestan se les deben aplicar las reglas de competencia y de libertad de circulación en la medida en que no impidan el cumplimiento de su misión, y de hecho las directivas sectoriales han ido marcando un paso firme de transformación de esos sectores en verdaderos mercados.

28. Precisamente, la noción de servicios de interés económico general permite evitar las adherencias que tiene el concepto de servicio público

²² Los “servicios de interés económico general” (SIEG) o *Services of General Economic Interest* (SGEI) aparecen ya en los arts. 14 y 106.2 TFUE, y desde ahí se proyectan tanto en la legislación comunitaria como en instrumentos de *soft law*. A su vez, el término es recogido en el Derecho positivo de los Estados miembros (por ejemplo, en el art. 2.2 de nuestra Ley del sector eléctrico o en el art. 19.2 de nuestra Ley del sector ferroviario, aunque esta última prescinde del adjetivo “económico”). Los SIEG se integran a su vez en el macro concepto de *servicios de interés general*, que dan título al breve Protocolo n° 26 del TFUE, añadido por el Tratado de Lisboa. En realidad, el Protocolo bascula sobre los SIEG, limitándose a admitir que también existen servicios de interés general “que no tienen carácter económico”. Serían los “*servicios sociales de interés general*” (SSIG). El protagonismo recae lógicamente sobre los SIEG, ya que sobre ellos recaen las competencias de la Unión Europea.

en cuanto actividad reservada y controlada por el Estado²³, para aludir a un conjunto de prestaciones colectivas básicas, sustentadas fundamentalmente en infraestructuras en red, que se quieren asegurar al conjunto de los ciudadanos, pero en un entorno de competencia especial o regulada, aunque en él sea necesario reconocer derechos especiales o exclusivos a determinadas empresas e imponer obligaciones de servicio público. Se trata de conciliar en esos ámbitos los valores u objetivos de los servicios públicos formales (prestaciones estables, asequibles en precio, de calidad suficiente y alcance universal) con un sistema de mercado (donde hay libertad de entrada y salida, libertad de contratación y libertad de precios), para lo cual es necesario tanto introducir unas técnicas estructurales o de diseño singulares (la “regulación para la competencia”, para evitar que los derechos especiales o exclusivos de los operadores titulares de las redes estratégicas estrangulen la competencia), como suavizar el funcionamiento agresivo del mercado respecto a ciertos consumidores y colectivos (la “regulación contra la competencia”, con el establecimiento de obligaciones de servicio público).

29. La Comisión Europea define los servicios de interés económico general como actividades económicas que generan resultados para el bien público general que no serían proporcionados por el mercado sin intervención pública, o al menos serían proporcionados en condiciones diferentes de calidad objetiva, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato o acceso universal²⁴.

²³ El concepto de servicio público también puede ser utilizado en sentido amplio, como equivalente de servicios esenciales o de interés general. Al final, como expone José Carlos Laguna de Paz, *Tratado de Derecho administrativo. General y económico*, cit., pp. 247 a 250, hay que referirse con un nombre u otro a todo un conjunto de distintas prestaciones básicas para la vida humana digna, sobre las que el Estado asume una responsabilidad. Lo relevante, como expone el autor, no es el régimen jurídico concreto al que conduce esa calificación, sino a la existencia de un título de intervención pública en esas materias.

²⁴ Ese es el concepto básico de SIEG expresado por la Comisión europea en su Comunicación “A Quality Framework for Services of General Interest in Europe”, de

En definitiva, son “mercados intervenidos” mediante la imposición de obligaciones de servicio público²⁵. Y, aunque ese criterio guía podría llevar en teoría a una extensión muy amplia en la calificación de servicios como de interés económico general, resulta que al final se refiere, fundamentalmente, al núcleo que comportan los sectores de la energía, el transporte, las telecomunicaciones, los servicios postales y algunos mercados financieros. En definitiva, son los grandes servicios construidos sobre una infraestructura de red²⁶, porque es en ellos donde hace falta esa regulación que concilie mercado y objetivos de cobertura universal garantizada.

30. Creo que es muy revelador a estos efectos el caso de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de Servicios, que, con un evidente ánimo liberalizador y dinamizador de la economía, toma una serie de importantes medidas (de simplificación administrativa, de acotamiento de las condiciones para el establecimiento de regímenes de autorización,

20 de diciembre de 2011 [COM (2011) 900 final], p. 3, y reafirmado en el documento de trabajo de 29 de abril de 2013 “Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest” [SWD (2013) 53 final/2], p. 21.

²⁵ Precisamente, esas obligaciones de servicio público se definen como “intervenciones públicas en el funcionamiento del mercado, con el fin de alcanzar un objetivo de interés económico general, que obliga a las empresas eléctricas a actuar en el mercado sobre la base de criterios impuestos por las autoridades públicas” [STJ (Sala Quinta) de 19 de diciembre de 2019, Asunto C-523/18, Engie Cartagena, n. 42]. De manera que, en virtud de ellas, las empresas se ven obligadas a suministrar determinados bienes o servicios que no habrían prestado, o no lo habrían hecho en la misma medida o en las mismas condiciones, si hubieran tenido en cuenta exclusivamente su interés comercial (n. 51).

²⁶ No es casual que las llamadas redes transeuropeas se estructuren en esos tres grandes capítulos de la energía, el transporte y las telecomunicaciones. Esta política de infraestructuras europeas, con relevantes consecuencias financieras, se incorporó al Tratado de Maastricht y hoy se recoge en los arts. 170 a 172 y 194.1.d) del TFUE. El objetivo es potenciar una serie de pasillos estratégicos entre los Estados miembros, que permitan que la liberalización de los sectores en red no quede en un horizonte nacional.

y de garantía de calidad y de derechos de los usuarios), que se aplican a la generalidad de los servicios o actividades económicas comerciales. Sin embargo, al delimitar su ámbito de aplicación la norma excluye expresamente a los servicios de interés económico general, y la razón no está en que estos carezcan de la condición de servicios (es evidente que lo son), sino porque son sectores que presentan particularidades estructurales y necesitan una regulación específica para su apertura al régimen de competencia, con la que ya cuentan²⁷. Aunque en principio nada impediría que las medidas de la Directiva de Servicios tuvieran aplicación del todo transversal en los sectores económicos²⁸.

²⁷ Llama la atención que la Directiva especifique, sobre todo, los ámbitos en que queda excluida. Entre otras cosas, afirma que la misma “no trata la liberalización de servicios de interés económico general” (art. 1.2), ni “la abolición de monopolios prestadores de servicios” (art. 1.3), enumerando luego en su art. 2.2 algunos de esos concretos sectores que excluye, como el transporte o las comunicaciones electrónicas. Previamente, el apartado 17 de la exposición de motivos de la Directiva explica, primero, que se excluyen los servicios (sociales) de interés general por no prestarse por una contrapartida económica, y no entrar así en la definición de servicio del art. 50 TCE (hoy art. 57 TFUE). En cambio, añade que se reconoce que los servicios de interés económico general sí se realizan mediante contraprestación, pero que se decide excluirlos del ámbito de aplicación sin expresar un motivo concreto.

²⁸ De hecho, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, conocida como la ley omnibus, de transposición o adaptación de múltiples leyes a la Directiva de Servicios, modificó diversos preceptos de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, como una decisión libre del legislador español, que no se ha considerado contraria al DUE. Así lo expresa la STS de 4 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1913): “A pesar de tal excepción, la Ley dictada para acomodar las leyes sectoriales a la Directiva de Servicios y a su trasposición interna (la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, habitualmente calificada como “Ley omnibus”) modificó en su artículo 21 diversos preceptos de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y suprimió otros en un sentido liberalizador. Es decir, el legislador español y en materia de transportes, fue más allá de lo que le requería la Directiva de Servicios”.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

31. Las reflexiones expuestas pretenden contribuir a la tarea de perfilar una realidad como la de los sectores (económicos) regulados, relativamente novedosa, pero pendiente aún de categorización acabada, así como a la necesidad de analizar sus relaciones con la actividad pública de regulación. No se aspira a construir un sistema conceptual de departamentos estancos y estrictamente separados, pero sí a racionalizar el manejo de unas categorías que con frecuencia se utilizan de manera extensiva y deletérea, amalgamados bajo el manto del término de moda de la regulación, con el que se pretende envolver todo tipo de intervención pública en la economía²⁹. Sectores regulados y regulación son conceptos doctrinales y no normativos, en los que evidentemente hay imbricación, pero que necesitan ser perfilados para ser útiles en la construcción del Derecho público económico en la actualidad. En concreto, aquí se defiende que los sectores regulados deben quedar circunscritos a los que cuentan con una regulación estructural o para la competencia, mientras que la actividad regulación debe ser estratificada al menos en tres niveles en función de su objeto (la regulación marco o genérica, la regulación jurídico-económica —que puede comprender también medidas liberalizadoras y facilitadoras de la competencia, pero no con carácter estructural— y la regulación para la competencia), siendo el último nivel el que permite identificar verdaderos sectores regulados.

²⁹ En este sentido, como he pretendido explicar en otro sitio, es ilustrativo que en la doctrina alemana haya quienes expliquen que el nuevo concepto de Estado regulador y garante no debe aplicarse a todo el panorama de la *Daseinsvorsorge* o aspectos de la vida humana digna en sociedad de los que se preocupa el poder público, sino a aquellos concretos sectores esenciales liberalizados de manera estructural para desenvolverse en régimen de mercado, pero sobre los que sigue existiendo una garantía o responsabilidad pública que los asegure. Ámbitos que se corresponden con el concepto estricto aquí defendido de sectores regulados. Rafael Caballero Sánchez, “El Bono Social eléctrico ¿Quién tiene que costear las obligaciones de servicio público en los sectores regulados?”, en *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, Darnaculleta, Esteve e Ibler (dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 179.

32. Está claro que el nuevo modelo o planteamiento de la intervención pública en la actividad económica se apoya más en la regulación que en la gestión directa, ofreciendo un arsenal de técnicas novedosas, caracterizadas por un amplísimo margen de diseño, en un entorno de carencia de un depósito doctrinal asentado o suficientemente maduro. Por eso, cuanto más acotado sea un concepto, mayor utilidad tendrá como instrumento del trabajo jurídico. La línea conceptual que se propone creo que tiene fuerza explicativa de la realidad a la que nos enfrentamos y permite clasificar o aglutinar una serie de técnicas regulatorias (de, para y contra la competencia), con consecuencias de régimen jurídico. Por ejemplo, la calificación de un servicio como de interés económico general (y, por tanto, con el carácter de sector regulado) legitima evidentemente la imposición de obligaciones de servicio público, pero las mismas tendrán que introducirse con respeto a dos límites fundamentales: que no alteren el equilibrio del mercado, en el sentido de que la carga que comporten discrimine indebidamente a los operadores, que deben encontrarse en posiciones de igualdad; y que no desmonten el sistema de mercado sobre el que funciona el sector, en el sentido de que su intensidad sea desproporcionada y elimine en la práctica la libertad de contratación³⁰.

33. Quedaría pendiente la tarea de mostrar la aplicación del concepto estricto o acotado que se ha propuesto de “sectores regulados” en parcelas

³⁰ Por ejemplo, en el caso del suministro eléctrico, se siguen imponiendo hoy extensas obligaciones de servicio público, que afectan a un número muy elevado de consumidores. Es el caso del Precio Voluntario del Pequeño Consumidor, en cuanto tarifa semi-regulada para consumidores domésticos y pequeñas empresas, y del Bono Social, que va más allá e introduce descuentos sobre ese PVPC para consumidores vulnerables. De manera que el mercado de suministro se refiere en realidad a las personas jurídicas que sean grandes consumidores y a los consumidores domésticos que decidan ejercer su libertad de contratación de comercializador en el mercado libre. Lo cual representa un volumen muy relevante de energía. En todo caso, se trata de que la contratación del PVPC y la aplicación de los descuentos del Bono Social, que son aplicadas por un pequeño pool de “comercializadoras de referencia” no desequilibre el segmento del mercado libre, ya sea con ventajas o desventajas cruzadas.

concretas de actividad económica. Alcance que se debe mostrar en positivo (sectores que lo son) y en negativo (sectores que no), y que no hay espacio para desarrollar aquí con detalle. En todo caso, se trata de aplicar el patrón arriba formulado sobre la definición de sectores regulados y sus rasgos característicos: sectores estratégicos de actividad económica necesitados estructuralmente de una regulación para desenvolverse en régimen de mercado y alcanzar así la satisfacción de los intereses generales asociados a los mismos. Al final, la clave está en que en un campo de actividad económica haya mercado y que su configuración esté marcada no ya por una regulación pública, sino por una regulación “para la competencia”. Con ella se trata de vencer una resistencia estructural a la competencia, que normalmente consiste en la necesidad de asegurar la neutralidad de las grandes infraestructuras esenciales sobre las que descansan algunos sistemas de aprovisionamiento y servicio básicos.

34. Para la identificación en positivo, me remito a lo ya expuesto en el trabajo complementario del presente, en el que precisamente dedicaba un epígrafe a la identificación de los sectores regulados, utilizando el criterio-guía de la existencia de una infraestructura de red³¹. Criterio que aquí se reconduce o engloba en el más abstracto de la necesidad de una regulación “para la competencia” o estructuradora (que es la que permite superar el efecto de red). Ese examen da como resultado la calificación como sectores regulados de la energía, los transportes, las telecomunicaciones —incluyendo al sector audiovisual, en cuanto requiere transitar por unos canales de comunicación—, los servicios postales y algunos mercados financieros en los que hay que asegurar una infraestructura neutral que los sostenga, como en el caso de las bolsas. Para la identificación en negativo cabe apuntar, de manera meramente ejemplificativa, sectores como la distribución de alimentos, la agricultura, la dispensación de medicamentos,

³¹ Rafael Caballero Sánchez, “Sobre el concepto de regulación y la centralidad de la competencia en los sectores regulados”, *cit.*, pp. 836 a 843.

o el juego. La distribución de alimentos o de medicamentos constituyen sin duda servicios fundamentales y estratégicos para la sociedad, pero no se deben identificar como sectores regulados porque esas actividades económicas no se encuentran condicionadas por una infraestructura de red controlada unitariamente, cuya neutralidad haya que garantizar, ni necesitan en ese sentido de las técnicas de regulación para la competencia para operar en régimen de mercado³². El sector agrícola está completamente condicionado por la política agraria común (PAC), pero esa regulación es racionalizadora y limitadora, y no para la competencia mediante la apertura forzosa de canales a los operadores. El sector del juego, presencial y online, está sometido a una importante regulación, pero es una regulación limitadora y protectora de los sensibles riesgos que provoca la adicción a esta actividad (amén de organizadora de los propios juegos que produce el poder público, y con los que se lucra), sin buscar asegurar el desenvolvimiento competitivo del sector. En definitiva, todos esos sectores económicos están sometidos a una regulación o intervención pública, a veces muy intensa o configuradora (caso del comercio exterior -tan transformado por la unión aduanera comunitaria-, o del mercado de tabaco), y en todos ellos se pueden aplicar políticas de liberalización o pro competitivas, pero son medidas cualitativamente distintas las que crean o abren en sí la competencia frente a obstáculos “naturales”, que las que simplemente favorecen el comercio o incluso organizan el sector por los intereses públicos en juego.

35. En todo caso, si no se acepta este planteamiento conceptual acotado, y el calificativo de sector regulado se extiende a otras actividades económicas sujetas a una intervención pública más o menos intensa, pero no

³² La actividad farmacéutica ha sido objeto de liberalización (en el régimen de horarios, distancias, productos para-farmacéuticos...), y aún lo podría ser más, levantando más limitaciones. Pero eso demuestra que lo que hace aquí la regulación es precisamente retener o condicionar, sin que la actividad en sí requiera una regulación que venza obstáculos estructurales para que haya competencia.

estructural y para la competencia, al menos habría que buscar un término adecuado para calificar a los sectores en red. De manera que dentro del género de los sectores regulados encontremos la especie de las “industrias reguladas” (término indicativo de una singular dimensión)³³, los “sectores económicos en red” (en referencia a las infraestructuras que los sustentan), o los “mercados regulados” (en cuanto indicativo de que se regula al mercado en sí, y no a ciertos elementos del sector)³⁴. En cualquier caso, se trata de aludir a una realidad económica específica, que requiere una identificación jurídica apropiada.

³³ En el mundo anglosajón se utiliza el término de *regulated industries* para referirse a los sectores regulados, en el sentido acotado que aquí utilizamos. De hecho, en la Universidad Carlos III se ofrece todo un *Master in the law of regulated industries*.

³⁴ Gaspar Ariño Ortiz y Lucía López de Castro han utilizado esa expresión de “mercados regulados” y de “competencia regulada” en su monografía *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*, 2ª edición ampliada, Comares y Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 2003, p. 11.