

ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA REGULACIÓN COMO
FORMA DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

(A PROPÓSITO DEL LIBRO DE GÓMEZ-FERRER
RINCÓN *LA DESVINCULACIÓN COMO TÉCNICA DE
REGULACIÓN*)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
Universidad Carlos III
Catedrático emérito de Derecho Administrativo

Cómo citar/Citation

Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. de la (2020).
Nuevas perspectivas de la regulación como forma de actividad administrativa.
(A propósito del libro de Gómez-Ferrer Rincón
La desvinculación como técnica de regulación).
Revista de Administración Pública, 211, 255-270.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.10>

Resumen

El artículo versa sobre la perspectiva nueva que abre la categorización de la desvinculación como técnica de regulación hecha en un estudio del profesor Gómez-Ferrer Rincón. Son muy relevantes las consecuencias que se derivan de permitir tanto que determinadas concesiones o derechos sobre cosas o actividades se desvinculen de sus titulares, de su causa o de los cosas sobre las que otorgan determinadas facultades (derechos de pesca o de plantación, de emisión de gases, etc.) como permitir su transmisión en un mercado. Calificar esta desvinculación como técnica de regulación de determinadas actividades —afectadas por la creación y transmisión de los referidos derechos— abre nuevos horizontes para la regulación. A partir de este nuevo punto de vista se profundiza y se extraen todas las consecuencias que se derivan de la regulación de las actividades en que incide el tráfico de esos derechos, poniéndola en contraste con la regulación tradicional configurada a partir de los viejos servicios públicos liberalizados.

Palabras clave

Desvinculación; regulación de actividades; liberalización de servicios; derechos sociales y regulación; actividades libres.

Abstract

The article deals with the new perspective that opens the categorization of decoupling as a regulatory technique made in a study by Professor Gómez Ferrer Rincón. Very relevant consequences arise from allowing both, that certain concessions or rights over things or activities are decoupled or delinked from their owners, their cause or the things over which they grant certain powers (fishing or plantation rights, gas emission rights, etc.) and, also, their transmission in a market.

Qualifying this decoupling as a regulation technique for certain activities—which are affected by the creation and transmission of the aforementioned rights—opens up new horizons for regulation. From this new point of view, a deeper analysis is made, drawing in detail all the consequences that derive from the regulation of the activities affected by the traffic of these rights, putting it in contrast with the traditional regulation built on the old liberalized public services.

Keywords

Decoupling; Regulation of activities; Liberalization of services; Social rights and regulation; Free activities.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: NUEVAS TÉCNICAS DE REGULACIÓN Y NUEVAS PERSPECTIVAS. II. TENSIONES ENTRE ESTADO DE BIENESTAR, ACTIVIDADES ESENCIALES Y MONOPOLIOS NATURALES. III. ALGUNOS RASGOS Y MECANISMOS BÁSICOS DE LA REGULACIÓN CONSTRUIDOS SOBRE EL PATRÓN DE NECESIDADES DE LA LIBERALIZACIÓN. IV. LA DESVINCULACIÓN COMO TÉCNICA QUE SE APLICA A ACTIVIDADES QUE NO TIENEN QUE VER CON LOS TRADICIONALES SERVICIOS PÚBLICOS EN MONOPOLIO, SINO A ACTIVIDADES CONSIDERADAS TRADICIONALMENTE LIBRES. EXTENSIÓN DEL DERECHO DE LA REGULACIÓN A NUEVOS ÁMBITOS. V. SURGIMIENTO DE LA REGULACIÓN TANTO EN EL MOMENTO MISMO DE DESVINCULAR COMO, POSTERIORMENTE, PARA LIMITAR Y DELIMITAR SUS CONSECUENCIAS Y EFECTOS. VI. SINGULARIDADES DE LA REGULACIÓN DERIVADA DE LA DESVINCULACIÓN: 1. La naturaleza de las cuestiones relacionadas con la asignación inicial de derechos y títulos habilitantes y su evolución posterior. 2. El órgano encargado de la regulación en los sectores en que se produce desvinculación de títulos habilitantes. VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN: NUEVAS TÉCNICAS DE REGULACIÓN Y NUEVAS PERSPECTIVAS

La regulación se viene considerando desde los años noventa como una nueva forma de actividad de las Administraciones públicas, a la que antes no se había prestado demasiada atención, ni dado el relieve que merecía. Hoy, en cambio, es ya habitual hablar del derecho de la regulación. En realidad, no se trata de una forma cualquiera de actividad de la Administración, sino de una de sus formas más relevantes hasta el punto que ha permitido que la ciencia jurídica europea, encabezada muy singularmente por Alemania (por todos, Schmidt-Assmann), haya caracterizado tal actividad como uno de los «sectores de referencia» que justifica determinados cambios en la orientación del método de investigación y estudio del derecho administrativo.

En nuestro país se ha comenzado a investigar de forma brillante la relación entre una técnica como la desvinculación —precursora ya en el XIX con la desamortización— y su relación con la regulación en el momento actual¹. La perspectiva nueva, que se abre con el estudio pionero de Gómez-Ferrer Rincón, radica, por de pronto, en su punto de partida que nos saca del camino sobre el que se ha venido construyendo habitualmente la reflexión sobre el derecho de la regulación. En efecto, de la regulación en el sentido actual se ha empezado a hablar en conexión con los procesos de liberalización en Europa de los grandes y tradicionales servicios públicos en monopolio: suministro de electricidad, gas, correos, telecomunicaciones, transporte aéreo, transporte por ferrocarril, etc.

Ese punto de partida ha limitado el estudio de la regulación a la que se relaciona con los procesos y consecuencias de la transformación de los servicios públicos en monopolio (considerados en el tratado CEE —antiguo art. 90, actual 106— como servicios de interés económico general) en actividades libres (o liberalizadas si atendemos al proceso mismo de paso de actividad reservada a actividad que se abre a la libre competencia y al mercado). En todo caso esa retirada de los poderes públicos de la prestación de la actividad —y de su prestación en monopolio— no ha supuesto, sin embargo, la abdicación del poder público de toda presencia en los respectivos sectores liberalizados; presencia que se mantiene como garante de su prestación, empleando técnicas de regulación de los mercados en competencia creados por la propia liberalización.

Fácilmente se comprende que esa concepción de la regulación, derivada de la liberalización de los viejos monopolios, ha condicionado la idea misma de regulación que se ha venido asumiendo por la mayor parte de la doctrina y la ha condicionado por muchas razones y entre ellas por dos que son muy relevantes, aunque no las únicas.

II. TENSIONES ENTRE ESTADO DE BIENESTAR, ACTIVIDADES ESENCIALES Y MONOPOLIOS NATURALES

La primera consiste en que prácticamente todas las actividades liberalizadas son monopolios naturales en el sentido económico (actividades en red con enormes costes hundidos son una de las características de los monopolios naturales). La segunda consiste en que dichas actividades (suministro eléctrico, transporte, telecomunicaciones, correos, etc.) siempre se han considerado esenciales para la vida y la igualdad de condiciones de los ciudadanos y para el libre desarrollo de la personalidad. En esas condiciones el desafío de liberalizar —y el gran obstáculo para hacerlo— consistía en lograr que la entrega a la libre iniciativa privada, guiada siempre por su legítimo ánimo de lucro, no impidiera el acceso de todos

¹ Véase Rafael Gómez-Ferrer Rincón (2018), *La desvinculación como técnica de regulación*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

a esos mismos servicios, ya liberalizados, que se habían venido considerando esenciales siempre.

De otro lado los rasgos de monopolio natural hacían imposible que bastase con entregar los viejos servicios públicos en monopolio a la libre competencia —y al mercado que es su resultado—. ¿Cómo hacerlo si se trata de monopolios naturales? La singularidad de la tarea de los poderes públicos radicaba en lograr —*contra natura*— que pese a tratarse de monopolios naturales la actividad liberalizada pudiera desarrollarse en competencia; es decir, contra la naturaleza de las cosas que predecía que se trataba de monopolios naturales y, por tanto, tendentes a la absoluta negación del mercado.

Junto a ello se trata de actividades y servicios esenciales de los que nadie puede prescindir en la sociedad actual sin comprometer elementos indispensables de las necesidades de la persona y, de esa forma, poner en riesgo su misma dignidad; también la paz social y la estabilidad social. Naturalmente lo que sea una necesidad indispensable no es lo mismo en cada época, pero no es difícil comprender que nadie discute hoy que el suministro de agua, de energía, las comunicaciones en general, las telecomunicaciones, servicios audiovisuales, Internet, los transportes, etc., forman parte de lo que la Unión Europea denomina «servicios de interés económico general», subrayando esa dimensión social de su necesidad.

Sea como fuere, tales actividades y servicios presentan por su propia naturaleza otro rasgo que está en tensión con algunas dimensiones de la libertad de empresa como las de la libertad de entrar en el mercado, de estar en el mercado y de salir del mercado (abandonar la actividad). Se comprende que si la actividad, servicio o suministro es socialmente indispensable para el conjunto de los ciudadanos, la libertad de cómo se esté en el mercado o la de salir del mercado (cesar la actividad) no pueda quedar entregada, sin más, a la libérrima voluntad del prestador.

Todo ello al margen de algunos otros servicios y actividades como la sanidad, la educación o la Seguridad Social que se califican exclusivamente como «servicios de interés general», prescindiendo del adjetivo «económico», no porque no tenga connotaciones económicas, sino porque se considera legítimo que queden excepcionados de las reglas de la competencia y el mercado, por razón de la lógica de solidaridad, ínsita en los mismos que los hace poco compatibles, en principio, con el mercado y sus reglas.

Sin embargo, para los tradicionales servicios públicos en monopolio, considerados de interés económico general en el art. 106 del TFUE, la previsión, desde el Tratado CEE, era que se prestasen respetando las reglas de la competencia. Pese a ello, hasta finales de los años ochenta, esas actividades y servicios de interés económico general se siguieron prestando en régimen de monopolio, invocando la excepción de que la entrega de su prestación al mercado impedía asegurar la «misión específica a ellos confiada»; palabras con las que el Tratado venía a referirse a ese interés general de solidaridad consistente en el acceso de todos («acceso o servicio universal» se ha dicho después) a un mínimo indispensable.

Desde finales de los noventa, se consideró que las libertades comunitarias y la filosofía que inspiraba los tratados eran incompatibles con el monopolio cuando esas misiones específicas (las que antes aseguraba el monopolio y después el servicio universal fundamentalmente) tenían que coexistir con la libertad de empresa y de prestación de servicios y establecimiento.

A partir de ese momento hubo que construir mecanismos que hicieran posible el mercado y, a la vez, la garantía de determinados objetivos de solidaridad y satisfacción de necesidades esenciales. Sobre esa matriz de necesidades se fue construyendo la versión que conocemos del derecho de la regulación.

III. ALGUNOS RASGOS Y MECANISMOS BÁSICOS DE LA REGULACIÓN CONSTRUIDOS SOBRE EL PATRÓN DE NECESIDADES DE LA LIBERALIZACIÓN

Centrándonos en los tradicionales servicios públicos que fueron objeto de liberalización en los años noventa en Europa —los calificados, haciendo énfasis en su dimensión económica, como servicios de interés «económico» general—, ellos son los que han determinado la orientación que hasta ahora ha predominado en la elaboración misma del concepto de regulación. En efecto, tal concepto se ha construido sobre la idea de imposición *a priori* o *ex ante* de obligaciones a los operadores en cada uno de los sectores liberalizados para permitir, precisamente, que existiera un mercado; para permitir también que las necesidades que satisfacían dichos servicios no quedasen sin más al albur de determinadas decisiones del mercado que pudieran comprometer la continuidad en la satisfacción de necesidades o la garantía de un mínimo accesible para todos de satisfacción de tales necesidades.

Se ha construido también con la presencia de autoridades de regulación que vigilan el cumplimiento de dichas obligaciones y que, ellas mismas, las imponen, ya sea normativamente, ya sea cuando resuelven los conflictos entre operadores (*regulation through adjudication*). Esas obligaciones *ex ante* en garantía de la competencia y la intervención de autoridades independientes (puntual o normativa de la propia autoridad) son el núcleo de lo que denominamos regulación.

Por otro lado, la garantía de condiciones de igualdad en el acceso a los servicios liberalizados ha sido siempre el mayor obstáculo a la liberalización y, de hecho, hasta finales de los años ochenta se entendió que la entrega de los servicios a la libre competencia entre empresas, movidas por el legítimo ánimo de lucro, era incompatible con la garantía del acceso de todos a tales servicios en condiciones de igualdad en todo el territorio de los Estados miembros. La configuración del «servicio universal» fue la llave que permitió asegurar que, en condiciones de competencia, pudiera garantizarse tal acceso en dichas condiciones de igualdad.

En definitiva, el desarrollo de la regulación vinculado con los viejos monopolios de servicio público ha condicionado en buena medida el enfoque de

su análisis por la doctrina y la idea misma de regulación o del derecho de la regulación; enfoque que ahora debe ser ampliado con la nueva interpretación del sentido y alcance de la desvinculación.

IV. LA DESVINCULACIÓN COMO TÉCNICA QUE SE APLICA A ACTIVIDADES QUE NO TIENEN QUE VER CON LOS TRADICIONALES SERVICIOS PÚBLICOS EN MONOPOLIO, SINO A ACTIVIDADES CONSIDERADAS TRADICIONALMENTE LIBRES. EXTENSIÓN DEL DERECHO DE LA REGULACIÓN A NUEVOS ÁMBITOS

La investigación que acomete Gómez-Ferrer Rincón sobre la desvinculación —de la desvinculación de derechos o títulos respecto de cosas, personas o finalidades— abre nuevas perspectivas en la comprensión de la regulación (o del derecho de la regulación), nuevas perspectivas diferentes y muy ricas. En ella no se trata de la regulación en sectores que se han liberalizado (aunque se refiera puntualmente en algún caso sobre espectro radioeléctrico relacionado con las telecomunicaciones), sino a sectores que tradicionalmente se han desarrollado en competencia —sector vitivinícola, sector pesquero, sector industrial, edificación—; en otros casos a actividades que se realizaban libremente en competencia, pero sobre el dominio público o utilizándolo (como es el caso de las concesiones de aguas terrestres o marítimas o los *slots* aeroportuarios); o a otras actividades en competencia, pero sujetas a normas medioambientales y a las restricciones consiguientes respecto a la emisión de gases de efecto invernadero; o finalmente a otras actividades en competencia, pero sujetas a normas y restricciones urbanísticas.

La visión de la desvinculación que se propone como técnica de regulación cambia, así, el panorama de la regulación. Para empezar, pone de relieve un cierto ejemplo de mutabilidad de las técnicas. Si la regulación en el proceso de liberalización de servicios se relacionó con toda una serie de técnicas dirigidas a imponer la competencia y el mercado allí donde no podía existir de modo natural con la finalidad de que existiera, en la nueva investigación, en cambio, lo que se pone de manifiesto es que técnicas caracterizadas originalmente como propias de la actividad de policía —prohibir emisiones de gases de efecto invernadero por encima de ciertos límites o limitar la producción de leche o la plantación de vides—, manejadas históricamente como tales técnicas de policía, se rechazan o son sustituidas o complementadas por técnicas de mercado por considerar más eficaz transformarlas en títulos o derechos que se entregan al mercado, una vez desvinculadas de sus titulares o de los bienes o de las causas con las que habían quedado inseparablemente ligados.

Los derechos de emisión de gases de efecto invernadero de una empresa puede venderlos a otra, total o parcialmente, sin necesidad de vender la empresa; con esto puede obtener un beneficio por la venta, ya sea porque cierra o trans-

forma su actividad primitiva por otra no contaminante, ya sea porque reduce sus emisiones por debajo de lo que tiene autorizado (a través de reformas en sus sistemas de producción) y con lo que le sobra de sus derechos de emisión —después de las reformas para reducir sus emisiones, por ejemplo— obtiene un beneficio vendiendo el sobrante. Las viejas técnicas de policía no podían ser tan eficaces, en cuanto no estimulaban, la reducción de emisiones, que ahora el mercado logra.

Pero para todo esto la clave está, por tanto, en desvincular los títulos y derechos de cada concreta actividad o explotación con la que estaban ligadas; la desvinculación se erige en la técnica que permite transformar concesiones o derechos —inseparablemente unidas originalmente con personas o con cosas concretas (plantaciones, explotaciones ganaderas, buques pesqueros, parcelas, derechos de etc.)— en títulos transmisibles desconectados de las personas o bienes a los que estaban unidos inseparablemente. Esa separabilidad de determinados derechos concesionales o limitaciones de policía (sobre el agua, la plantación de vides, la producción lechera, el uso del espectro, etc.) es la técnica que permite su transmisión a otros y con ello pone en pie un mercado; mercado que sirve más eficazmente a los fines últimos que pretendían, con menos éxito, las viejas técnicas de policía.

Las técnicas de policía —o sus presupuestos normativos creadores de límites— no desaparecen, puesto que la limitación de emisión de gases de efecto invernadero no deja de ser una limitación, completamente justificada en todo caso, que restringe la inicial libertad de toda una serie de actividades productivas o transformadoras que, por producir determinadas externalidades negativas, ya no se pueden permitir o hay que acotar dentro de ciertos límites. Se trata, pues, de una intervención limitadora, de una limitación de policía, que sigue existiendo, por tanto, en el origen. Pero a diferencia de lo que tradicionalmente ocurría con la actividad de policía, la misma no se agota en sí misma —en la limitación e imposición y en la vigilancia de que se respeten o se sancione cuando tal cosa no ocurre—, sino que se complementa con la desvinculación que permite la adquisición o venta de derechos o títulos y permite una mayor eficacia para el logro de los objetivos que la mera actividad de policía no lograba conseguir.

La desvinculación que abre la puerta al mercado de transacción de derechos y títulos se muestra como la piedra angular de todo el sistema; deja de ser un complemento de las iniciales y tradicionales intervenciones policiales para alzarse como el elemento central del mecanismo, el que lo justifica todo.

Ahora bien, esa desvinculación y ese mercado que esta última crea, tienen dos posibilidades de desarrollo: una liberal y otra social. Desde el comienzo se ha recordado que lo mismo ocurrió históricamente con las desvinculaciones desamortizadoras.

En el momento actual la aproximación exclusivamente liberal o neoliberal —la palabra liberal en sentido político puede confundir de forma que se entendería mejor si se empleara el término neoliberal, atribuyendo al término el sentido de que la finalidad económica prescindiría de cualquier otra preocupación— pue-

de traer como consecuencia fenómenos de acaparamiento de derechos, de deslocalización y desertización de territorios, de paro, de pérdida de pluralismo, etc. En definitiva, consecuencias negativas de una concepción exclusivamente neoliberal en el funcionamiento del mercado que se crearía con la desvinculación, en cuanto pusiera en cuestión determinados principios y valores de un Estado social y democrático de derecho.

En esa nueva aproximación se van señalando tales consecuencias negativas sector por sector², con estudio de las normas europeas y españolas en cada uno de ellos; remitiéndose incluso a ejemplos extranjeros como el caso de Chile o de California respecto a los derechos sobre el agua. Aparte de los claros beneficios de la desvinculación, no se ocultan algunas consecuencias negativas que, en todos y cada uno de los sectores (agua, viticultura, gases de efectos invernadero, cuota láctea, espectro radioeléctrico, etc.), produce una visión exclusivamente neoliberal que prescinda de otros valores y derechos.

Por ello se destaca también cómo hay una visión social en la aplicación de las técnicas desvinculadoras que se detecta, descubre y muestra en las normas europeas e internas³ que se han ido dictando en cada sector y que, tomando en cuenta las consecuencias negativas, tratan de evitar o paliar sus consecuencias sin, por ello, prescindir del mercado.

En definitiva, el mercado que crea la desvinculación no es incompatible con conseguir que se tengan en cuenta otros valores sociales o propios de un Estado social. También desde luego con las exigencias mismas de una economía general (art. 38 CE) que quiere la existencia de competencia en el mercado, incompatible con el acaparamiento, con la desertización o con la despoblación de territorios.

Esto se puede lograr a través de limitaciones o condiciones a las transferencias de derechos o títulos o con la asignación originaria de tales derechos o concesiones (es el caso de la asignación de derechos de pesca para flotas artesanales costeras o también en la cuota láctea), o con medidas para evitar el acaparamiento, ya sea directo, ya sea a través de filiales o empresas aparentemente terceras con las que luego se conciertan quienes ya tienen una parte significativa de títulos, o con la creación por la Administración de reservas de derechos y títulos con la finalidad de, en el momento oportuno, entregarlos al mercado (mediante subastas —abiertas o no a cualquiera o limitando quiénes pueden concurrir a ellas— o mediante su atribución a determinados colectivos). Tales son, entre otras, las técnicas que la nueva perspectiva propone⁴, extrayéndolas del exhaustivo y completo análisis de los distintos sectores.

Todo esto pone de relieve cómo en ese mercado, al que abre la puerta la desvinculación, se pueden reintroducir objetivos sociales u otros valores que lo modulan y armonizan con las exigencias del mismo mercado, sin alterar sus rasgos esenciales.

² Véase Gómez-Ferrer Rincón, cit., capítulo IV, págs. 169-208.

³ Véase Gómez-Ferrer Rincón, cit., capítulo V, págs. 226-254.

⁴ Véase Gómez-Ferrer Rincón, cit., capítulo V, págs. 255-288.

V. SURGIMIENTO DE LA REGULACIÓN TANTO EN EL MOMENTO MISMO DE DESVINCULAR COMO, POSTERIORMENTE, PARA LIMITAR Y DELIMITAR SUS CONSECUENCIAS Y EFECTOS

Esto nos lleva a la idea misma de regulación en la medida en que el mercado que se crea —de derechos y títulos— no solo es que no esté absolutamente libre de la influencia pública, sino que tampoco lo están (más allá del mercado mismo de títulos o concesiones) los sectores económicos en los que, una vez transferidos los títulos o derechos y con base en ellos, se va a desplegar la actividad correspondiente.

En efecto, los poderes públicos tienen en la mano, por de pronto, el poder de aumentar o restringir el número de operadores o empresas o de aumentar sus derechos en determinadas circunstancias en razón de esos valores y objetivos sociales.

Nos encontramos así con dos mercados regulados: en primer lugar, el de la creación originaria de títulos o el de su transferencia y, en segundo lugar, el del mercado de la actividad posterior a tal creación y transferencia. Este segundo mercado —el del desarrollo de la actividad— no queda exento de decisiones de la Administración que pueden afectar tanto al número de actores como a la amplitud de los títulos con los que operan.

No se trata, desde luego, en el segundo mercado, de alteraciones sin causa o con magnitudes que puedan trastocar significativamente la lógica del mismo, pero sí de alteraciones que tratan de armonizar esa lógica con la de los valores y objetivos sociales y que, por tanto, acaban teniendo alguna incidencia que va más allá de la propia de un mercado completamente libre y solo sujeto a las normas *ex post* del derecho de la competencia.

Pues bien, es esa presencia o esa eventual influencia de los poderes públicos la que nos permite hablar de regulación incluso en sectores o actividades que no pueden calificarse de liberalizadas, ya que nunca habían estado reservadas al poder público. Regulación, por tanto, en relación con actividades tradicionalmente libres, pero en las que la desvinculación —respecto de cosas, personas o fines de concesiones de dominio público o de las limitaciones impuestas desde el poder— acaba dando lugar a un mercado en que aparecen títulos o derechos que pueden ser objeto, de adquisición y venta, entre empresas y particulares. De un mercado en el que, sin embargo, el poder público sigue presente con medidas regulatorias que pueden ser parecidas a las existentes en los sectores liberalizados.

En efecto, esos mercados que son consecuencia de la desvinculación son mercados libres, aunque no exentos de medidas de intervención de carácter, ahora, regulatorio. Esto permite hablar de mercados regulados, tanto en lo que afecta al mercado mismo de títulos y derechos desvinculados (el mercado en que se compran y venden esos títulos desvinculados) como al mercado subsiguiente relativo a la actividad económica en que despliegan después su función dichos títulos y derechos transferidos.

Se trata, por tanto, de regulación; al menos, en el sentido que se da a este término en la ciencia jurídica cuando se habla del derecho de la regulación. Se trata, es claro, de una forma o especie de intervención, pero no de una intervención que limita o restringe sin más por razones u objetivos ajenos al mercado la actividad privada o empresarial, agotando toda su virtualidad en la pura limitación, sino de una intervención que completa, favorece y transforma la funcionalidad de la técnica policial limitadora, mediante una mutación de la misma que la eleva al plano superior de la regulación. Se trata, pues, de una intervención que, dejando atrás la pura limitación, crea y anima mercados que a la vez que permiten culminar y sobrepasar los modestos objetivos de la mera limitación, los hacen compatibles con objetivos sociales y con la garantía de la competencia en el mercado: por ejemplo que sean compatibles con el mantenimiento en el mercado —o en determinados territorios— de concretos colectivos (por ejemplo, la flota artesanal costera que en otro caso podría quedar superada por flotas mucho más potentes, pero des-territorializantes) por razones ajenas al funcionamiento del mercado mismo.

El Estado se hace garante de objetivos sociales y del mercado mismo en competencia en estos sectores afectados por la desvinculación, y lo hace para mantener en el mercado y en determinados territorios la actividad o para evitar el acaparamiento o la pérdida de pluralismo, como en el caso del dominio público radioeléctrico, a efectos de garantizar el pluralismo.

Esa función de garantía en sectores afectados por la desvinculación no pretende sacrificar el mercado a otros objetivos, sino buscar la armonía del mercado y los demás objetivos, pero ciertamente puede dar la sensación de que tiñe la intervención pública reguladora, en cierto modo, de una apariencia de labilidad que no sería compatible con la idea de seguridad que subyace al concepto de derecho. Este debe constreñir esa apariencia, lo que no siempre es fácil en el ámbito de la regulación. Y esto hasta el punto de que se ha acuñado el concepto de «riesgo regulatorio» en la doctrina como un tópico, que mostraría cómo esa armonización de mercado con otros objetivos suscita cuestiones importantes que laten en el derecho de la regulación desde siempre y que, continuamente, hay que estar mejorando y afinando, pero sin que se haya encontrado una fórmula definitiva que valga para todos los casos, porque solo desde cada caso y de sus circunstancias puede encontrarse la solución. Y la solución debe venir desde el derecho, puesto que siempre debe fundarse en principios jurídicos, valores y fines que condicionan y limitan las soluciones a dar en cada caso.

La incardinación de la desvinculación en la técnica regulatoria propicia y deja abierto el debate sobre las peculiaridades del concepto mismo de regulación cuando lo aplicamos en sectores económicos libres tradicionalmente, aunque sujetos a medidas de policía que se sustituyen o, más bien, complementan con técnicas de desvinculación. En todo caso no estamos ante un complemento cualquiera, sino ante uno que sublima las técnicas de policía, mutándolas en regulación. Lo complementario, la desvinculación, se acaba constituyendo en lo principal y las medidas iniciales de policía en simple punto de origen y referencia.

VI. SINGULARIDADES DE LA REGULACIÓN DERIVADA DE LA DESVINCULACIÓN

Las diferencias son notables entre las actividades tradicionalmente libres en las que incide la desvinculación y las actividades liberalizadas provenientes de antiguos servicios públicos en monopolio. Para empezar, en los sectores tradicionalmente libres no se han puesto en pie autoridades independientes de regulación como ha ocurrido en los liberalizados. Consiguientemente nadie ejerce esa competencia de regulación al hilo de la resolución de controversias concretas (*regulation through adjudication*), sino que se viene haciendo a través de normas europeas o internas legales o reglamentarias.

La segunda singularidad, muy relacionada con la primera, es que los problemas no consisten, como en los sectores liberalizados provenientes de antiguos monopolios, en conflictos entre operadores que disputan directamente entre ellos (por ejemplo, por el derecho de acceso a la red eléctrica o de telecomunicaciones del operador con peso significativo en el mercado), sino con la determinación de los criterios de asignación inicial de derechos y títulos habilitantes y en cómo tener en cuenta en esos momentos iniciales y en su evolución posterior otras dimensiones ajenas al funcionamiento mismo del mercado.

1. LA NATURALEZA DE LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA ASIGNACIÓN INICIAL DE DERECHOS Y TÍTULOS HABILITANTES Y SU EVOLUCIÓN POSTERIOR

Empezando por la cuestión de la asignación inicial de derecho y títulos habilitantes y su evolución, debe destacarse, en primer lugar, que los problemas no surgen de conflictos directos entre titulares de títulos entre sí, que necesiten de una autoridad que los resuelva. Aquí no hay en principio la misma conflictividad mutua, aunque no deja de haber intereses diferentes, por más que no siempre son los titulares los que disputan entre sí, sino que son los poderes públicos los que quieren defender a determinados colectivos más allá de que los mismos lo quieran o no.

Para comprender la cuestión puede servir el ejemplo de los derechos de pesca: las tensiones entre la flota artesanal costera y la flota de grandes dimensiones. Es posible que la flota de grandes dimensiones sea más eficiente económicamente que la flota artesanal costera, pero en el sostenimiento de esta concurren otros valores e intereses que hay que proteger. En todo caso el conflicto no se hace patente como un conflicto directo y personalizado entre dos operadores, uno de los cuales domine sobre otros abusando directamente de ellos, sino por la simple razón de las economías de escala y alcance que procura un gran flota. Pero sea cual sea la razón, y aun sin abusos, el mantenimiento de la flota artesanal costera es algo que interesa, no solo a los propios afectados, sino al Estado y la sociedad toda.

Sea como fuere, lo cierto es que el plausible objetivo de proteger la flota artesanal no deja de constituir una interferencia y alteración —legítima por otra parte— en la lógica del «mercado»; lógica que, en sí misma, llevaría a que solo los más eficientes triunfen de acuerdo con lo que parafraseando a David Ricardo sería la «Ley de bronce» del mercado y su razón de ser: el triunfo de los más eficientes y la expulsión del mercado de los menos eficientes. Y es previsible que las grandes flotas sean más eficientes, por lo que la lógica y la reglas del mercado recomendarían, por sí solas, no alterar esa inevitable consecuencia.

Y es aquí cuando, una vez que se ha decidido que hay que limitar la pesca para garantizar la supervivencia e incluso el desarrollo del recurso (medida de policía), la distribución de los títulos habilitantes para pescar se hace con criterios que, superando el objetivo inicial y limitado de policía, trata de satisfacer, aparte de buscar la mayor eficiencia, otros objetivos como la justa distribución de recursos escasos. Uno de ellos es el mantenimiento de flotas artesanales y costeras. Tiene que ver tal objetivo con evitar la deslocalización y transformación misma de los paisajes (humanos) costeros y los problemas sociales a ellos vinculados, tiene que ver también a más largo plazo con evitar que la lógica de la eficiencia del mercado acabe entregando el control de un recurso esencial a unas cuantas y limitadas corporaciones de nivel planetario, desvinculadas de territorios y comunidades humanas, corporaciones difíciles de controlar, por otra parte, desde el punto de vista del derecho de la competencia y con un enorme poder sobre Estados y organizaciones internacionales.

En definitiva, frente a la lógica pura del mercado se levantan otras lógicas sociales y territoriales que implican una interferencia, legítima, en la primera. Interferencia que supone que tampoco sea suficiente garantizar originariamente el reconocimiento de títulos habilitantes de pesca a comunidades humanas y territoriales determinadas (flotas costera y artesanales), pues subsistiría el problema de eventuales transferencias posteriores de los títulos a grandes flotas. En definitiva, la regulación no se agota en el reconocimiento de títulos habilitantes y en los criterios iniciales de otorgamiento, sino que continúa vigente en la supervisión y vigilancia de todo el proceso posterior de desarrollo de la actividad y en el establecimiento de reglas y límites para todo ello, en garantía de la preservación de los objetivos territoriales y sociales legítimos que interfieren en la lógica de mercado.

Lo mismo que en la pesca puede suceder en los demás sectores en que surgen mercados de títulos habilitantes (derechos de plantaciones de vides, cuotas lecheras, derechos de emisión, etc.), si bien en cada uno con sus propias características y objetivos. La regulación no se agota tampoco en ellos en la atribución originaria de títulos habilitantes, sino en la supervisión y vigilancia que en el desarrollo de la actividad no se desvirtúen los objetivos iniciales.

Así pues, hay regulación porque los poderes públicos, a partir de la medida limitadora inicial de policía, ponen en pie mecanismos que exigen una supervisión e intervención que, por mínima que sea, no puede desaparecer. La cuestión entonces radica en los criterios de esa supervisión e intervención; en su determi-

nación, motivación y control en estas actividades que siempre han sido libres y en el que las técnicas policiales han mutado en técnicas de regulación y en el que el interés de sus titulares está llamado a que funcione un mercado, pero en el que la legítima transacción de sus derechos pudiera acabar distorsionando los objetivos sociales o la actividad a que se contraen tales derechos.

2. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA REGULACIÓN EN LOS SECTORES EN QUE SE PRODUCE DESVINCULACIÓN DE TÍTULOS HABILITANTES

Las reglas de solución de los problemas de que se ha tratado en el apartado anterior no se han entregado, en el caso de la regulación surgida de la desvinculación de títulos habilitantes, a autoridades de regulación independientes, sino que se retienen en manos del poder administrativo convencional.

Esto no impide que se hable de regulación como se hace por Gómez-Ferrer Rincón, porque, en definitiva, se trata de una armonización⁵, que trata de hacer compatibles cosas diferentes y deja en manos de la Administración la solución que, puntualmente, se va dando a esa compatibilidad. Sin embargo, sí suscita la cuestión de por qué ello es así, a diferencia de lo que ocurre en la regulación en los sectores liberalizados, en donde se han puesto en pie autoridades de regulación independientes.

Una inicial explicación de la diferencia pudiera estar en que los sectores liberalizados son, en buena medida, mercados imposibles; es decir, mercados contruidos artificialmente por los poderes públicos en actividades que por sus propias características se corresponden con lo que se consideran monopolios naturales. De ahí que sea necesario imponer obligaciones *ex ante* y en ocasiones *contra natura* en cuanto fuerzan derechos clásicos como el de propiedad (dar acceso a las redes y recursos, compartir infraestructuras, información, etc.) que precisan de una autoridad que asegure de forma rápida y eficiente la observancia de las obligaciones. Tal autoridad difícilmente puede ser el Estado, no solo porque pueda ser, en ocasiones, uno de los operadores en presencia, sino porque tiene una visión más amplia y unos intereses diferentes que pueden alterar lo que se pretende: que siga habiendo un mercado que funcione con arreglo a su lógica propia, salvo las excepciones que a dicha lógica le impone una regulación que quiere evitar que esa lógica acabe con la competencia en actividades que tienen las características de monopolio natural.

En el caso de las actividades que siempre han sido libres, pero en las que la desvinculación de títulos habilitantes respecto de cosas, personas y fines ha determinado el surgimiento de la regulación, la inexistencia de autoridades independientes para administrar y supervisar el desarrollo de los mercados y actividades pudiera explicarse por ese carácter originariamente libre de la actividad, aunque

⁵ Véase Gómez-Ferrer Rincón, cit., capítulo V, pág. 295.

la regulación posterior, por mor de la desvinculación de los títulos, suponga una alteración que no puede despreciarse.

Esto no obstante, alguna reflexión adicional debe hacerse. Por una parte, en el ámbito de las autoridades de regulación ligadas a actividades liberalizadas ha surgido una cultura de su actuación que pudiera aportar experiencias interesantes para la regulación derivada de la desvinculación de títulos, en cuanto acota la libertad de decisión de los poderes públicos. Por otra parte, están las consultas públicas que ayudan a conocer los puntos de vista de todos los actores implicados y a detectar los conflictos e intereses contrapuestos existentes antes de tomar una decisión. Tales consultas se dan de forma expresa y solemne en muchos casos y en otros al hilo de resolver controversias entre un operador y los demás que concurren ante la autoridad independiente a reclamar una solución ante una conducta que consideran que afecta a sus derechos e intereses.

Ese modo de actuar asegura, por un lado, un mayor acierto a la hora de tomar la decisión y, por otro, ofrece a los tribunales elementos seguros de control. No estaría de más aplicar esa misma cultura en la regulación de los sectores derivados de la desvinculación que ahora queda entregada a los órganos administrativos tradicionales, que no suelen hacer uso de esos métodos.

Finalmente, nada obstaría en realidad a la creación de una autoridad independiente de control en estos nuevos ámbitos, pero si se considerara que la Administración convencional y jerárquica tiene una perspectiva más amplia o que una autoridad independiente puede inclinarse por dar preferencia al mercado y no a otros valores presentes que lo limitan (lo que no tendría por qué ser así si se perfila con claridad su función de defensa de otros intereses), no habría que descartar el recurso a alguna de las autoridades independientes existentes, como órganos de consulta previos a las decisiones a tomar por los poderes públicos y la Administración tradicional.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La descripción que hasta aquí se ha hecho de la nueva propuesta de consideración de la desvinculación como técnica de regulación y las interesantes y sugerentes cuestiones que plantea no agotan todas las perspectivas. Aunque la nueva perspectiva analice las consecuencias de la introducción de técnicas de mercado como sustitución o complemento de las técnicas de policía, lo que acaba es acuñando una categoría —la de desvinculación—, para aplicarla no a bienes, como fue el caso de la desamortización, sino a concesiones y derechos y con esto revelar o desvelar todo un sistema de relaciones y de técnicas que podía permanecer difuminadas, cuya explicación hace inteligible lo que está ocurriendo en sectores y actividades hasta ahora solo comprensibles desde las viejas técnicas de policía.

Pero junto a esto, lo que se acaba introduciendo implícitamente en el análisis son los derechos sociales como límite de la técnica. Derechos sociales que

no dejan de ser expresión de las exigencias de un Estado social y democrático de derecho en el que los principios rectores de la política social y económica del capítulo III, título I de la Constitución, y los «derechos» sociales que allí se reconocen, no son un *flatus vocis*, sino la piedra angular de una Constitución de nuestro tiempo, a la vez que levadura de toda la acción pública *ex art.* 9.2 de la norma suprema. El mercado que genera la desvinculación no podía quedar al margen de tales exigencias.