



Pierre Bauby  
Henri Coing  
Alain de Tolédo  
Coordinadores

# Los servicios públicos en Europa

Hacia una regulación democrática

Pedro Ignacio Bernal (Trad.)

ECONOMÍA INSTITUCIONAL URBANA

3

Universidad  
**Externado**  
de Colombia





Serie de Economía Institucional Urbana n.º 3

---

Los servicios públicos en Europa  
Hacia una regulación democrática



Pierre Bauby  
Henri Coing  
Alain de Tolédo  
(Coordinadores)

**Los servicios  
públicos en Europa  
Hacia una regulación  
democrática**

Traducción del francés  
Pedro Ignacio Bernal

Universidad Externado de Colombia

Título original en francés: *Les services publics en Europe. Pour une régulation démocratique* (Publisud, 2007. L'Observatoire des Sociétés).

ISBN 978-958-710-588-9

- © 2010, 2007, PIERRE BAUBY, HENRI COING, ALAIN DE TOLÉDO (COORDS.)
- © 2010, PEDRO IGNACIO BERNAL (TRAD.)
- © 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (57-1) 342 0288  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición: julio de 2010

Ilustración de cubierta: *La Ciudad Caleidoscópica* por el maestro Alfonso Ariza  
Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones  
Composición: David Alba  
Impresión y encuadernación: Cadena S. A.  
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

|                          |                           |
|--------------------------|---------------------------|
| Pierre Bauby             | Jean-Claude Prim          |
| Henri Coing              | David Flacher             |
| Alain de Tolédo          | Hugues Jennequin          |
| Philippe Herzog          | Antonio Massarutto        |
| Jean-Claude Boual        | Lise Breuil               |
| François Morin           | Laetitia Guérin-Schneider |
| David Hall               | Ghislain Deleplace        |
| Franck Okoubi Djédjé     | Pierre Barge              |
| Cathy Zadra-Veil         | Julien de Beys            |
| Lilli Berko              | Matthias Finger           |
| Franco Osculati          | Frédéric Varone           |
| Andrea Zatti             | Pierre Bauby              |
| François-Mathieu Poupeau | François Fourquet         |



## CONTENIDO

|  |    |
|--|----|
| Prólogo a la versión en español<br><i>Pedro Ignacio Bernal</i>   | 13 |
| Introducción general<br><i>Pierre Bauby</i><br><i>Henri Coing</i><br><i>Alain de Tolédo</i>  | 25 |
| CAPÍTULO PRIMERO<br>¿Por qué regular?  | 33 |
| Derecho, subsidiariedad y eficiencia: la Unión Europea<br>en busca de una doctrina para los SIG<br><i>Philippe Herzog</i>                                | 39 |
| ¿Por qué regular? O regulación y gobernanza.<br>¿Hacia una regulación basada en los<br>derechos fundamentales?<br><i>Jean-Claude Boual</i>               | 49 |
| La regulación frente a la globalización<br>y a la liberalización de los mercados<br><i>François Morin</i>  | 67 |
| Las consecuencias sociales de la privatización<br>y de la liberalización para los asalariados,<br>los consumidores y los ciudadanos<br><i>David Hall</i> | 91 |

|  |     |
|--|-----|
| ¿Puede el mercado regular los bienes públicos?<br>El ejemplo del mercado de “derechos de contaminación”<br><i>Alain de Tolédo</i><br><i>Franck Okoubi Djédjé</i> | 113 |
| CAPÍTULO SEGUNDO   |     |
| Las lógicas nacionales<br>y territoriales de la regulación   | 129 |
| Las enseñanzas del modelo británico<br>de PFI ( <i>private finance initiative</i> )<br>para un nuevo miembro como Polonia<br><i>Cathy Zadra-Veil</i>             | 133 |
| La respuesta de la economía pública, social<br>y cooperativa a las expectativas de la sociedad<br><i>Lilli Berko</i>   | 151 |
| La reforma de los servicios públicos en Italia:<br>el caso de los transportes públicos locales<br><i>Franco Osculati</i><br><i>Andrea Zatti</i>                  | 167 |
| El “servicio público territorializado”:<br>nuevo modelo de gobernanza de las grandes<br>redes de servicio público en Francia<br><i>François-Mathieu Poupeau</i>  | 185 |
| El lugar de los ciudadanos en la acción pública local<br><i>Jean-Claude Prim</i>   | 201 |
| CAPÍTULO TERCERO   |     |
| las lógicas sectoriales estructurantes<br>de la regulación   | 205 |
| La eficiencia de la regulación en cuestión:<br>una perspectiva internacional<br><i>David Flacher</i><br><i>Hugues Jennequin</i>                                  | 209 |

|   |     |
|---|-----|
| El tratamiento de los residuos sólidos, un servicio de interés económico general: ¿es todavía legítimo el principio de autosuficiencia?<br><i>Antonio Massarutto</i>  | 229 |
| ¿Qué perspectivas de evolución tiene el modelo de gobernanza de los servicios de agua en Francia frente a eventuales reformas europeas?<br>El aporte de las teorías de las organizaciones<br><i>Lise Breuil</i><br><i>Laetitia Guérin-Schneider</i> | 247 |
| Globalización e independencia de los bancos centrales: una perspectiva histórica<br><i>Ghislain Deleplace</i>   | 263 |
| CAPÍTULO CUARTO   |     |
| ¿Cuál es el futuro de la regulación?  | 281 |
| Costo y precio del acceso a los servicios de interés general<br><i>Pierre Barge</i>   | 285 |
| Ayuda estatal y financiación de los servicios públicos: un balance después de la adopción del paquete post Altmark<br><i>Julien de Beys</i>   | 301 |
| Sistemas técnicos y regulación de las industrias en redes: ¿hacia un nuevo modelo europeo?<br><i>Matthias Finger</i><br><i>Frédéric Varone</i>  | 323 |
| ¿Hacia una generalización de la regulación mediante licitaciones?<br><i>Pierre Bauby</i>  | 343 |
| La credibilidad de la regulación en Europa. Sus fuentes religiosas<br><i>François Fourquet</i>  | 359 |

Posfacio

*Pierre Bauby*

*Henri Coing*

*Alain de Tolédo*

## PRÓLOGO A LA VERSIÓN EN ESPAÑOL

Este libro recoge las ponencias de un coloquio sobre competencia y regulación de los servicios de interés general (SIG) en el contexto de la construcción europea que tuvo lugar en Francia en septiembre de 2005. El tema central es el significado y alcance del proceso de liberalización de los SIG iniciado desde la década de 1980, y las eventuales implicaciones económicas, sociales y políticas que dicho proceso podría tener en los diferentes países de la Unión Europea, habida cuenta de una tradición de protección social más o menos arraigada en Europa, y particularmente en Francia, después de la Segunda Guerra Mundial.

Del estudio de las ponencias es posible discernir que la mayoría de estos servicios, exceptuando las telecomunicaciones, conserva un tratamiento especial (de ahí su denominación de “interés general”) que les permite, en mayor o menor medida, no estar totalmente sometidos a las reglas del mercado y la competencia. Esta situación de relativa protección depende, por una parte, de ciertas salvaguardas levantadas, y mantenidas hasta el presente, en el seno mismo del proceso de construcción del mercado único europeo, obedeciendo a consideraciones de equidad social y territorial. Por otra parte, está relacionada con las particularidades nacionales, sea que éstas se expresen en la voluntad de garantizar el acceso universal a los bienes y servicios sociales, o bien combinado lo anterior con restricciones financieras, económicas, políticas o institucionales,

lo que impide que las obligaciones de adaptación de los países a las normas europeas se cumplan a la velocidad deseada por la Comisión Europea.

La Comisión Europea es la autoridad comunitaria que se ha encargado de promover e impulsar este proceso de liberalización y europeización de los SIG, que se inició con la aprobación del Acta Única en 1986, fijando como objetivo el mercado único en 1992, bajo la consideración de que el proceso de integración económica no estaría completo si dejaba por fuera estos servicios; que este proceso ha sido gradual en su evolución y selectivo en cuanto al alcance logrado en los diferentes servicios o en los distintos países; y, finalmente, que dio lugar a la creación de agencias regulatorias independientes, para cada sector y en cada país miembro. Estas agencias de regulación, sectoriales y nacionales, se suman a la autoridad máxima europea, la Comisión, y a otras agencias, generalmente nacionales, de regulación de la competencia, lo que configura un escenario institucional complejo y no siempre fácil de coordinar y armonizar.

¿Cuáles son los servicios de interés general? En las distintas ponencias no se halla un consenso acerca de la naturaleza de estos servicios. Algunos los definen a partir de una perspectiva económica, enfocándose en la existencia de economías de escala o costos decrecientes de producción en la totalidad o en parte de una actividad o servicio, lo cual justifica su provisión en condiciones de monopolio natural, no sometidos a la competencia. La anterior perspectiva coincide con la de los servicios o industrias conformados en redes, ya que una característica de éstos es su amplio alcance territorial y la existencia de costos decrecientes de provisión. Sin embargo, la mayoría llama la atención sobre la necesidad de excluirlos de las reglas del mercado y la competencia apelando a consideraciones de equidad, para garantizar el acceso universal de la población y la cobertura de todos los territorios. Considerando ambos criterios de definición, se estudian los servicios de telecomunicacio-

nes, energía eléctrica y gas, transportes terrestres urbanos y regionales, agua potable y recolección y tratamiento de residuos sólidos, correos y la gestión o regulación pública de la moneda por bancos centrales. Poniendo el énfasis en el segundo criterio, se consideran SIG los servicios sociales de educación, salud y vivienda.

#### LIBERALIZACIÓN Y TENDENCIA A LA CONCENTRACIÓN

Entre los objetivos asignados a la liberalización o apertura de las industrias en red están los de aumentar la eficiencia en la asignación de los recursos, incrementar la productividad y reducir los precios al consumidor, gracias a la introducción de competencia, entendida esta como un medio y no como un fin. En estas industrias, caracterizadas por la existencia de monopolios naturales, en contra de lo esperado por la Comisión Europea, este proceso de liberalización ha implicado una marcada tendencia a la cartelización o a la constitución de oligopolios europeos, y algunas veces a escala mundial. Tal es el caso sobre todo en los sectores de energía eléctrica y gas.

Por otra parte, el proceso se ha caracterizado por un sesgo contra los operadores públicos, especialmente aquellos constituidos como monopolios, y las entidades territoriales. En cuanto a los primeros, el objetivo de liberalización supone la eliminación de los monopolios públicos, tradicionalmente cerrados a la competencia por razones económicas (monopolio natural) o por criterios de garantía de acceso a la población y del cubrimiento de totalidad del territorio nacional.

Hasta ahora, el sector de telecomunicaciones ha sido el único donde la Comisión Europea ha introducido la liberalización (directiva europea de 1990), creando un nuevo mercado, reduciendo la intervención pública luego de haber regulado la apertura a la competencia y, finalmente, generando de algunas ventajas a los consumidores, en particu-

lar con más opciones de servicios y menores tarifas. Estas ventajas, sin embargo, se concentran en los consumidores más grandes y pudientes.

La forma de efectuar la liberalización en las industrias en red es garantizando la apertura efectiva de los mercados mediante la libertad de acceso a las redes de transporte y distribución (derecho de acceso a terceros a la red eléctrica y de gas, 1992) con tarifas de acceso equitativas, en observancia de los principios de transparencia y no discriminación. Este derecho sólo fue incluido en acta en 1994, quedando pendientes las reglas de aplicación y los plazos de ejecución. La directiva sobre la electricidad fue adoptada en 1996, pero los estados miembros tenían hasta 1998 para realizar la trasposición al derecho nacional. Francia, por ejemplo, finalmente la realizó en el año 2000. En el caso del gas, la directiva data de 1998, y la trasposición al derecho francés fue en el 2003.

Pero, como se anotó atrás, en el caso de energía y gas, los grandes grupos han desarrollado estrategias de expansión a nivel europeo y mundial. Un factor que aparentemente ha contribuido a este proceso de concentración ha sido la incertidumbre regulatoria, frente a la cual los grandes operadores europeos reaccionan para disminuir los riesgos a que está ligada.

Como resultado inicial de la directiva europea de 1990, Francia expidió ese mismo año la ley de reglamentación de las telecomunicaciones. Según ella, los operadores ya no hacen parte de la administración pública y, en consecuencia, ingresan en el derecho común, por lo que deben pagar tasas a los municipios y departamentos y respetar los reglamentos en vigor en las entidades territoriales. Pese a que una ley posterior sobre confianza digital (2004) reconoce a estas entidades la facultad de establecer y operar redes de comunicación electrónicas, les limita la posibilidad de comercializar servicios directamente con los clientes finales y, por ello, les prohíbe actuar como competidoras

de los operadores privados. Para poder ofrecer servicios a los clientes, las administraciones locales deben justificar la ausencia de iniciativa privada. La ley define como función principal de las entidades territoriales la de delegatarias de servicios públicos y de equipamiento del territorio, mientras que las redes son puestas a disposición de los proveedores, únicos habilitados en el dominio propiamente competitivo. Algo similar ocurre en el sector de transporte terrestre de pasajeros: pese a que las entidades territoriales conservan competencias de gestión directa o mediante contratos de servicio público con un proveedor interno, estas competencias están limitadas en el interior del territorio de la autoridad competente, luego no pueden participar en ofertas de competencia organizadas por fuera de dicho territorio.

La liberalización de las telecomunicaciones en Europa ha estado acompañada de la instauración de una regulación *ex ante*, cuya principal función ha sido destruir los monopolios históricos y promover la competencia. Esto implica que se trata de una regulación transitoria, dados sus objetivos. Esta regulación limita las fusiones industriales y promueve la competencia a favor de los nuevos entrantes al mercado. Pero adolece de una asimetría: ataca *ex ante* al operador histórico, aunque no siempre todo abuso de posición dominante *ex post*.

En el caso de los transportes en Italia, durante la década de 1990 se introdujeron reformas para realizar la separación entre gestión y planificación de corto plazo y largo plazo junto con la asignación de crecientes responsabilidades legales y operacionales a los operadores de transporte. A las administraciones locales se les delegaron responsabilidades puramente operativas y se dio una privatización formal de los operadores mediante la transformación legal obligatoria de las empresas municipales en sociedades por acciones, regidas por el derecho privado. No obstante, una ley de 2003 volvió a abrir la opción de prestación directa, eliminando la obligatoriedad de la forma jurídica de sociedad por accio-

nes, al prever tres alternativas de organización: prestación municipal directa, asignación directa a empresas mixtas donde el socio privado es escogido por licitación, y licitación competitiva para sociedades por acciones. Posteriormente, una ley de 2004 reinstauró la licitación pública como único mecanismo de asignación de contratos, poniendo como fecha límite para su inicio el 31 de diciembre de 2005.

#### LIBERALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN:

¿HAN ARROJADO LOS RESULTADOS ESPERADOS?

Algunos estudios sobre los efectos concretos de este proceso muestran resultados que dejan mucho que desear en materia de productividad, con tendencias más bien hacia el alza de los precios en la mayoría de las industrias liberalizadas y privatizadas, y, especialmente, efectos negativos en materia de contratación, salarios y condiciones laborales. Esto último revela que las presiones hacia una mayor eficiencia y productividad han repercutido sobre todo en los trabajadores, por cuenta de la disminución en el nivel de empleo, la eliminación o reducción significativa de los contratos de duración indefinida, la generalización de la externalización o subcontratación de trabajadores, con el consecuente descuido de la formación y el entrenamiento del personal, y todo lo que ello puede implicar en términos de deterioro de la calidad de los servicios y el incremento de riesgos en la operación, que en últimas afecta a los consumidores. También se observa la reducción paulatina de la tasa de sindicalización, la pérdida de derechos adquiridos previamente en el marco de convenciones colectivas y reformas de flexibilidad laboral para aligerar las cargas de las empresas y enfrentar mejor la competencia internacional o introducir más incentivos a la inversión extranjera.

Tomando el caso específico del sector de transporte urbano en Italia, OSCULATI y ZATTI muestran algunos resultados en la dirección requerida por las directivas europeas,

en particular la disminución del déficit operacional de los operadores públicos y el aumento del cubrimiento de los costos de operación por medio de la venta de tiquetes. Estos resultados se han obtenido a costa de aumentos reales de tarifas y reducción de los costos laborales en el marco de reformas de flexibilización laboral.

Pese a ello, en muchos otros aspectos Italia está aún lejos de alinear su sector de transporte a las normas europeas, en particular mantiene niveles altos de subsidio público y bajos niveles de productividad. Sucede algo similar en los países que ingresaron recientemente a la Unión Europea, como Polonia y Hungría, que deberán soportar aumentos significativos en las tarifas de sus servicios públicos y, probablemente, ajustes salariales y restricciones en las condiciones laborales, para ajustarse a las exigencias europeas en materia de apertura de sus mercados y autosuficiencia financiera, y a sus considerables necesidades de inversión, toda vez que los subsidios y ayudas estatales están limitados por las normas comunitarias.

#### ¿GARANTIZA EL ENFOQUE COMUNITARIO DE LOS SIG LAS OSP Y EL SERVICIO UNIVERSAL?

Una preocupación que recorre el libro es el lugar más bien marginal, como excepción y no como regla, que tienden a ocupar las obligaciones de servicio público (OSP) con las que se pretende garantizar la provisión de los SIG en el contexto comunitario de liberalización y privatización. Existe un reconocimiento formal de los derechos fundamentales (colectivos) apelando a los SIG pero simultáneamente al derecho a la competencia, el mercado y la propiedad privada. Según BOUAL, para que los primeros adquieran validez no basta con tener acceso a instancias judiciales: se requieren reglamentaciones, instituciones, operadores, algo de lo cual aún carece este proceso. Por ejemplo, para contrarrestar la tendencia de los monopolios u oligopolios a abusar de su

poder, es necesario que se les impongan obligaciones de servicio público o de servicio universal, lo cual depende del poder público y de la ley. Las supuestas ventajas de la liberalización, especialmente en relación con la libertad de elección individual para los consumidores, no son extensivas a todos, especialmente para los más pobres o en condiciones de aislamiento geográfico, luego se crean riesgos de exclusión y desigualdad, lo que lleva a la desarticulación del Estado de bienestar que garantizaba seguridad e igualdad.

La liberalización en Europa ha estado acompañada de un reconocimiento progresivo, aunque insuficiente, de las particularidades de los SIG. Se han definido obligaciones de servicio público en transporte y energía, o de servicio universal en telecomunicaciones, correos y electricidad, y se ha aceptado la financiación de sobrecostos originados en estas obligaciones. Sin embargo, según BAUBY, se perfila una nueva concepción que vendría a evadir las garantías actuales, mediante la generalización y obligación de las licitaciones, limitando el margen de maniobra de las autoridades públicas. Tanto el cumplimiento y la financiación de las obligaciones de servicio público como la regulación de cada servicio serían incluidos en los pliegos de condiciones de los contratos. Este modelo de "regulación" podría extenderse a otros servicios sociales, siempre que se acepte como criterio de definición de éstos la noción de "actividad económica" (que se define a la luz de amplios criterios como el hecho de ser provista por parte de empresas, públicas o privadas, o la existencia de oferta de bienes y servicios), definida por la Comisión Europea.

Debido a su naturaleza local, los servicios de agua potable y saneamiento no son objeto de ninguna política europea de liberalización, pero algunos textos europeos –según advierte BREUIL– no son neutros respecto de los modelos de gestión elegidos. En particular, la Comisión Europea ha iniciado una reflexión sobre las reglas aplicables a los SIG que podrían hacer tambalear el procedimiento

de delegación de los servicios de agua potable en Francia, basado en negociaciones informales de confianza entre las autoridades municipales y los operadores privados. En la medida en que este procedimiento informal continúe, los operadores históricos conservan ventajas que les permiten mantenerse en funciones, con muy pocas posibilidades de ser excluidos por las municipalidades, que hacen las veces de “reguladores”. Siempre que no se presenten situaciones extraordinarias en materia de prestación de los servicios ni excesivos aumentos de tarifas, los operadores han sido beneficiados con la renovación automática de sus contratos de concesión. Y, como contrapartida, aportan soluciones técnicas a los municipios, a los que, por otra parte, aportan pagos (derechos de entrada) que van a parar a los presupuestos públicos.

Este *statu quo* podría verse amenazado por el inicio, en el seno de las instituciones europeas, de discusiones sobre la reglamentación de las asociaciones público-privadas, las reglas que rigen la asignación de los contratos de delegación y los límites a las compensaciones de las obligaciones de servicio público. De concretarse estas discusiones, se eliminaría la distinción entre mercado público y delegación, lo cual obligaría a introducir mecanismos de competencia con criterios definidos de antemano.

En la mayoría de países, los SIG son objeto de aportes públicos para garantizar su operación. Se trata de ayudas, subvenciones y otras transferencias provenientes de los presupuestos públicos, sin las cuales sería imposible proveer estos servicios en las condiciones garantistas que los caracterizan. La Comisión Europea, mediante diversas directivas, ha incorporado, como excepción, la continuidad de estas ayudas públicas, para lo cual ha definido unas condiciones de aceptabilidad de éstas. Veamos este proceso en forma resumida.

Desde 1957, el Tratado de Roma, al fijar el objetivo esencial de suprimir las barreras a los intercambios comerciales

entre los países fundadores, confiaba a la Comisión Europea el velar por que los estados miembros no subsidiaran a sus productores a costa de sus vecinos. Durante treinta años el tema de los servicios no se tocó. En 1986, por medio del Acta Única, se decide acelerar el proceso de unificación incorporando el mercado de los servicios. Pero esta decisión puso en evidencia la contradicción entre la competencia, heredada del Tratado de Roma, y las medidas adoptadas por todos los estados miembros para escapar a las leyes del mercado con el fin de corregir las disparidades sociales y territoriales en el suministro de numerosos servicios.

Existen diferencias importantes entre las industrias que funcionan en red (ferrocarriles, correos, telecomunicaciones, electricidad y gas) y los servicios públicos garantizados por la administración pública (educación, salud, justicia, policía). En la financiación de los primeros, las tarifas pagadas por los consumidores cubren una parte importante de los costos de producción, al contrario de los segundos, donde la parte subsidiada por el Estado o las entidades territoriales cubre la mayoría de los costos. La intención manifestada en el Acta Única no era la apertura total e indiscriminada de estos servicios, sino propiciar un modelo mixto parecido al de la delegación de servicios públicos, donde los estados pueden seguir fijando obligaciones de servicio público pero la provisión de los servicios se deja en manos de operadores públicos o privados, vigilados por autoridades de regulación independientes.

La competencia, tal como se ha expresado en la práctica, no ha garantizado los resultados que la teoría le atribuye y, como ya se ha señalado, ha habido una clara tendencia a la formación de oligopolios y acuerdos entre empresas. Y la voluntad de los estados por conservar una parte de sus poderes desemboca en un escenario muy diverso de regulaciones entre países, de manera que el objetivo de integración europea, que pasa por la definición de las reglas en el ámbito comunitario (Comisión Europea) y su traspo-

sición y aplicación en el nacional (agencias de regulación sectoriales y nacionales), queda lejos de ser alcanzado. En Francia, este “modelo” ha sido aplicado únicamente a las industrias en red, lo cual deja hasta ahora por fuera los servicios administrativos.

Pese a las diferencias entre servicios en red y servicios administrativos, existe una frontera muy tenue entre ellos, dependiendo de la aplicación de criterios de definición que permiten identificar elementos comunes, desechando consideraciones de equidad social y territorial. El proyecto de directiva Bolkestein, en particular, pretendía imponer la libertad de prestación de servicios, sin considerar el impacto sobre los SIG. Después de varias modificaciones en el Parlamento Europeo, el texto final de la directiva (2005) no alcanza a superar ciertas ambigüedades susceptibles de amenazar la organización de actividades como la vivienda de interés social y otros servicios sociales.

Sin embargo, la Corte de Justicia Europea ha dado importantes pasos en el sentido del reconocimiento de la noción de servicio público a nivel europeo. Los fallos *Corbeau* de 1993 y *Almelo* de 1994 pondrán límites al imperialismo de la competencia, otorgando legitimidad a las trabas impuestas a la competencia en nombre de las finalidades de servicio público. El fallo *Ferring* de 2001 decidió que los aportes públicos destinados a compensar la prestación de servicios públicos no deben considerarse “ayudas estatales”, tal como aparecen en los tratados anteriores. En el 2003 el fallo *Altmark* señaló las condiciones para distinguir una compensación de servicio público legítima de una ayuda pública no permitida. Finalmente, la Comisión se pronunció (fallo *Monti*, 2004) precisando el tipo de compensaciones que no cumplen con las condiciones de legitimidad (paquete post *Altmark*). En síntesis, el fallo *Altmark* implica que la mayoría de las compensaciones relativas a los SIG debe ser notificada a la Comisión, en tanto que el paquete post *Altmark* aporta claridad en cuanto a las compensaciones que no respetan los criterios

del fallo. El Tratado o Estrategia de Lisboa define objetivos políticos basados en la justicia, el ordenamiento territorial y el crecimiento económico sostenible. Dedicar un protocolo específico a los SIG que podría ser el punto de partida para darles una base jurídica propia, más clara que el régimen de excepción que ha prevalecido hasta el momento.

PEDRO IGNACIO BERNAL

## INTRODUCCIÓN GENERAL

PIERRE BAUBY, HENRI COING  
y ALAIN DE TOLÉDO

A partir del Acta Única Europea de 1986, la Unión Europea adelantó un proceso de liberalización progresiva de los servicios públicos en sus redes de comunicaciones, transporte y energía, denominados “servicios de interés económico general” (SIEG). Este proceso ha consistido en introducir competencia en situaciones o sectores caracterizados por la presencia de situaciones de monopolio o derechos exclusivos o especiales otorgados a operadores calificados como “históricos”.

El objetivo era triple: por una parte, europeizar los servicios de interés económico general, como elementos clave de la integración europea; por otra parte, introducir la libre circulación de los servicios y la realización del mercado interno; por último, estimular una mayor eficiencia en áreas generalmente protegidas por monopolios locales, regionales o nacionales. Estos tres objetivos se basaron en los “logros” del Tratado de Roma de 1957 y en el derecho de la competencia, derivado progresivamente de dicho tratado, introduciendo de manera paulatina la competencia, sector por sector.

Los sectores en cuestión no pueden ser regidos exclusivamente por el derecho común de la competencia y por las

solas reglas del mercado pues ello conduciría al desarrollo de cinco fenómenos de polarización:

- *económica*, pues los rendimientos crecientes conducen a nuevas concentraciones y a la constitución de oligopolios en el ámbito comunitario;

- *social*, porque el “descreme del mercado” lleva a diferenciaciones crecientes según los ingresos y la solvencia de los usuarios;

- *territorial*, en cuanto que las regiones y zonas menos rentables corren el riesgo de ser descuidadas;

- *temporal*, en tanto los mecanismos del mercado prefieren las inversiones con retornos a corto término;

- y *financiera*, pues la búsqueda de rentabilidad conduce a acrecentar la externalización de los efectos negativos de las actividades.

En estas condiciones los objetivos de interés general (garantía del derecho de acceso para todos los habitantes a bienes y servicios esenciales; cohesión económica, social y territorial; preparación del futuro y desarrollo sostenible) estarían amenazados por una liberalización total.

Desde entonces las reglas europeas han buscado poner en práctica un “modelo” caracterizado por una liberalización que complete el derecho común de la competencia, mediante la definición, en cada sector, de objetivos de interés general o de obligaciones de servicio público universal, y por medio de la implementación de formas de control y agencias de regulación.

La problemática de la regulación de los servicios de interés general se impuso particularmente con la triple separación que ha sido el eje del proceso de liberalización:

- entre las funciones de operador y de regulador;
- entre el papel de accionista de la autoridad pública propietaria de las empresas y la función de regulación que ella debe asumir;
- entre las infraestructuras, que se mantienen en esencia como “monopolios naturales”, y los servicios, incluyendo

todos los problemas relacionados con el acceso de terceros a las redes.

Anteriormente, el Estado en el caso de los servicios nacionales de interés general, y las autoridades territoriales para los servicios locales, estaban encargados de definir así como de reglamentar, implementar, garantizar la financiación, arbitrar, controlar, evaluar, etc. En realidad, bajo el efecto de las asimetrías de información y de informes de expertos, habíamos asistido al desarrollo de fenómenos de captura de las autoridades públicas por parte de aquellos que éstas se suponía debían orientar y controlar.

#### LO QUE ESTÁ EN JUEGO

La problemática de la regulación de servicios públicos o servicios de interés general cubre tres grandes cuestiones: cuáles son sus objetivos, qué funciones incluye y a qué nivel ponerla en práctica.

#### ¿QUÉ OBJETIVOS?

La regulación de los servicios de interés general plantea primero la cuestión de la identificación de sus objetivos. Podemos definir varios:

- La regulación puede consistir en controlar la competencia y su efectividad, por ejemplo en el caso en que una autoridad pública acuda a una licitación para escoger quién asumirá la gestión de un servicio o para verificar que un operador en posición dominante no abuse de esta situación. En este caso la regulación depende más que todo de las autoridades nacionales y europea de vigilancia de la competencia (Consejo de la Competencia, Comisión Europea); pero éstas se pronuncian *ex post*, lo que puede entorpecer el funcionamiento de un sector; el control de la competencia no es más que uno de los aspectos de un sistema de regulación;

– La regulación puede tener por objetivo el de introducir la competencia en un sector. Se le concibe entonces como “asimétrica” al ejercer control estricto sobre el antiguo monopolio y favorecer a los “nuevos entrantes”; este tipo de regulación generalmente ha sido considerada como provisional, en espera de la existencia de un mercado realmente competitivo. Sin embargo, inclusive en los sectores abiertos a la competencia desde finales de 1980 no ha desaparecido la necesidad de regulación específica;

– La regulación puede también servir para vigilar que la introducción de la competencia no tenga efectos perversos (ausencia de incentivos a la inversión, multiplicación de externalidades negativas, concentraciones territoriales, etc.);

– La regulación puede concentrarse en el acceso de los diferentes operadores a una infraestructura que sigue caracterizada por la existencia de un monopolio natural (redes eléctricas, de gas, de transportes férreos, de agua y saneamiento, etc.). Esto conduce por lo general a incorporar una autoridad de regulación nacional por sector, independiente con respecto a los distintos operadores y a la autoridad pública, sobre todo si ésta sigue siendo accionista única o mayoritaria del antiguo monopolio o del encargado de la gestión de la red. Esta autoridad debe pronunciarse *ex ante* o de continuo, de manera que permita un buen funcionamiento del sector; es la función básica que ha sido asignada a la mayoría de las agencias de regulación creadas en los sectores de redes para acompañar la liberalización;

– La regulación puede también tener como finalidad la de garantizar un equilibrio evolutivo entre objetivos que incluyen aspectos contradictorios, en particular entre competencia y objetivos de interés general u obligaciones de servicio público. Esta regulación depende entonces de las autoridades públicas.

Estos diferentes objetivos han sido esgrimidos en unos y otros casos según los sectores y las experiencias, sea pri-

vilegiando a uno de ellos en desmedro de otros, o tratando de ligarlos entre sí.

¿CUÁLES FUNCIONES?

La regulación de los servicios públicos tiene como especificidad el hecho de no poder limitarse a la puesta en práctica del derecho común de la competencia, sino que debe o debería enfocarse también en objetivos de interés general. En consecuencia, la regulación debe desempeñar toda una serie de funciones ligadas entre sí, pero que deben ser aprehendidas de manera específica:

- la reglamentación (leyes, decretos, etc.);
- los eventuales objetivos de política pública (que pueden figurar en un pliego de condiciones);
- la implementación parcial del derecho de la competencia;
- la equidad de acceso a la infraestructura, si ésta es un monopolio natural, y su tarificación;
- las relaciones evolutivas entre finalidades de servicio de interés general, obligaciones de servicio público o de servicio universal y derecho de la competencia;
- la garantía de financiación de las inversiones, así como de la compensación de los objetivos y finalidades;
- el “control” de ejecución y de respeto de la reglamentación, así como las posibles sanciones;
- la evaluación de la eficiencia económica y social del sistema (incluyendo a la regulación misma) con el fin de contribuir a su evolución en el tiempo y en el espacio, en función de las necesidades de los consumidores, de los ciudadanos y de la sociedad.

¿Cómo clarificar estas diferentes funciones y al mismo tiempo ponerlas en sinergia, pues cada aspecto sólo adquiere sentido en sus relaciones sistémicas con las otras? En este

caso también las experiencias de los últimos veinte años arrojan ciertas pistas para aclarar los debates.

### ¿CUÁLES NIVELES?

Cabe agregar que estas nuevas problemáticas de la regulación emergieron en el marco de un proceso inédito de europeización: es la Unión Europea la que define hoy las reglas generales que gobiernan la definición, la organización, el funcionamiento y la regulación de los servicios de interés económico general. ¿A qué nivel poner en práctica la regulación? Tradicionalmente, es en el marco de cada estado donde se definían y ponían en práctica los modos de regulación de los servicios de interés general, teniendo en cuenta las tradiciones, historia e instituciones de cada país.

Con el proceso de europeización de los servicios de interés general, que comenzó a mediados de los años 1980 con los grandes sectores de redes de infraestructuras (transportes, comunicaciones, energía), pero que se extiende progresivamente hoy a los servicios sociales y de salud, a la vivienda, a la educación, etc., la Unión Europea se vuelve progresivamente el marco de definición de las reglas de organización de cada sector. Las directivas y los reglamentos europeos llamados de “mercado interno” definen las reglas de juego generales aplicables en todos los estados miembros, en ciertos casos con márgenes de adaptación a propósito de las transposiciones al derecho nacional.

Al mismo tiempo, en la mayoría de los casos, las reglas europeas remiten su implementación y procedimientos de regulación a los estados miembros. Este desequilibrio entre reglamentación comunitaria y regulación nacional plantea toda una serie de problemas. Por una parte, pueden producirse distorsiones de competencia entre los estados y, por lo tanto, entre los operadores, que por lo general tienen una base y un origen nacionales, elementos contrarios al objetivo proclamado de un mercado interno. Por otra parte, los

fenómenos de internacionalización y de apertura de las economías han llevado a los operadores de servicios de interés general, que estaban ligados tradicionalmente a un territorio, a una actividad y a instituciones locales o nacionales, a internacionalizarse rápidamente lo mismo que a concentrarse y a diversificarse. La mayoría de los operadores dominantes son hoy “grupos” europeos cuando no mundiales, y están presentes en varios sectores. La reglamentación europea actual se enfrenta a dos dificultades: ¿cómo limitarse a reglas sectoriales cuando los operadores son multiactividades? ¿Cómo conducir una regulación nacional de grupos cuyas estrategias de desarrollo son europeas e incluso mundiales, cuestión tanto más relevante en el caso de los estados que no disponen de importantes medios?

#### UN ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO

Los anteriores son los tres problemas esenciales que esta obra se propone aclarar. Ésta ha sido concebida sobre la base de una serie de trabajos de investigación desarrollados en distintas universidades francesas y europeas, que dieron origen a un coloquio internacional organizado en la Universidad de Paris 8 - Saint Denis los días 29 y 30 de septiembre de 2005 bajo el título de “Formas de competencia y problemáticas de la regulación de los servicios de interés general. Vistazo a las experiencias de los últimos veinte años”. El coloquio fue organizado por el Laboratoire d’Economie Dionysien (LED).

Hemos buscado desarrollar una aproximación interdisciplinaria (ciencias económicas, ciencias políticas, sociología, historia y derecho) con el fin de analizar los cambios y los problemas encontrados en la organización de los servicios de interés económico general, y profundizar sobre los sistemas de regulación que han sido implementados para garantizar una mayor eficiencia de estos servicios.

La obra que da cuenta hoy de este balance trata de responder a la cuestión central de cuáles son las formas y las condiciones de una regulación eficiente y creíble. Al mismo tiempo, no tiene como único objetivo el de analizar en retrospectiva los sistemas de regulación vigentes, sino que trata también de cuestionar el futuro de los sistemas de regulación, que se verán enfrentados a cambios significativos.

La obra está dividida en cuatro secciones, cada una de las cuales se ordena alrededor de una cuestión clave:

– ¿Por qué regular los servicios de interés general? ¿Cómo definir la regulación, cuáles son las especificidades de la regulación de los servicios de interés económico general, habida cuenta de sus objetivos y en relación con la globalización de los intercambios, cuáles son sus finalidades, qué relaciones tienen con la gobernabilidad y con las privatizaciones, y, finalmente, puede la regulación dejarse al mercado?

– ¿Qué lógicas nacionales y territoriales de regulación? ¿Lógicas ancladas en las historias, tradiciones, instituciones y culturas nacionales, con sus puntos comunes pero también con sus diversidades, procesos de armonización o de convergencia, de lo cual dan testimonio las ampliaciones, relaciones entre intereses nacionales e interés comunitario, fenómenos de territorialización, lugar ocupado por los ciudadanos, etc.?

– ¿Qué lógicas sectoriales son estructurantes? ¿Es el modelo de regulación de las telecomunicaciones generalizable al sector de la recolección de basuras o al del agua o, incluso, al sistema de la banca central, o las particularidades de cada sector incentivan a probar innovaciones regulatorias?

– ¿Qué futuro para la regulación? ¿Tienen los servicios de interés económico general un estatus económico particular, dependen de reglas específicas de financiación, qué modelos de regulación están emergiendo, vamos hacia una generalización de las licitaciones, qué legitimidad poseen las autoridades de regulación, etc.?

## CAPÍTULO PRIMERO

### ¿POR QUÉ REGULAR?

Este primer capítulo pretende aclarar las finalidades de la regulación de los servicios de interés general.

No hay una definición consagrada de la “regulación”. Cada disciplina científica ha elaborado su propia problemática y en el interior mismo de cada disciplina el debate se mantiene hoy ampliamente abierto.

PHILIPPE HERZOG, quien ha seguido desde hace veinte años el proceso de europeización de los servicios públicos y ha sido uno de sus actores durante sus dos mandatos de parlamentario europeo (1994-2004), nos propone una definición que puede hacer amplio consenso entre los autores aquí reunidos: *“La regulación de un sistema económico son los criterios de gestión, los modos de coordinación, los incentivos que van a permitir la coherencia y el desarrollo del sistema”*.

La regulación de los servicios públicos tiene que ver con la existencia de ciertas especificidades estructurales. PHILIPPE HERZOG pone el énfasis sobre la existencia de “fallas de mercado”, que impiden ceñirse únicamente al derecho común de la competencia. Él sugiere entonces una definición más precisa de la regulación de los servicios públicos: *“regular es asegurar que el mercado contribuya al interés público, e inversamente, que el interés público asuma cierta dosis de competencia, para que no haya esclerosis de las estructuras, rentas, y subeficiencia”*. HERZOG muestra que esta interacción entre mercado e interés público fermenta los debates y elaboraciones europeos, haciendo

obsoleta una serie de tesis a las cuales numerosos autores franceses continúan refiriéndose, ya se trate del repliegue sobre la esfera nacional o de la asimilación entre servicio público y empresas públicas.

Esta puesta en perspectiva de los debates y temas clave europeos muestra el camino recorrido desde hace veinte años, y al mismo tiempo señala la amplitud de la tarea por realizar para hacer emerger una concepción común a los 25 estados miembros de la Unión Europea, que dé cuenta de la diversidad de sus historias, tradiciones e instituciones y que se adapte a la serie de problemas tanto económicos como sociales, territoriales y temporales.

También JEAN-CLAUDE BOUAL se interesa en el proceso de europeización. Inicialmente hace énfasis en el vínculo que se establece entre la regulación de los servicios de interés general y la reflexión que se adelanta en el plano comunitario sobre la “gobernanza”.

Puesto que la Unión Europea no se construye reproduciendo las formas tradicionales de construcción de los estados, sino innovando, en este marco vemos que se desarrolla toda una serie de “agencias de regulación”, en particular en el campo de las industrias en red –transportes, telecomunicaciones, correos, energía–: *“con la construcción del mercado interno europeo, que implica la liberalización de los grandes servicios públicos monopólicos y la puesta en marcha de una competencia regulada, hemos pasado de una regulación interna a las empresas a una regulación externa e independiente (tanto de las empresas como del poder público)”*. Esta externalización, por un lado, desarticula al Estado Providencia construido después de la Segunda Guerra Mundial al establecer un principio de elección y de responsabilidad pero en detrimento de un principio de seguridad y de igualdad de tratamiento. Pero, por otro lado, vemos desarrollarse en el plano comunitario una dinámica de derechos fundamentales y de su garantía de ejercicio, de la cual el autor estima que podría ser *“el siguiente capítulo de una regulación más societal, es decir en la*

*que los diversos componentes de la sociedad estén implicados, menos tecnocrática, de los servicios de interés general”.*

La tesis tiene la ventaja de liberar perspectivas para hacer converger toda una serie de actores. Pero no tendría pertinencia a menos que logre vincular la lógica de derechos fundamentales con las lógicas económicas y financieras dominantes en la actualidad a todos los niveles, de lo microsocial a la globalización.

Es en esta perspectiva tan amplia donde se sitúa el aporte de FRANÇOIS MORIN. Él pone aquí en relación la liberalización de los mercados y su globalización, sobre la base tanto de sus trabajos acerca de la globalización de los intercambios de capitales como de su experiencia de estos últimos años como miembro de la Comisión de Regulación de Energía (CRE).

Describiendo los fenómenos de manera tal vez muy mecanicista (*“primero liberalización, después globalización y finalmente regulación”*), MORIN señala de modo preciso y detallado en qué medida la liberalización de los precios no solo engendra fenómenos de globalización y de regulación, sino que también crea un contexto de incertidumbres múltiples que, a su vez, es la fuente de inestabilidades de mercado y de prácticas (de actores) frecuentemente condenables. También señala que *“el resultado es una tendencia a comportamientos colusivos o a la formación de oligopolios por parte de actores que, por lo demás, desarrollan estrategias globales a escala planetaria”*.

Sobre la base de un análisis preciso de las incertidumbres que se han desarrollado tanto en materia de mercado como de reglas, MORIN pone el énfasis en los verdaderos problemas de la regulación en este contexto de globalización: por un lado, la creación de autoridades de regulación dotadas de poderes “globales” y cuya legitimidad democrática debería ser indiscutible; por otro lado, *“cómo reintroducir políticamente, a escala planetaria y de los principales sectores vitales para su futuro, valores colectivos que superen el simple juego de intereses individuales (de los estados o de las firmas)”*.

DAVID HALL analiza, con base en datos disponibles, las consecuencias sociales de los procesos de liberalización y de privatización bajo dos aspectos: por una parte, del empleo (tanto en cantidad como en calidad), y, por otra parte, desde los consumidores. Sin duda, podemos lamentar que los datos disponibles no permitan distinguir los efectos específicos de cada uno de los procesos (de liberalización y de privatización), que pueden ir a la par, pero pueden también ser llevados separadamente. Los efectos conjugados de la búsqueda de la maximización de los beneficios, de las presiones sobre la competitividad de la oferta y de los precios techo fijados por los reguladores tienen consecuencias sobre la seguridad del empleo, el número de empleados y las competencias, excepto si existen sistemas nacionales de protección. En cuanto se refiere a los precios, la eficiencia y la productividad, los resultados analizados por DAVID HALL muestran que los consumidores no se benefician de la liberalización ni de la privatización como sus promotores lo habían pronosticado. Por lo demás, los consumidores se muestran reservados en cuanto a los beneficios que esperan de los procesos en curso, ya se trate de capacidad de elección o de precios.

HALL señala que *“estos diversos efectos pueden ser interpretados como un proceso redistributivo, con un impacto significativamente débil sobre la eficiencia sectorial o sobre el desempeño”*. Muestra que los efectos redistributivos de las privatizaciones en el Reino Unido consistieron en ganancias importantes para los consumidores y los accionistas, aunque contrarrestadas por una pérdida para los contribuyentes y los empleados, mientras que en la Unión Europea los contribuyentes perdieron mucho menos y los empleados, más.

ALAIN DE TOLÉDO Y FRANCK OKOUBI DJÉDJÉ vuelven sobre la justificación esencial de la regulación al replantear, a partir del ejemplo del mercado de los derechos de contaminación, la cuestión de si *el mercado puede regular los bienes públicos*. El mercado de los derechos de contaminación está basa-

do en el credo de que el mercado puede internalizar las externalidades globales, por ejemplo las contaminaciones transfronterizas siempre que los derechos de propiedad estén “perfectamente” definidos.

Después de un análisis detallado, por una parte, de los elementos para la implementación de este mercado de derechos de contaminación y, por otra parte, del marco teórico de referencia que lo soporta, ALAIN DE TOLÉDO y FRANCK OKOUDI DJÉDJÉ muestran que el sistema de intercambios de derechos implementado por la Comunidad Europea en el marco del Protocolo de Kyoto no es un verdadero mercado; el Estado controla casi todos los aspectos claves que permiten influir en los diferentes elementos del sistema y sobre todo el elemento crucial, el precio de “mercado”: basta que baje las cuotas autorizadas o que aumente el nivel de las multas para que el equilibrio sea alterado. “Entre la simple tributación y el recurso a los derechos intercambiables la elección se realiza entre dos técnicas estáticas, la primera permite al ‘contaminador’ elegir entre no producir o ser sancionado, la segunda le permite un grado de libertad adicional al ofrecerle la posibilidad de intercambiar con una empresa menos contaminante, pero, en todos los casos, el Estado maneja los hilos del juego al definir el grado aceptable de contaminación.”