

Regulación económica y sectores regulados

CARLOS FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ

Índice General

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	17
 PARTE PRIMERA	
LA REGULACIÓN ECONÓMICA	
 I	
CONCEPTO DE REGULACIÓN	25
1. Origen	25
2. Evolución.....	28
3. La influencia del modelo anglosajón.....	30
4. La competencia como finalidad de la regulación	37
5. La regulación en el marco y los límites del Derecho: el control judicial	40
 II	
LIBERALIZACIÓN Y EXIGENCIAS DEL ESTADO SOCIAL: LAS CONTRADICCIONES DEL NUEVO MODELO DE ESTADO GARANTE Y REGULADOR.....	45
1. El Estado Social: funciones y derechos sociales.....	45
2. El cambio de modelo a partir de los años 80.....	49
3. Las contradicciones del nuevo modelo de Europa.....	51
4. La regulación y el mercado en el marco del Derecho y de la ley.....	54

III	
TIPOS DE REGULACIÓN	57
1. Las normas jurídicas y los tipos de regulación	57
1.1. <i>Regulaciones de carácter civil e institucional, administrativo o social, económico y burocrático</i>	58
1.1.1. Regulación civil e institucional	58
1.1.2. Regulación de policía administrativa o regulación social.	59
1.1.3. Regulación económica	60
1.1.4. Regulación burocrática	61
1.2. <i>Regulaciones de estructura y de conducta</i>	61
1.2.1. Regulaciones estructurales	62
1.2.2. Regulaciones de conducta	63
2. El Derecho y la regulación económica	64
3. Las etapas de la evolución de los «monopolios naturales».	68
IV	
JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DESDE EL ÁMBITO ECONÓMICO	73
1. Las disfunciones y fallos del mercado.	75
2. Teorías en relación a las causas y justificación de la regulación económica	86
2.1. <i>Planteamiento</i>	86
2.2. <i>La Teoría del interés público y sus problemas</i>	89
2.2.1. Elementos esenciales	89
2.2.2. Concepto de interés público	90
2.2.3. Problemas que se plantean	92
2.3. <i>Las Teorías sobre el interés privado</i>	95
2.3.1. La «Teoría de la elección pública» o <i>Public Choice</i>	95

	<i>Página</i>
2.3.2. La Teoría económica de la regulación.....	97
2.3.3. La Teoría de la fuerza de las ideas	100
2.3.4. Una perspectiva integradora en el proceso regulatorio del interés público y de los intereses privados. La elección de la medida más adecuada.....	100
 V	
LA UNIÓN EUROPEA Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	107
 VI	
LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. EL DEBATE ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y EL ESTADO SOCIAL	113
 VII	
MERCADO Y DERECHO	119
1. El mercado en el imprescindible marco del Derecho	119
2. Funciones del Derecho sobre los mercados.....	123
3. Los mitos de la regulación: neutralidad, técnica y deferencia	127
3.1. <i>Neutralidad y exigencia meramente técnica</i>	127
3.2. <i>Deferencia hacia la pericia técnica administrativa del regulador</i>	134
 PARTE SEGUNDA	
LOS SECTORES REGULADOS	
 INTRODUCCIÓN	141
 I	
CONCEPTO Y CARACTERES DE LOS LLAMADOS SECTORES REGULADOS	143

	<i>Página</i>
1. La dificultad de delimitar un concepto acotado de sectores regulados	143
2. Los caracteres definitorios de una actividad económica como sector regulado	149
 II	
LAS DIFERENTES TÉCNICAS EMPLEADAS EN LOS SECTORES REGULADOS POR SU RELACIÓN CON LA COMPETENCIA («DE», «PARA» Y «CONTRA»).....	155
1. Regulación de la competencia	155
2. Regulación para la competencia	158
3. Regulación contra la competencia y servicios de interés económico general (SIEG)	163
 III	
DESLINDE POSITIVO Y NEGATIVO DE LOS SECTORES REGULADOS DE ACUERDO CON LOS CARACTERES DEFINIDOS	171
1. Sector energético	173
1.1. <i>Características del Sector eléctrico</i>	173
1.2. <i>La nueva transición energética de fuentes de energía renovables; una transformación decisiva en el sector.....</i>	175
1.3. <i>La obligación de servicio público del bono social eléctrico y su financiación: una relevante y litigiosa cuestión</i>	177
1.4. <i>Sector del gas</i>	180
2. Sector del transporte	184
2.1. <i>Transporte por carretera</i>	184
2.2. <i>Transporte ferroviario.....</i>	187
2.3. <i>Transporte aéreo y marítimo.....</i>	189
3. Sector de las telecomunicaciones	189
3.1. <i>Características.....</i>	189
3.2. <i>Las nuevas infraestructuras que amplían el concepto de red única y reflexiones sobre sus consecuencias</i>	191

	<i>Página</i>
4. Sector postal	195
4.1. <i>Características y contenido de la Ley 43/2010</i>	195
4.2. <i>Razones por las que no lo consideramos como un sector regulado</i>	199
5. Sector financiero	200
5.1. <i>Características y sujetos intervenientes</i>	200
5.2. <i>Razones por las que no lo consideramos como un sector regulado</i>	203
CONCLUSIONES	205
BIBLIOGRAFÍA	213

IV

Justificación de la regulación desde el ámbito económico

SUMARIO: 1. LAS DISFUNCIONES Y FALLOS DEL MERCADO. 2. TEORÍAS EN RELACIÓN A LAS CAUSAS Y JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. 2.1. *Planteamiento*. 2.2. *La Teoría del interés público y sus problemas*. 2.2.1. Elementos esenciales. 2.2.2. Concepto de interés público. 2.2.3. Problemas que se plantean. 2.3. *Las Teorías sobre el interés privado*. 2.3.1. La «Teoría de la elección pública» o *Public Choice*. 2.3.2. La Teoría económica de la regulación. 2.3.3. La Teoría de la fuerza de las ideas. 2.3.4. Una perspectiva integradora en el proceso regulatorio del interés público y de los intereses privados. La elección de la medida más adecuada.

Tratar la justificación de la intervención regulatoria de los poderes públicos sobre el campo económico desde el punto de vista de las teorías económicas resulta fundamental desde la perspectiva de nuestro análisis jurídico.

Ello se debe a que dicha justificación económica se constituye como el fin al que debe obedecer cualquier regulación económica y, por lo tanto, la motivación de la misma se encuentra obligada por nuestro ordenamiento jurídico a encontrarse alineada con la justificación económica.

La justificación económica trasciende al ámbito jurídico. Por ello, la base del control jurídico de la regulación económica se funde inevitablemente con las teorías económicas que justifican y fundamentan los fines que se debe perseguir a nivel económico.

Así, expondremos las diferentes teorías económicas que justifican los fines de intervención regulatoria ya que ello nos acotará e inspirará significativamente los cánones de control jurídico aplicables.

La regulación de un sector se justifica por la necesidad del mismo para ser regulado en cuanto su funcionamiento. Estos sectores en red contienen de forma natural serios condicionantes respecto a una efectiva competencia, debido a su tendencia monopolística procedente del carácter unitario de sus grandes infraestructuras de soporte.

Por lo tanto, los objetivos fundamentales de cualquier regulación serán la creación de mercados competitivos, el aseguramiento de la prestación de bienes esenciales y la supervisión de que el marco normativo dado a los operadores efectivamente es cumplido. Ello será posible a través de los poderes regulatorios consistentes en la facultad ordenadora, supervisora, resolutiva de conflictos y sancionadora de la Administración y las agencias implicadas.

Un dato relevante a tener en cuenta es que, al contrario de lo que pudiera parecer, los procesos de liberalización de multitud de estos sectores como las telecomunicaciones o la energía, no producen una desregulación de los mismos sino todo lo contrario, la necesidad de un aumento en la intensidad regulatoria. Ello se debe a que la complejidad del funcionamiento de un monopolio ya sea público o privado, resulta mucho menor que la de un mercado liberalizado con caracteres oligopolísticos.

Surge entonces la necesidad de establecer un marco jurídico que garantice la competencia, asegurando las ventajas que de ella se derivan. De esta manera, *la liberalización trae consigo la regulación* ya que antes de la misma no existía un mercado propiamente dicho al no existir la necesaria competencia. La regulación facilita enormemente *la creación del mercado*, como ya hemos justificado, estableciendo las condiciones de funcionamiento necesarias que de forma natural no se daban por sí solas.

Como ejemplo de lo anterior, encontramos los *permisos de acceso y conexión* a las redes, de tal manera que cualquier operador pueda acceder a la red, aunque sea propiedad de la competencia mediante el pago de un peaje. De esta manera, se asegura la competencia efectiva entre operadores independientemente de la titularidad de la red, lo que de otra forma sería imposible por el monopolio natural que se deriva de la unicidad de red por territorio.

Ya bien se trate de la creación y regulación originaria de un mercado, como de las modificaciones derivadas que se vayan realizando de acuerdo a la realidad fáctica, desde el ámbito económico la tesis que más éxito ha tenido sobre la justificación de la finalidad de la regulación se puede resumir en «*corregir las disfunciones y los fallos*» que el mercado tiene en su funcionamiento de manera natural.

1. LAS DISFUNCIONES Y FALLOS DEL MERCADO

Como hemos mencionado en la introducción, la diferencia entre la intervención administrativa en la economía de nuestro tradicional sistema continental y la regulación anglosajona, reside en que en ésta la habitual justificación desde el ámbito de la economía de la necesidad de regulación reside en las «*disfunciones y fallos del mercado*», aunque la opinión sobre la misma por parte de las diferentes escuelas de economía es muy distinta.

La existencia de disfunciones y fallos en el mercado ha sido objeto, lógicamente, de numerosos trabajos de economistas desde hace muchos años, así como la no adecuación a la realidad del funcionamiento perfecto de forma natural del mercado y de la economía desde el planteamiento inicial de la mano invisible de ADAM SMITH que impulsaba el mercado perfecto⁵⁴. No es ni nuestra pretensión ni el objeto de este trabajo abordar con profundidad dicha compleja cuestión, pero sí destacar algunas cuestiones sobre ello dado que constituye la justificación habitual del *porqué* de la regulación económica.

Un mercado es eficiente, desde el denominado primer Teorema fundamental del bienestar, cuando alcanza el óptimo de Pareto, lo que sucede cuando no es posible mediante la reasignación de recursos que ninguno de los agentes del mercado mejore su bienestar sin el empeoramiento del de algún otro. Para ello, se deben dar una serie de condiciones: a) competencia, b) rivalidad y exclusión de bienes, c) información perfecta, y d) mercados completos.

En el caso contrario, el mercado será ineficiente cuando no es posible mejorar la situación de una persona sin perjudicar a otra, o bien cuando la mejora o ganancia de una supone el perjuicio de otra.

54. SMITH, A. (1776) Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*.

De esta forma, y dado que no se cumplen las cuatro condiciones expresadas, se ha producido un cambio de paradigma en el mundo de la economía ya que el mercado, de forma habitual, no cumple con dicho óptimo paretiano y por lo tanto es imperfecto, falla, y la consecuencia es que el sistema de precios no es un mecanismo de asignación eficiente. Esta es ya la situación «normal».

Ello se conecta así con la teoría del interés público sobre la regulación, como veremos más adelante. Como señala, STIGLITZ, el mercado sufre unos defectos estructurales que lo alejan del óptimo, y destaca entre ellos la afirmación asimétrica, el reparto desigual de la información entre todos los sujetos del mercado. Así, algunos saben más que los demás y lo utilizan en su beneficio.

Se produce así, destaca este autor, la paradoja de que siendo ésta la situación normal del mercado, su imperfección y fallos, la teoría de la regulación que pretende corregir dichos fallos no tiene en cuenta la normalidad de los mismos. A pesar de ser un partidario sin fisuras de la regulación, destaca que los fallos imputados al regulador se producen precisamente porque no cree el regulador que lo normal es que los mercados fallen. Al aspirar así a un objetivo equivocado alimenta aquello que pretende combatir⁵⁵.

De forma generalizada, se señala que las principales causas de los fallos del mercado o de la «asignación competitiva no eficiente» son los siguientes: el poder de mercado, el monopolio natural, los bienes públicos, la asimetría informativa y las externalidades negativas. Dependiendo así de la causa, el mecanismo de intervención (sistema continental) o regulación (anglosajón) será distinto.

Así, como señalan ALBI, GONZÁLEZ-PÁRAMO y ZUBIRI, para neutralizar el poder de mercado el principal instrumento es el Derecho de la competencia; el monopolio natural, la determinación de precios óptimos; la información asimétrica puede ser corregida asegurando el acceso a la información relevante a todos los agentes y difundiéndola como un bien público cuando sea posible así, p.ej. sobre la calidad de los alimentos; y en relación a las externalidades negativas imponiendo el

55. STIGLITZ, J.E. (2009) «Regulation and the Theory of Market and Government Failure», New Perspectives on Regulation, D. Moss and J. Cisternino, eds. The Tobin Project.

nivel eficiente de las mismas si se conocen, o bien en el caso de la contaminación mediante los mercados de derechos⁵⁶.

Como disfunciones y fallos del mercado, vamos a ocuparnos a continuación de las siguientes que son, entre otras, puestos de manifiesto por los economistas: la competencia imperfecta, las conductas anticompetitivas, los costes de información y transacción, los problemas de racionalización y coordinación, las externalidades, los mercados incompletos y los problemas de información, los problemas de selección adversa y riesgo moral, la equidad, pero también la propia naturaleza humana.

1.º En primer lugar, la *competencia imperfecta* es normalmente invocada todavía como una disfunción del mercado desde los postulados de la escuela económica neoclásica.

Frente a la suposición de que existe un modelo de equilibrio con competencia perfecta, las notorias imperfecciones y fallos de los mercados conducen a proponer regulaciones económicas e intervenciones gubernamentales de forma prácticamente ilimitada. Sin embargo, en contraposición la Escuela austriaca defiende que la competencia no es un estado sino un proceso constante y continuo que tiene lugar en el tiempo, como destaca HAYEK, exponente de dicha Escuela y discípulo de Friedrich von Wieser y Ludwig von Mises, para quien la competencia es un proceso de descubrimiento que permite a los seres humanos experimentar nuevas ideas y prácticas en un sistema que proporciona la retroalimentación apropiada.

BUSTAMANTE, destaca que las *disfunciones* son el resultado natural de la interacción humana en un mercado caracterizado por la existencia de costes de transacción, derecho de propiedad imperfectos, actitudes estratégicas, etc. Por ello, considera que dichas imperfecciones naturales pueden corregirse mediante esfuerzos de progreso institucional que posibiliten al mercado actuar espontáneamente en el sentido correcto, en lugar de introducir distorsiones regulatorias que suelen ser inmediatamente superadas por ajustes del propio mercado⁵⁷.

56. ALBI, E. GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. y ZUBIRI, I (2006) *Economía Pública*, 2.ª ed. Ariel.

57. BUSTAMANTE, J.E. (1993) *Desregulación. Entre el Derecho y la Economía*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 81.

2.º En segundo lugar, en ausencia del privilegio público de concesión de derechos exclusivos (la concesión de un monopolio no es así un fallo del mercado, sino un fallo del gobierno), la competencia se ve alterada tanto en sentido horizontal, por las *conductas anticompetitivas* de las empresas tanto mediante acuerdos restrictivos entre ellas y abuso de posición dominante, como, en sentido vertical, por las ayudas públicas a determinadas empresas. Si la posición dominante se alcanza gracias a la mayor competitividad de la empresa, tal situación no atenta contra la competencia.

Tanto el Derecho antitrust norteamericano como el Derecho de la Competencia de la Unión Europea han establecido un sistema exigente frente a las prácticas restrictivas y conductas anticompetitivas.

3.º En tercer lugar, la regulación puede resultar de gran utilidad para reducir los *costes de información y transacción*, de los que COASE llevó a cabo una aportación muy relevante en la Ciencia económica, así como para facilitar la coordinación y cooperación entre personas.

Aquí, la regulación en el ámbito mercantil desempeña un papel protagonista facilitando dotar de seguridad jurídica a los contratos y acuerdos, sin tener que redactarlos *ex novo* en cada uno de ellos, con la regulación, entre otros, de las condiciones personales para actuar en el mundo jurídico y económico, los tipos de obligaciones y contratos, la asignación de derechos reales, las formas de asociación para conseguir objetivos comunes mediante fórmulas societarias que facilitan las pautas y garantías de su cooperación, etc....

4.º En cuarto lugar, la existencia de *problemas de racionalización y coordinación*.

OGUS señala que la coordinación en el mundo interdependiente y globalizado requiere una regulación que no podría conseguirse mediante acuerdos contractuales, y pone como ejemplo el Código de la Circulación y el sistema oficial de pesos y medidas. Así, resulta imprescindible para que los agentes económicos y sociales dispongan de unas pautas comunes de comportamiento, sin las cuales no se darían unas condiciones mínimas de seguridad y resultaría extraordinariamente arriesgado o complejo actuar.

Un caso similar sucede en la estandarización de los productos y servicios, así es muy significativo en el ámbito tecnológico, al igual que en los supuestos de creación de nuevos mercados como en mercado de electricidad o el comercio electrónico en los que, ante los elevados costes de información y transacción, hace imprescindible que los gobiernos cumplan su función de regulación en cuanto soporte institucional del mercado: asignar recursos mediante derechos de propiedad, facilitar tipos de contratación que permitan la coordinación y cooperación de los agentes, así como definir las responsabilidades que den seguridad a las transacciones.

5.º En quinto lugar, las *externalidades* o efectos secundarios que se producen, y que dan lugar a una disminución o incremento de la utilidad de los consumidores y de los costes de las empresas. El típico ejemplo es el de la contaminación como externalidad negativa que impone a la sociedad costes que no se internalizan a los responsables de los mismos y que no se incorporan a los precios de los productos obtenidos por dichas empresas.

Ello repercute así en una distorsión del valor y en el precio final de los derechos de propiedad cuando son objeto de negociación y transacción provocando además con ello una situación de incertidumbre ya que, en todos los sectores con una relevante incidencia ambiental existe un elevado riesgo de intervención administrativa *ex post* en forma de sanciones que pueden llegar hasta la propia clausura de la actividad que ha sido objeto de transacción entre las partes.

Así, por ejemplo, una industria que incumple los parámetros ambientales establecidos en la autorización ambiental integrada, o una instalación de energía renovable cuya declaración de impacto ambiental obliga a la paralización o hasta la clausura si no se cumple con los requisitos técnicos ambientales establecidos de su funcionamiento, o se incurre en repetidas colisiones del parque eólico con avifauna de especies protegidas.

PIGOU ya en 1920, formuló su propuesta de internalización de dichos costes a través de un impuesto equivalente a la diferencia entre los costes marginales sociales y los privados. Mientras que, si los efectos eran positivos para la sociedad, el productor debería recibir una cantidad por

dicha diferencia entre los beneficios sociales y los privados obtenidos por el mismo⁵⁸.

COASE completó la propuesta anterior estableciendo el concepto de los «derechos de apropiación» que internalizan las externalidades, y que se distinguen de los derechos de propiedad, permitiendo la negociación sobre bases sólidas y ciertas a las partes contratantes de la transacción sin incertidumbres.

Por otra parte, en el caso de las acciones colectivas, la regulación constituye un eficaz remedio para superar el problema que se plantea de las externalidades. Y que permite superar numerosas situaciones sociales ofreciendo un mecanismo de coordinación entre las personas que, desde el planteamiento meramente individual serían perjudiciales para los ciudadanos implicados. Así, en el conocido dilema de la acción colectiva, o «dilema del prisionero» en la que una acción descoordinada entre dos personas implicadas y capturadas por un mismo delito, da lugar a peores resultados que una acción concertada entre ambos.

6.º En sexto lugar, *mercados incompletos y problemas de información*.

Ya hemos analizado antes la cuestión de la información asimétrica y la tesis de STIGLITZ sobre ello y los mercados incompletos.

Los mercados son incompletos cuando no son capaces de suministrar un bien o servicio a pesar de que el coste de suministrarlo sería inferior al que los individuos están dispuestos a pagar. Ello se debe a que, aunque existe un margen de rentabilidad en una determinada actividad, los individuos no cuentan con los incentivos suficientes para su explotación.

Además, como señala STIGLITZ, y también LASHERAS no es posible que haya mercados en los que se intercambien todos los riesgos asociados a los proyectos, especialmente en inversiones con un periodo largo de recuperación. La intervención- regulación en estos casos es poco efectiva ya que se trata de mercados de futuros en los que no es posible predecir todos los acontecimientos⁵⁹.

58. PIGOU, A.C. (1920) *The Economics of Welfare*.

59. LASHERAS, M.A. (2006) La teoría de la regulación: un panorama, en *Energía: del Monopolio al Mercado. CNE, diez años en perspectiva*. Civitas, p.172.

Y ocurre lo mismo con la información con diversos matices. Así, ya hemos visto la denominada información asimétrica. Pero también se producen problemas de información, tanto por el coste de la misma que, aunque costosa inicialmente, después con su divulgación pierde su valor, como en relación a la dificultad de los consumidores o productores en conseguirla para adoptar decisiones económicamente eficientes de tal forma que se renuncia a su búsqueda con la consecuencia de no adoptar una decisión óptima.

Algunos problemas de información pueden ser resueltos o disminuidos por el mercado mediante, entre otros, las compras repetidas, la información de otros consumidores, las garantías y certificación de calidad, o la publicidad siempre que sea objetiva y no «persuasiva» simplemente, aunque en relación a ella existe un rechazo lógico como técnica adecuada para la protección de los consumidores y resolver los problemas de información.

La regulación puede ayudar así, a paliar los problemas de información mediante la adopción de estándares de calidad para los bienes y la aprobación de una legislación *ad hoc* mediante la que se prohíba ciertas conductas, se establezcan sanciones, procedimientos de resolución de conflictos, derechos de los consumidores y proveedores, o la creación de instituciones públicas y privadas sobre dichas materias.

Y ello, pese a la oposición en contra de la Escuela de economía austriaca que considera innecesaria la intervención directa o indirecta del estado en materia de información dado que entiende que corresponde a las empresas suministrar más información a los consumidores si con ello consideran que van a obtener mayores ventas.

7.º En séptimo lugar, los *problemas de selección adversa y riesgo moral*.

Estos problemas se refieren a situaciones en las que, en la posible transacción entre dos personas, uno de ellos tiene información privada de alguna característica clave para la relación. Así, el típico ejemplo es en los seguros de salud, entidades financieras, o en las ventas a crédito.

Se produce la selección adversa, en los casos en que los compradores de un servicio tienden a imponer al proveedor costes superiores a los

normales o bien cuando el vendedor puede excluir a esos clientes más costosos, así en los seguros médicos.

Mientras que el riesgo moral se da cuando las personas aseguradas tienen algún incentivo para provocar o dejar que se produzca el hecho cubierto por el seguro. Igualmente, en los casos de atención sanitaria con tratamientos o pruebas médicas innecesarias al ser pagadas por el asegurador.

8.º En octavo lugar, la *equidad*.

Se produce en relación con la denominada situación de *vulnerabilidad* de determinados grupos o personas, y a las que el mercado no resuelve ni afronta de forma solidaria la solución a su situación mediante la compensación de los ingresos que obtiene por parte del resto de los usuarios, y especialmente en sectores donde todos los ciudadanos son consumidores, p. ej, en el ámbito de la energía (electricidad y gas) en los hogares, o en el servicio del agua, y a la que deberían irse sumando otros servicios básicos como, a título de ejemplo, el acceso a las comunicaciones y servicios digitales.

Así, la aspiración inicial de los Estados a ofrecer una «*red de seguridad*» a los más vulnerables que no tengan recursos suficientes para una calidad de vida adecuada en relación a los bienes esenciales. Sin embargo, dicha aspiración debe ser un verdadero derecho social y por lo tanto plenamente exigible como desde hace años se establece en diversos convenios internacionales y es recogido ya por la Unión Europea.

En su normativa sobre energía, La Unión Europea no tiene una definición consensuada sobre pobreza energética ni sobre consumidor vulnerable. Sin embargo, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) sí se ha ocupado de ello en varios Dictámenes estableciendo una definición de pobreza energética:

«La pobreza energética es la dificultad o la incapacidad de mantener la vivienda en unas condiciones adecuadas de temperatura (como referencia, se podría tener en cuenta la definición de la Organización Mundial de la Salud, que considera temperatura de confort, 21ºC en la sala de estar y 18ºC en el resto de estancias, o bien, cualquier otra definición que se considere técnicamente adecuada) así como de dis-

poner de otros servicios energéticos esenciales como la iluminación, el transporte o la electricidad para Internet u otros dispositivos a un precio razonable»⁶⁰.

Y dicho Comité Económico y Social Europeo, reitera de forma muy gráfica en sus Dictámenes que «la energía es un bien común esencial, debido a su papel indispensable en todas las actividades cotidianas, que permite a cada ciudadano tener una vida digna, mientras que carecer de él provoca dramas»⁶¹.

El suministro de energía por las empresas forma parte de los servicios de interés económico general cuyo papel en la cohesión social y territorial europea reconoce el Tratado de Lisboa (artículo 14 del TFUE y Protocolo n.º 26). Y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el acceso a una ayuda social y a una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna (artículo 34), la obligación de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores (artículo 38) y el derecho fundamental de acceso a los servicios de interés económico general (artículo 36).

Ello se ve reflejado en la reciente Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que deroga la anterior 2009/72 CE con efectos a partir del 1 de enero de 2021, en el que en sus artículos 5, 28, 29 y 69, se ocupa de precisar las cuestiones regulatorias sobre los consumidores vulnerables y sobre la pobreza energética que sigue sin definir y sigue casi equiparando.

La Directiva no establece un concepto de «*cliente vulnerable*» como de forma desafortunada denomina al ciudadano en dicha situación, estableciendo en su artículo 28 que corresponde a cada uno de los Estados

-
60. Dictamen exploratorio TEN/420 de 14 de julio de 2010, sobre el tema «*La pobreza energética en el contexto de la liberalización y de la crisis económica*», ponente general Sergio Santillán Cabeza.
 61. Dictamen de iniciativa TEN/516 de 18 de septiembre de 2013, sobre el tema «*Por una acción europea coordinada para prevenir y combatir la pobreza energética*», ponentes Pierre-Jean Coulon y Bernardo Hernández Bataller, En el mismo párrafo 2.1 se dice además que «*La pobreza energética mata física y socialmente. En Europa, afecta a más de 50 millones de personas (Proyecto europeo European Fuel Poverty and Energy Efficiency, 2009). Esta situación intolerable tiene que cambiar. El CESE exhorta a emprender acciones urgentes a nivel europeo y aboga por un Compromiso Europeo de Seguridad y Solidaridad Energéticas para fomentar una auténtica política europea de lucha contra la pobreza energética y a favor del desarrollo de la solidaridad en este ámbito*».

miembros definir dicho concepto «*que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en momentos críticos*», dando para ello cuatro referencias relativas a niveles de renta, la proporción de renta disponible dedicada al gasto energético, la eficiencia energética de los hogares, y la dependencia crítica de equipamientos eléctricos por motivos de salud, edad u otros.

La Directiva igualmente otorga a la responsabilidad a los Estados en la regulación del concepto y consecuencias de la «*pobreza energética*» estableciendo en su artículo 29 tres factores de medición de la misma como son los bajos ingresos, el elevado gasto de renta disponible en energía y la baja eficiencia energética de los hogares. De esta forma coinciden tres de los criterios, quedando a la vulnerabilidad como posible referencia un elemento adicional relativo a la dependencia crítica de equipamientos eléctricos que lógicamente implican un mayor gasto de renta.

Aunque la pobreza energética y la vulnerabilidad energética no tienen necesariamente que coincidir en la regulación que cada Estado desarrolle en sus normas jurídicas, el modelo de vulnerabilidad más ampliamente admitido en orden a su defensa por parte del Estado Social, que dispone de una escasez de medios y recursos y por ello debe priorizar sus prestaciones en aplicación de las teorías sobre la justicia distributiva y la equidad, es el que se identifica con la pobreza en su sentido económico⁶².

62. Sobre el concepto jurídico de vulnerabilidad en general, véase el sugerente análisis de ALENZA, J.F. (2019) «Aproximación a un concepto jurídico de vulnerabilidad» en *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI*, I. del Guayo Castiella y A. Fernández Carballal (coords.) INAP, pp. 39-61. Y sobre vulnerabilidad y pobreza energética, CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2020) «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*, M. Darcanulleta i Gardella, J. Esteve Pardo y M. Ibler (coords.), Marcial Pons, pp. 149-190; DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2017) «Consumidores vulnerables en el sector eléctrico, lucha contra la pobreza energética y el bono social», *Revista de Administración Pública*, núm. 203, pp. 343-381; FERNANDEZ- ESPINAR LÓPEZ L.C. (2021) «El régimen jurídico de la transición justa energética y los derechos sociales derivados de sus objetivos económicos y ambientales en el marco de un nuevo modelo de Estado», en *Derecho y energías renovables*, J. Rosa Moreno y G. Valencia Martín (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, pp. 543-632; GARCÍA M. y MUNDÓ, J. (2014) La energía como derecho. Cómo afrontar la pobreza energética, *Debats Catalunya Social*, núm. 38; GONZÁLEZ RÍOS, I. (2013) «La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra la pobreza energética: previsiones comunitarias e insuficiencia de la regulación interna», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 45, pp. 577-605; y (2016) «Suministro eléctrico y protección de colectivos vulnerables», en *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables*, I. González Ríos (dir.), Tirant lo Blanch, pp. 159-191; PORTA

Sin embargo, la vulnerabilidad energética sería más amplia que la pobreza energética considerada ésta como una situación fija y estática en un momento determinado en función de la no disponibilidad de los «*servicios energéticos*», que es lo que realmente importa al ciudadano y, por ello, de la que se puede salir y volver a entrar. El concepto de vulnerabilidad energética actúa como un conjunto de «*marcadores*» en la analítica identificando las causas, mediante un concepto más dinámico alertando de las circunstancias que, de no corregirse, conducirían a la situación de pobreza energética.

La vulnerabilidad energética sería definida así «*como un conjunto de condiciones que conducen a tales circunstancias*», es decir a la pobreza energética. Y los factores o condiciones en el diagnóstico y análisis de vulnerabilidad propuestos serían los seis siguientes: accesibilidad al recurso, capacidad de pago, flexibilidad (entendida como la capacidad de pasar de un servicio de provisión energético a otro más apropiado para las necesidades del hogar), eficiencia energética, necesidades (relacionadas con el ámbito social, cultural, económico o de salud) y prácticas⁶³.

Y ya, por último, en el análisis de las causas de las disfunciones y fallos en el mercado, no podemos dejar de aludir también a las que se refieren al propio *ser humano*, a la *naturaleza humana*. Aunque ello no sea una causa habitualmente considerada, no deja de ser una realidad que en la mayoría de las ocasiones no es analizada pero que tiene una indudable influencia.

Como señala BUSTAMANTE, el mercado es imperfecto, pero su imperfección tiene origen en la naturaleza humana, las limitaciones del conocimiento y los incentivos que motivan la conducta individual. Por

PEGO, B. (2020) «La lucha contra la pobreza energética: ¿un Estado Social sin Administración?», en *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, pp. 191-207; y SILVA ARDANUY, F.M. (2014) *Pobreza energética en España. Alcance y protección constitucional*. Aranzadi.

63. La pobreza energética definida en función de los servicios energéticos (movilidad, lavado, calefacción, cocina, refrigeración e iluminación), como «*incapacidad (de un hogar) de alcanzar un nivel social y materialmente necesario de servicios domésticos de la energía*» para BOU-ZAROVSKI, S. Y S. PETROVA (2015) «A global perspective on domestic energy deprivation: Overcoming the energy poverty-fuel poverty binary», *Energy Research and Social Science* vol. 10, noviembre de 2015, pp. 31-40. PELLICER V. «La pobreza energética: reflexiones sobre el caso español» *Dossiers EsF* nº 24, 2017, pp. 25-29, ejemplar dedicado a La energía. Retos y problemas, GARCÍA DE LA CRUZ, J.M. (coord.).

ello, es posible encontrar tantas insuficiencias y fallos en el mercado como cabe encontrarlas en el ser humano⁶⁴.

2. TEORÍAS EN RELACIÓN A LAS CAUSAS Y JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

2.1. PLANTEAMIENTO

Una vez que hemos recorrido brevemente las disfunciones y fallos del mercado que se asocia, como venimos viendo, a la justificación genérica de la regulación económica, pasaremos a abordar a continuación las diversas teorías que se han centrado en destacar determinados aspectos de las razones que llevan a producir los cambios regulatorios.

La regulación, como cualquier actuación de los poderes públicos de conformidad con el reiterado artículo 103.1 de la Constitución, debe necesariamente dirigirse a una única finalidad el interés público, concepto equivalente al de interés general, equivalencia entre ambos términos como establece nuestra reciente Jurisprudencia.

Así, conviene destacar la interesante Sentencia del Tribunal Supremo Sentencia del Tribunal Supremo, STS 424/2020, de 18 de mayo, rec. casación 5668/2017 (ponente Borrego Borrego) en materia de derecho ambiental y de aguas sobre un proyecto de obra hidráulica, en el que se analiza si existe o no diferencias entre *interés general*, *interés público* e *interés público superior*.

La Sentencia considera que la diferencia entre interés general e interés público es *meramente semántica*. Y centra su análisis en la diferenciación de ambos términos con el de interés público superior⁶⁵.

Tiene un enorme interés sobre la regulación el análisis de si la misma responde realmente al interés público o interés general, o bien a intereses particulares de determinados grupos o empresas en el mantenimiento de privilegios o nueva adquisición de los mismos en relación a

64. BUSTAMANTE, J.E. (1993) *Desregulación.... op. cit.*

65. Y analiza como cuestión de interés casacional objetivo si la declaración legal de «interés general» de un proyecto de obra hidráulica equivale al concepto de «interés público superior» que el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre (DMA) exige a los proyectos que afecten al estado de aguas superficiales para entender justificada la alteración de dichas aguas superficiales. Y, en caso contrario, determinar el alcance, grado de detalle y especificidad que ese «interés público superior» implica.



En el presente libro se realiza un estudio detallado sobre el concepto, significado y alcance de la regulación económica, desde el imprescindible papel del Estado y el Derecho en relación con la Economía, analizando con detalle las diferentes teorías. El autor defiende la regulación desde el interés público debidamente acreditado y motivado, y la compatibilidad del libre funcionamiento del mercado con la defensa de los derechos e intereses más sociales, según el modelo de Economía Social de mercado en la UE.

Asimismo, se abordan los sectores regulados y sus características propias. Todos los sectores sociales son objeto de regulación, pero es preciso acotar el ámbito y sectores concretos de las actividades económicas configuradas por la denominada regulación «para la competencia». Son sectores que contienen serios condicionantes previos respecto a una efectiva competencia, debido a su tendencia monopolística procedente del carácter unitario de sus grandes infraestructuras de soporte.

El autor defiende una nueva denominación como «sectores estratégicos en red» siendo los *objetivos fundamentales* de su regulación: la creación de mercados competitivos, el aseguramiento de la prestación de bienes esenciales y la supervisión del cumplimiento efectivo del marco normativo por parte de los operadores. A su vez, se desarrollan las cuatro características que deben cumplirse para que un ámbito de actividad económica pueda ser considerado estrictamente como «sector regulado» o, en la denominación propuesta, «sector estratégico en red».

Después de analizar con detalle los diversos sectores considerados tradicionalmente como sectores regulados, el autor defiende que la aplicación de sus caracteres propios, debería reducir los mismos a tres sectores: energía, telecomunicaciones y transporte, descartando otros que han sido considerados como tales.

ISBN: 978-84-1085-445-1

