

# ¿Qué fue de los principios inspiradores de la liberalización energética, veinte años después de su iniciación?

**Gaspar Ariño Ortiz, Iñigo del Guayo Castiella**

Catedráticos de Derecho Administrativo

## Planteamiento

Hace ahora veinte años se aprobó la Ley núm. 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que quedó derogada (salvo algunos preceptos), por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Las importantes reformas introducidas por la LSE de 1997 en el sector eléctrico tuvieron su continuidad, en el sector del gas natural, por la Ley núm. 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Esta LSH de 1998 sigue en vigor, pero ha sufrido profundos cambios, durante estos años, derivados de las treinta leyes o reales decretos-ley que la han modificado. En este trabajo queremos examinar cuáles fueron los principios inspiradores de aquellas reformas y cuál ha sido la suerte que han corrido esos principios. Ambas leyes se refieren a que las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica o de gas natural han de ejercerse bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia. Y se proclamaba el principio de libre competencia empresarial respecto de todas las actividades de la cadena eléctrica y gasista.

Uno de los principios inspiradores de mayor calado fue la sustitución del antiguo marco

jurídico del servicio público, por uno nuevo en el que las empresas prestan un servicio de interés (económico) general, pero sujetas a regulación. Las reformas llevadas a cabo en estos años son coetáneas a la incorporación y consolidación del concepto de "regulación" en el ordenamiento jurídico. Esto significa que el poder público actúa sobre las industrias energéticas, no ya como protagonista, sino como árbitro, de forma heterónoma. La regulación debería suponer un cambio más profundo del que se aprecia en el comportamiento de los poderes públicos cuando toman decisiones sobre la industria eléctrica o del gas natural. Por desgracia, no ha calado todavía, en una parte importante de la comunidad de los juristas de derecho público, el sentido nuevo de la regulación (como algo distinto de la mera aprobación de normas), de manera que las decisiones no están orientadas por el auténtico marco jurídico de las actividades reguladas.

Este trabajo trata de identificar cuáles son las características de las actividades reguladas, en qué consiste la nueva regulación (por oposición a la antigua, de corte keynesiano) y trata de mostrar los principales problemas que se aprecian en la regulación de

los sectores energéticos. Uno de ellos es el riesgo regulatorio. Bajo el régimen del servicio público, las empresas gozaban de una mayor seguridad frente a los cambios normativos, a cambio de soportar unas cargas que provocaban claras ineficiencias. En la nueva regulación, parece, a veces, que sólo ha desaparecido aquella mayor seguridad, pero que las empresas siguen soportando intervenciones más propias del marco jurídico antiguo.

Poco a poco debe ir abriéndose paso una nueva cultura regulatoria, que implica que los poderes públicos ajusten sus decisiones sobre los sectores energéticos a los objetivos que todo sistema energético debe alcanzar: hacer asequible a los usuarios unos suministros energéticos eficientes, en términos de precios y/o costes, sin poner en riesgo la seguridad del suministro y atendiendo a las exigencias derivadas de los compromisos de lucha contra el cambio climático (sustentabilidad). Esta cultura regulatoria debe implicar que se escuche a todas las partes implicadas (empresas y consumidores), con el consiguiente abandono del ordeno y mando, a favor del diálogo, la transparencia y la participación. Por último, esta nueva cultura exige un equilibrio entre

la imprescindible seguridad regulatoria con una regulación flexible, acomodada a los rápidos cambios que se producen en los sectores energéticos.

### Las actividades reguladas: características

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

- a) Se prestan habitualmente sobre infraestructuras de red, en la mayor parte de los casos redes continuas (como las redes eléctricas o gasistas). La red es el lugar donde descansa el mercado (sin ella no habría mercado). Por eso tiene que ser, cuando es única, de uso común, con derecho de acceso de terceros.
- b) Normalmente, exigen cuantiosas inversiones, que requieren largos plazos de amortización y, una vez hecha la inversión inicial, el coste adicional o “marginal” de suministrar una nueva unidad será bastante pequeño, lo que ofrecerá grandes economías de escala y una tendencia natural al monopolio/oligopolio, protagonizado por grandes empresas.
- c) Son esenciales para la vida de las personas y de la sociedad, lo que exige garantía de prestación continua, universal siempre que sea posible.

Por estas y otras razones, el Estado las asumió como propias durante mucho tiempo, reservándolas al sector público (artículo 128 de la Constitución española). Pero en los últimos veinte años el panorama ha cambiado por completo. El Estado se está retirando en todo el mundo de la gestión empresarial, en la que ha demostrado ser muy ineficiente. Por otro lado, muchas de las razones que en su momento aconsejaron la nacionalización han desaparecido; y el extraordinario gasto social que pesa de modo creciente sobre las Haciendas Públicas ha obligado a éstas a acudir al capital privado para que venga a aliviarle de este peso. La solución se impuso por sí sola: si los servicios públicos requieren grandes inversiones, si hay capital disponible en los mercados internacionales y escasea en cambio el capital público, la salida era obvia: admitir ahorro privado y empresas capitalistas para la prestación de los servicios públicos, regulando éstos de modo que cumplan con su fin. Un servicio público es, en esencia eso: **un capital adelantado** que se pone al servicio de la comunidad, gestionado por su dueño bajo la supervisión continua de la autoridad pública. En este tipo de empresas (privadas) los dueños del capital controlan la gestión, pero los objetivos de la empresa –que como en toda empresa consisten en generar valor y obtener beneficios– tienen que hacerse compatibles con la satisfacción de las necesidades sociales esenciales que el servicio viene a cubrir. Se da así, en ellas, una cierta contradicción entre la función-objetivo de unos (los capitalistas, ganar dinero) y otros (la comunidad –el Estado–, satisfacer necesidades sociales). Para resolver esta continua tensión interna, o bien se diseña normativamente un “estatuto del servicio” con los derechos de los usuarios y las obligaciones del gestor, que se fijan y supervisan por la autoridad pública; o bien se pacta una relación entre el titular del capital y la comunidad (representada por el

Estado) en un **contrato de gestión** de servicios (concesión, licencia singular o como se llame). Esta relación genera una continua interdependencia entre las partes titulares del contrato, lo que exige por parte de ambas un constante espíritu de cooperación y buena fe. Después de todo, el Estado ha cedido la titularidad de la actividad, pero sigue manteniendo la **responsabilidad** sobre las prestaciones, que siguen siendo esenciales para la vida de la población.

### La nueva regulación: estabilidad y variabilidad

La transformación de antiguos monopolios en actividades competitivas ha sido una operación difícil. Ha exigido un cambio profundo en el modelo de regulación. Las tres tareas básicas del regulador de hoy son éstas: 1) creación y defensa de una competencia efectiva en el sector, 2) solución de controversias entre los agentes que operan en él y 3) protección y garantía de los usuarios. A esto sirve la regulación: a la creación y defensa del mercado, asignando obligaciones y derechos a los distintos sujetos que están en el sector.

Es una tarea nada fácil, exige precisión, no se puede operar en ella con el cuchillo del carnicero, sino con el bisturí del cirujano. El regulador tiene que re-crear (es decir, volver a crear) mercado donde éste no existía (en la mayor parte de los casos no ha existido nunca, como sucede con las grandes industrias de red). Ahora bien, esto no es algo que se consiga por Decreto. La conversión en mercados competitivos de antiguos monopolios como la electricidad o el gas, no es algo que se produzca de golpe por muchas leyes que se aprueben.

Es preciso llevar a cabo reformas estructurales; se necesita que entren nuevos operadores, que cambien las reglas del juego, que

se establezca una serie de obligaciones y derechos para el uso de instalaciones esenciales (redes, sistemas de almacenamiento y otras infraestructuras, que pasan a ser de uso común) y toda una serie de medidas adicionales cuyo asentamiento se producirá progresivamente. Este cambio no es un acto, sino un proceso, que exige tiempo y tiene que estar dirigido, monitorizado, supervisado y, cuando sea necesario, corregido por una autoridad reguladora a quien se confía esta tarea. **El objetivo inicial de estos entes reguladores es, por ello, la gestión de los procesos de transición a la competencia de sectores tradicionalmente monopolísticos.**

Cuando se estudia la historia de estos cambios en los sectores regulados, se ve que éstos han tenido que ser muchos, continuos y profundos; y la regulación ha tenido también que ser adaptada, una y otra vez, a realidades que eran objeto de cambios continuos, a veces tecnológicos y a veces de los mercados. La normativa, por este motivo, se ha visto modificada continuamente, especialmente en el sector de la energía, como fruto de la competencia. Esto entraña un gran problema, porque en buena teoría la regulación tiene que aportar claridad y previsibilidad a la evolución de estos sectores, tiene que facilitar la realización de planes de negocio y promover la inversión en ellos, tiene que definir el “tablero de juego” de una manera clara y estable, de modo que los operadores puedan confiar. Pero al mismo tiempo la regulación tiene que adaptarse a una realidad cambiante.

Los cambios regulatorios tienen necesariamente que acompañar a la evolución de los sectores para que los objetivos finales que se buscan (la competencia efectiva, la continuidad de los servicios, la prestación universal, la calidad y eficacia, etc.) se hagan realidad. Para ello, la regulación tiene

que ser un “continuum”, está integrada por normas y actos, de supervisión y control, de inspecciones y sanciones. La función “reguladora” se caracteriza, justamente, por reunir en una sola mano un conjunto de facultades que habitualmente están dispersas. Por un lado facultades normativas complementarias a la ley, de carácter económico o técnico; por otro lado, potestades de pura administración (como conceder licencias o aprobar tarifas) y finalmente, potestades cuasi jurisdiccionales, de resolver conflictos y asignar derechos y obligaciones. Todas ellas se encomiendan al regulador para que su actuación, que es –repito– un “continuum” en la búsqueda de un resultado, sea coherente y eficaz. Esto es lo que permite caracterizarla como una función distinta de la ordinaria “función administrativa”, porque la suma de esas tareas constituye una actuación singular que tiene que ser llevada a cabo por un solo órgano. Nótese que el regulador reúne en una sola mano, aunque sea en grado subordinado, los tres poderes del Estado: normativo, ejecutivo y judicial (o cuasi judicial). Y no deja de sorprender que este tipo de organismo, con un alto grado de discrecionalidad, independiente y tan singular, haya tenido su origen y se haya desarrollado precisamente en los Estados Unidos, modelo y arquetipo constitucional de la división de poderes. Es ésta una prueba contundente de su necesidad (y del pragmatismo norteamericano).

Y es que, en efecto, no hay un manual al que se pueda acudir para configurar y recrear los mercados en los distintos sectores. Es verdad que el modelo responde a unos principios comunes de las industrias de red, que hemos explicado ampliamente en otros lugares. Pero cada sector tiene sus peculiaridades y las soluciones no son siempre trasplantables de uno a otro. Por eso, la regulación (y los reguladores) son y deben ser sectoriales. A pesar de las buenas inten-

ciones con que los reguladores siempre se comportan (al menos, en la gran mayoría de los casos), se producen con frecuencia efectos negativos que aquéllos no previeron. Es que la regulación consiste siempre en un delicado equilibrio entre libertad e imposición (de cargas y limitaciones) para defender el mercado y asegurar al mismo tiempo el servicio público. Una de las claves del éxito está, sin duda, en la libre iniciativa y la competencia, pero al mismo tiempo hay que asegurar el servicio para todos. La regulación es como un aparato de precisión, como uno de aquellos antiguos relojes suizos que daban siempre la hora exacta y exigían comprobaciones y limpiezas periódicas; y un buen relojero (es decir, un buen regulador) debe comprobar la hora de vez en cuando, con el meridiano correspondiente.

### **El riesgo regulatorio, un gran peligro**

Diseñar una buena regulación, que supone mantener constantemente en equilibrio fines contradictorios de las empresas, especialmente en los sectores estratégicos recientemente privatizados, no es fácil. Esto es especialmente necesario cuando además de liberalizar se privatizan antiguas empresas públicas, normalmente monopolísticas, que operaban en el sector. Al privatizar, se llama en muchas ocasiones al capital internacional para que invierta en el país, sector y empresa de que se trate; y el inversor analiza su inversión en función, entre otras cosas, de la regulación bajo la cual habrá de actuar en el futuro la empresa que invierte.

Ocurre, sin embargo, que la **regulación suele incorporar algunas incógnitas e incertidumbres, que componen lo que conocemos como “riesgo regulatorio”**. He aquí alguna muestra de las mismas:

**1ª) La regulación incorpora en muchas ocasiones ambigüedad, calculada o no.**

Así, con frecuencia se establece que el nivel de competencia para que se activen o desactiven determinadas facultades del regulador en el mercado de que se trate (eléctrico, gasístico, de combustibles, etc.) debe ser "suficiente". Pero ¿cuándo es "suficiente"?, ¿cómo estimamos el mercado relevante a efectos de suficiencia?; si hacemos comparaciones –hoy, que el *benchmarking* está tan de moda- ¿con qué países hemos de hacerlas? Otro tanto cabe decir de conceptos frecuentemente utilizados en la regulación como "facilidades esenciales" o "precios asequibles". ¿Quién aprecia o cómo se declara el carácter esencial de una instalación? ¿Cuál es el nivel de asequibilidad de un precio? Todo esto es algo muy difícil de fijar normativamente y hay que dejar un espacio abierto a la discrecionalidad (técnica) del regulador, lo que –dicho sea de paso- conlleva algunas exigencias en cuanto a la selección de éste.

**2ª) La regulación se establece en normas de mínimo rango, que son fáciles de cambiar.**

El miedo de los responsables políticos de la regulación a verse atados en sus propias medidas suele llevarlos a esquivar las normas parlamentarias –o a redactar proyectos de ley muy genéricos- prefiriendo adoptar las verdaderas decisiones a través de normas meramente administrativas e, incluso, a través de instrucciones, circulares, directrices, recomendaciones y demás formas de orientación de las conductas de los operadores, que son fáciles de cambiar e incorporan la mínima responsabilidad; eso que se llama ahora *"soft law"*. La falta de seguridad jurídica así creada reduce enormemente la previsibilidad en el sector, lo que es un obstáculo para la inversión.

**3ª) Se puede abusar de la discrecionalidad del regulador, con efectos claramente perniciosos.**

La regulación se construye como hemos dicho, en muchas ocasiones, sobre decisiones discrecionales de los reguladores, lo que tiene varios efectos perniciosos: el poder político, para no perder el control de estas decisiones discrecionales, trata de influir sobre él reduciendo su independencia; éste se acostumbra a no dar razón de sus decisiones; los empresarios operadores del sector tratan de "capturar" su voluntad –a veces por medios muy censurables- ya que no pueden razonar técnicamente frente a la pura discrecionalidad del poder regulador. Frente a todo ello, al regulador hay que exigirle que ejerza el *"rule making"*, es decir, que dicte normas generales, en lugar de resolver caso por caso (vid. lo que se dice más adelante sobre este punto).

**4ª) A veces, los criterios de los reguladores y la regulación cambian bruscamente.**

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

Otros riesgos son la politización de las decisiones, su captura por uno u otro grupo de presión o de influencia, la burocratización. El conjunto de todos ellos puede alcanzar niveles muy significativos, que redundarán en claro perjuicio de empresas y usuarios e incluso de la economía general del Estado que lo tolera. El riesgo regulatorio puede

convertirse en "riesgo país" elevándose los costes de la inversión en él. El riesgo regulatorio se puede cuantificar en estos casos, y sus efectos negativos para el país pueden llegar a ser muy elevados.

Para suavizar las más notorias manifestaciones del riesgo regulatorio existen diversas técnicas. Muchas de ellas son de índole jurídico-formal, y consisten en elevar el rango de la regulación "antes de" solicitar inversiones internacionales, llegándose en ocasiones a compromisos de rango constitucional. Otras veces se ofrece la garantía de una Ley y en ocasiones la inversión se somete a arbitrajes internacionales, garantizándose así el cumplimiento de las normas y contratos. Con todo ello se trata de atraer inversiones al país o al sector de que se trate.

**El regulador, la clave del sistema. Política y regulación**

La clave del buen funcionamiento de las reformas –y del sistema- es el regulador. Su tarea es difícil y encaja mal en el tradicional modelo de Administración napoleónica que tenemos en la mayoría de los países latinos: una Administración unitaria, lineal, jerárquica. Los entes reguladores son otra especie de Administración. No pueden ser considerados un instrumento más del poder ejecutivo, sujeto a sus instrucciones. No deben figurar en las Comisiones reguladoras cargos natos que puedan ser "representantes" del Gobierno. La confianza del Gobierno en el órgano o ente regulador es, de ordinario, conveniente, pero no resulta precisa para el ejercicio de su función. En especial, cuando la política industrial del Gobierno entra en potencial conflicto con las normas reguladoras del mercado es comprensible que el punto de vista del regulador pueda no ser del agrado del Gobierno. Por desgracia, no se puede servir a dos señores (a la Ley al Gobierno).

Ello nos lleva a formular algunas conclusiones sobre la relación entre política y regulación. Los poderes públicos elaboran las pautas políticas con las que se fijan objetivos de gobierno; ahora bien, estas preferencias del Gobierno deberán ajustarse y enmarcarse en el marco legal e institucional que preside la actividad del regulador, pues éste sólo puede implementar aquellas operaciones o actuaciones que estén ajustadas a la ley (como es propio de todo Estado de Derecho). Los políticos definen qué hay que hacer, es decir, qué sería lo deseable, según su ideología o su programa de gobierno; el regulador prescribe cómo hacerlo legalmente, si es que ello es posible de acuerdo con las reglas. La decisión política es judicialmente irrevisable; la instrumentación legal es plenamente revisable por los jueces. La regulación resulta así garantía de legalidad de las políticas públicas, frente a las preferencias partidistas, el amiguismo o la corrupción. Naturalmente, el poder político siempre podrá cambiar la ley, dentro de los límites constitucionales y de los tratados internacionales que se hayan suscrito; en Europa, los Tratados de la Unión Europea y el Tribunal de Justicia de la Comunidad constituyen límites al poder legislativo nacional. Pero cambiar la ley significa romper el consenso en el que se asienta el sistema y la política de Estado. Los electores juzgarán entonces.

Esta separación –y al mismo tiempo articulación– entre política y regulación es la que reclama para el regulador un estatuto de independencia funcional. El alto grado de discrecionalidad que ya hemos dicho acompaña a estas decisiones y el hecho de afectar a importantes intereses económicos hace muy poco aconsejable dejar el proceso regulador en manos del Gobierno, porque ello permitiría a éste mezclarse continuamente en el mundo de los negocios. Y la liberalización consiste precisamente

en lo contrario: en separar las decisiones empresariales de los intereses, siempre cortoplacistas, de los Gobiernos. Por ello es necesaria la independencia del regulador que es garantía de objetividad, racionalidad, imparcialidad y defensa del sistema.

### Los peligros que acechan al regulador

El primer peligro que rodea al regulador es el derivado de la importancia de sus decisiones. Son sectores estratégicos, esenciales..., con extraordinario impacto en la vida de las gentes y en el funcionamiento de la economía. Es decir, de gran importancia para los políticos. Por ello, los Gobiernos, demasiado a menudo, no respetan las reglas propias de los grandes sistemas de servicio público y caen en la tentación de mezclar sus objetivos políticos y sociales –muy legítimos, pero ajenos al servicio– con las regulaciones del sector. Pretenden, por ejemplo, crear empleo, combatir la inflación, proteger a los desheredados o promover el desarrollo regional a costa del equilibrio financiero de las empresas gestoras de los servicios. Esto es un grave error. Se obtienen magros resultados en el corto plazo, único que preocupa a los políticos, a costa de la buena marcha a largo y medio plazo, de las empresas y el sistema.

El mejor ejemplo de ello ha sido en España el sector eléctrico. El modelo de regulación establecido en la norma era –y es– bastante bueno, dotado de instrumentos muy sofisticados para introducir en él competencia. Pero los sucesivos Gobiernos fueron cargando al sector, por ley, con deudas derivadas de sus decisiones políticas: la protección al carbón nacional, pese a los sobrecostes que genera; las deudas del parón nuclear, que afectó a varios proyectos en marcha con cuantiosas inversiones ya realizadas; la concesión de primas sustan-

ciosas y tratamiento privilegiado a las energías renovables, eólica y fotovoltaicas sobre todo; y la de mantener artificialmente baja la tarifa a la que podían acogerse los usuarios domésticos, porque la competencia no actuaba como un efectivo medio de control de precios. Todo ello dio lugar, a continuas subidas de precios –que no se podían contener del todo– y a un llamado “déficit de tarifa”, que es una deuda de la comunidad con las empresas eléctricas, que éstas hacen constar en su balance como un activo a plazo y alcanza, cuando se escriben estas líneas, la astronómica cifra de 25.000 millones de euros; deuda que el pueblo español tendrá que pagar a lo largo de los próximos 15 ó 20 años. Éste es el fruto de una mala regulación, de la que las empresas pueden salir indemnes pero no el pueblo español, que ha visto incrementarse la tarifa de la luz en más de un 80% durante los últimos 15 años. Otras veces, la interferencia todavía va más allá y afecta a los reguladores mismos; los cambios de Gobierno provocan cambios y reformas legales en los estatutos de los organismos reguladores, que permiten, a pesar del estatuto de inamovilidad de sus miembros, la remoción de aquéllos que no sintonizan con el nuevo Gobierno. En España hemos sufrido este problema en los cambios de Gobiernos de los últimos 20 años. Esto es la prostitución del sistema y es de esperar que se acabe con esto de una vez.

### Los errores en la aplicación de los principios

Ya hemos dicho que el gran peligro de la regulación –el primer y gran error a evitar– es la interferencia de los Gobiernos en la labor del regulador. En efecto, los Gobiernos, demasiado a menudo, no respetan las reglas propias de los grandes sistemas de servicio público y caen –como ya he dicho– en la tentación de mezclar con él sus objetivos

políticos y sociales. Otras veces tratan de proteger aparentemente a los usuarios de hoy –que son sus electores- a costa de los ciudadanos del mañana, que verán entorpecidos y degradados los servicios que reciben, pero el “culpable” ya no estará allí. Otra actitud que conviene evitar en la regulación es el maximalismo, que conduce a múltiples errores como los siguientes:

**a) Facilidades excesivas a la entrada**

de nuevos operadores, forzando a los operadores establecidos en el mercado a ofrecer servicios a precios inferiores al coste marginal de los mismos (por ejemplo, interconexión, acceso a redes, compartición de infraestructuras, compras al por mayor a precio regulado, o los llamados “*gas release programs*”, cesión forzosa de contratos de suministro de gas a terceros). Éste ha sido un error en el que se ha incurrido en la regulación de transición desde el monopolio a la competencia. Tanto en los Estados Unidos como en las Directivas comunitarias europeas se impuso un sistema de acceso fácil y barato a las redes de los *incumbents*, lo que provocó una rápida reducción de los márgenes, que a los que primero afectó fue a los nuevos entrantes (con menos capacidad de resistencia que los *incumbents*) lo que provocó la ruina en breve plazo de muchos de ellos (prestadores de servicios sin red) y un efecto disuasorio, en todos, respecto de nuevas inversiones, innovación y oferta de nuevos servicios. Fue el triunfo del “revendedor”, que ha tenido muy poco recorrido. Los mercados se abrían falsamente y duraban poco, si los nuevos entrantes no invertían.

**b) Han sido frecuentes las regulaciones asimétricas**, aquéllas que imponen obligaciones mucho mayores a unos competidores que a otros. Es la llama-

da discriminación positiva, que pudo tener sentido en el proceso de transición y apertura de los mercados, favoreciendo a los nuevos entrantes frente a los ya instalados, que se ven obligados a abrir sus redes, compartir sus infraestructuras y ofertar servicios al por mayor a precio regulado, todo ello a favor de los recién llegados. Se suponía que con esas ayudas serían éstos capaces, durante un tiempo –unos años- de asentarse en el mercado y competir en condiciones de igualdad. Fue la famosa “escalera de inversión” (que se esperaba de los nuevos) prevista por el regulador, pero que nunca se hizo una realidad acorde con las previsiones. Pues bien, esas “regulaciones asimétricas”, si tuvieron algún sentido en los comienzos, cada día lo tienen menos y a medida que el proceso de liberalización avanza, son gravemente dañinas porque también disuaden la inversión, mandan señales equivocadas al mercado, protegen y amparan la ineficiencia y retrasan considerablemente el desarrollo de nuevos servicios (el *incumbent* no invierte porque el regulador puede impedirle rentabilizar su inversión; y el nuevo entrante tampoco, porque le resulta más fácil y rentable aprovecharse de la inversión ajena si el regulador le da acceso a ella). Es mejor negocio dejarse llevar por el regulador; en el sector eléctrico, ha sido el caso de la protección excesiva a las energías renovables y su acceso preferente a las redes, con expulsión del mercado de las energías convencionales, cuyas empresas además soportaban la ayuda a las primeras a través de las primas y subvenciones que engrosaban el déficit de tarifa.

c) Otro maximalismo teórico consiste en **absolutizar las tesis** e intentar hacer llegar la competencia hasta el último rin-

cón y el último cliente. En algunos sectores esto es posible pero en otros es un error. Hay que plantearse con realismo cuál es la competencia posible y practicable en cada sector y en cada una de las industrias de red. En sectores como el eléctrico, la competencia al por menor es difícil e innecesaria (más aún, es falsa e ineficaz); en este sector es viable y deseable la competencia al por mayor y en contratos bilaterales, pues genera precios competitivos y ahorros en los consumos, pero es muy costoso, cuando no imposible, llevar ofertas competitivas a cada hogar o a cada pequeño comercio. La experiencia británica, que es la que ha llevado el modelo a sus extremos, así lo demuestra. Lo que parecía un beneficio, resulta una carga y genera mayor inseguridad para el consumidor.

**d) Consideración estática de la competencia.**

La competencia en sectores regulados no debe ser analizada con el mismo prisma y bajo los mismos criterios que se suelen utilizar para enjuiciar los problemas de competencia en otros productos y servicios: en bebidas refrescantes, productos alimenticios, hoteles, maquinaria herramienta o cosméticos. En los sectores regulados, más importante que las cuotas de mercado, estáticas, son las barreras de entrada y salida y la rivalidad entre operadores, actuales o posibles. La innovación y la amenaza de entrada de nuevos competidores, cuando no hay grandes barreras de entrada hace a estos sectores muy contestables; y aunque en un momento determinado se dé en ellos una cierta concentración y altas cuotas de mercado –muy superiores a las prescritas por el índice HHI- la competencia puede ser efectiva y desarrollar los mismos efectos. En el sector eléctrico, en cambio por sus características técnicas y económicas, la entrada

es más difícil y aunque la competencia será siempre entre pocos, la regulación tiene que complementar el buen funcionamiento de los mercados en diversas formas en las que ahora no podemos entrar. En definitiva, los análisis de competencia en sectores regulados deben ser siempre dinámicos, mirando el largo plazo, y estar complementados por medidas regulatorias.

**e) Obligaciones desproporcionadas de servicio universal.** Estos sectores (gas y electricidad) son servicios esenciales sobre los que descansa la vida de las gentes. En el viejo modelo de regulación de los servicios públicos, la igualdad y universalidad de estas prestaciones venía asegurada, sin merma del equilibrio financiero de las concesiones, por un régimen tarifario del tipo *cost-plus* y numerosas subvenciones cruzadas entre las diversas prestaciones y los diversos grupos sociales. Por el contrario, en un régimen de servicio público competitivo, ello es imposible por dos razones: 1) porque cada servicio/prestación debe soportar sus propios costes específicos, si ha de competir lealmente con los demás operadores; y 2) porque las subvenciones cruzadas están prohibidas. Ahora bien, hay que seguir garantizando a toda la población un estándar mínimo de prestaciones a un precio asequible, cualquiera que sea el coste de aquéllas. Este servicio universal bajo "tarifa social" forma parte de las obligaciones de estas compañías. Pero alguien debe

pagarlo (*there is no free lunch*) y para ello hay que establecer dos cosas: 1) un nivel de prestación, fijado por ley, que tiene que ser el mínimo necesario para cubrir las necesidades básicas de la población (no pueden pretenderse altos niveles de servicio); y 2) un sistema de financiación equitativo en el que el "coste social" se distribuya entre todos los operadores, en proporción al volumen de negocio que cada uno mantenga en el sector. Lo que vaya más allá de esto, resultará lesivo para el sistema.

**f) La correcta definición de los mercados** relevantes es fundamental y a veces se cometen errores en este campo. Es claro que en Europa se está avanzando en la unidad de mercado y, cada vez más, el mercado de productos y servicios es y será europeo. Pero en las industrias de red existe una limitación, porque el mercado está en la red y no existen en todos los sectores redes transeuropeas operables y gobernables, capaces de transportar en condiciones competitivas los productos y servicios que sobre ellas circulan. En algunos casos como las telecomunicaciones y el audiovisual las redes son verdaderamente europeas, por cables o por ondas, por radio o por satélite, pero en otros sectores como la electricidad o el gas las redes transeuropeas son escasas, de escasa capacidad y hay además pérdidas por la distancia, por lo que estamos todavía lejos de un mercado europeo (el mercado sólo lle-

ga donde llega la red). Está, en cambio, internacionalizado y abierto el mercado de empresas a nivel europeo por la libre circulación de capitales y el derecho de establecimiento que consagran los artículos 43 y 56 del Tratado y, por ello, dadas las economías de escala que se dan en estos sectores, es poderosa la tendencia a la concentración de empresas y la integración de servicios (empresas multiutilities). Hay aquí una cierta contradicción en la que no podemos ahora entrar.

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

## Reflexiones conclusivas

Las reformas iniciadas en 1997 y 1998 han contribuido a modificar profundamente los sectores de la electricidad y del gas natural. Bajo el impulso de las reformas promovidas en el seno del Mercado Interior de la Energía, el legislador español llevó a cabo aquellas reformas bajo el influjo de un cierto optimismo, con un indudable componente ideológico. En la medida en que en ambos sectores existe hoy competencia y en la medida en que la competencia es el modo óptimo de asignación de los recursos, el balance de aquellas reformas es positivo. Existen, por supuesto, variadas circunstancias que ensombrecen ese balance. A esas sombras hemos dedicado principalmente estas páginas.

En estos veinte años, tanto los reguladores como los operadores han ido alcanzando la convicción de que frente a la proclamación de la libre competencia en todas las fases de la cadena energética, lo cierto es que la competencia sólo es posible en algunos ámbitos, como la producción y la comercialización. Por el contrario, las redes no pueden sino gestionarse de modo monopólico y la competencia debe operar, sobre las redes, como un sustitutivo de la competencia entre redes. Esto ha conducido al reforzamiento de la distinción de dos grupos de actividades: las reguladas y las liberalizadas. A cada uno de esos dos grupos se corresponde un régimen jurídico distinto. Como corolario de la comprensión de que la regulación pública debe operar principalmente sobre las redes, han acontecido en estos veinte años dos desarrollos, sólo aparentemente contradictorios: por un lado, se ha reforzado el concepto de transportista y distribuidor único y, por otro lado, se han perfeccionado las dos principales técnicas de regulación de las redes, como son la separación de actividades (o *unbundling*) y el acceso de terceros a la red (*third party access*). Cuando se examinan los tres paquetes normativos europeos (1996/1998, 2003 y 2009), así como el llamado **paquete de invierno** (2016), se descubre que los principales cambios han consistido en el reforzamiento de esas dos instituciones.

Una de las principales sombras del proceso de liberalización radica en la escasa competencia existente en los mercados minoristas, en contraste con la competencia alcanzada en los mercados mayoristas o *pool*. Quizás sea llegado el momento de acomodarse a la realidad, es decir, de aceptar que el suministro al por menor, dado que está estrecha e indisolublemente ligado a una red física, tiene un horizonte limitado en lo que a la competencia se refiere. Aquello que sí parece inaplazable es la purificación del sistema de fijación de precios y tarifas del pequeño consumidor, para que se aproxime, cada vez más, al precio real de la energía. Curiosamente, el elemento sostenibilidad (fundamento de toda política energética, junto a la seguridad y la competencia) empuja en ese sentido, y la progresiva extensión de las fuentes renovables de energía contribuirá a que las tarifas dejen de soportar costes regulatorios inapropiados.

En definitiva, pensamos que los principios inspiradores de las reformas han llevado el sector eléctrico y el gasista a un punto muy diferente, y mucho mejor, de aquel en el que estaban hace veinte años. Tratándose de industrias altamente sensibles a los cambios tecnológicos, deben ser objeto de continua y prudente regulación, para adaptarse a las nuevas circunstancias. Y se ha de luchar por clarificar aquellos aspectos que ensombrecen este positivo balance. ■