

LA IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN REGULADORA ¿QUIÉN GARANTIZA EL ÉXITO DE LA CONCESIÓN?

THE IMPORTANCE OF REGULATION. WHO GUARANTEES THE SUCCESS OF A CONCESSION?

JUAN RODRÍGUEZ DE LA RÚA. Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. MBA, City University

RESUMEN: Se describen las principales tareas a realizar a efectos de la fiscalización y control de las actividades que desarrollan, en general, los concesionarios de infraestructuras y servicios públicos. Se analizan modelos y mecanismos alternativos de regulación, y se describen algunas cuestiones que se consideran fundamentales para garantizar el buen fin de las privatizaciones. Se finaliza recomendando un impulso en distintos ámbitos, que supondrían una cierta transformación cultural.

PALABRAS CLAVE: REGULACIÓN, PRIVATIZACIONES, INFRAESTRUCTURAS, SERVICIOS PÚBLICOS

ABSTRACT: The article describes the main factors to be taken into consideration regarding the monitoring and control of activities which are generally carried out by concessionaires of infrastructures and public services. An analysis is made of alternative methods and models of regulation and the article outlines several factors which are considered to be essential in order to guarantee the correct outcome of privatization. The article concludes by recommending greater promotion in various areas which will, in turn, involve a certain cultural transformation.

KEYWORDS: REGULATION, PRIVATIZATION, INFRASTRUCTURE, PUBLIC SERVICES

1.- INTRODUCCIÓN

Los procesos de modernización de los servicios públicos mediante su total o parcial privatización, normalmente por vía concesional, suponen decisiones políticas de envergadura, pero también implican importantes retos desde el punto de vista técnico y organizativo.

De la complejidad de tales procesos, podrían dar fe los múltiples debates habidos en un no lejano pasado sobre la propia esencia del concepto de servicio público (1), o con carácter más general, sobre el grado aceptable de intervención pública en las economías (2). Hoy en día, a pesar de haber superado en gran medida esos debates de fondo, persiste la complejidad. En efecto, aceptando que lo fundamental es garantizar la universalidad, calidad y eficacia de la prestación, emergen cuestiones prácticas que habrían estado oscurecidas por otros planteamientos que han querido considerarse como esenciales. Una de dichas cuestiones – como se verá, de gran importancia – es la de la fiscalización y control de las actividades del concesionario, es decir la del ejercicio de la función reguladora.

2. PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE REGULACIÓN

Antes de avanzar, y teniendo en cuenta que vamos a tratar términos con un cierto solape semántico, conviene aclarar diversos aspectos de interés. El primero de ellos, es que cuando aquí citemos el término regulación, nos estaremos refiriendo no tanto al proceso de producción de marcos normativos o regulatorios generales (es decir, leyes y normas que genera el poder legislativo, e incluso instrucciones o circulares que puedan dictar las autoridades administrativas) sino al conjunto de reglas y mecanismos que formula la administración pública otorgante de la concesión (normalmente reflejados en los pliegos del concurso y en el contrato concesional) para que ella misma, o el ente regulador responsable, ejercite las oportunas funciones de fiscalización y control del concesionario, al objeto de garantizar el buen fin –el éxito si se quiere– de la concesión otorgada (ver Fig. 1).

Conviene precisar, en segundo lugar, que en este artículo nos referiremos al ejercicio de la función reguladora en aquellos servicios más relacionados con la ingeniería civil, es decir, a los relacionados con las infraestructuras de trans-

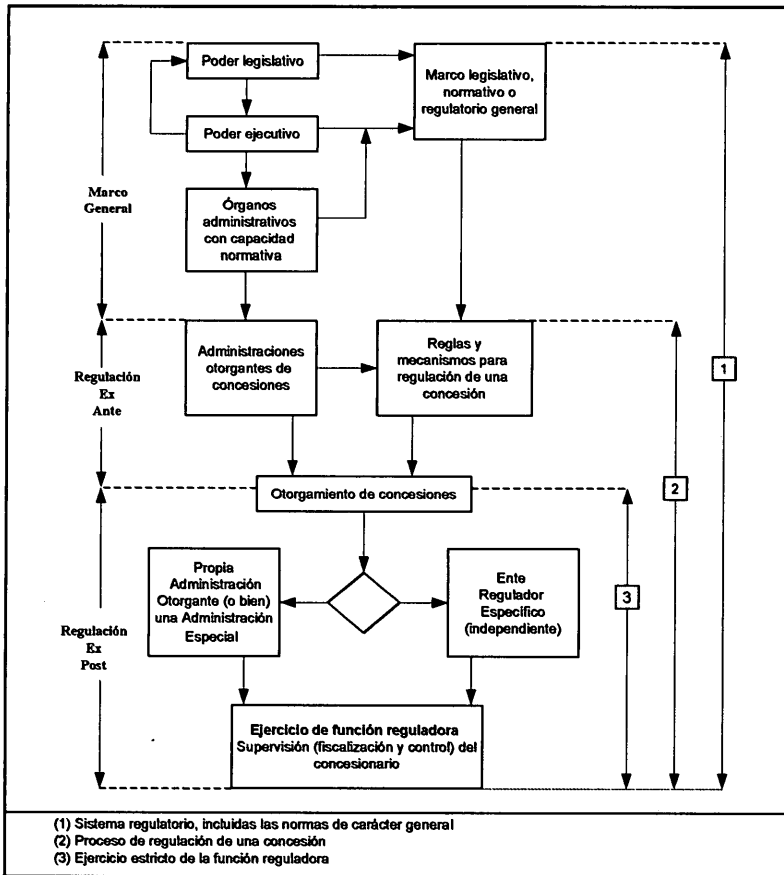


Figura 1. Esquema del ejercicio de la regulación.

porte y las infraestructuras hidráulicas y medioambientales, así como a los servicios urbanos, es decir, los servicios clásicos de competencia municipal tales como abastecimiento y saneamiento, transporte urbano, basuras, y en general los tipificados en la legislación de régimen local (3). No nos referiremos por tanto —aunque las conclusiones puedan ser relativamente aplicables— ni a la denominada regulación financiera (de aplicación a bolsa, banca y seguros, y en general a la intermediación específica) ni a la denominada regulación social (de aplicación, por ejemplo, a la salud, justicia, educación, seguridad o beneficencia).

En tercer lugar, por último, conviene superar la confusión que suele producirse cuando se contraponen los términos desregulación y regulación. El término desregulación se refiere a los deseables procesos de perfeccionamiento de los mercados, e incluye acciones para la eliminación de barreras de acceso, reducción de trámites y, en general, la minimización de los costes de transacción (4), todo ello al objeto de favorecer la competencia. Pero cuando la competencia, por mucho que se desee, no puede llegar a alcanzarse en su grado óptimo (por persistencia de situaciones más o menos monopólicas, por generación de externalidades negativas de difícil asignación o por otras causas tales como opacidades informativas insuperables) la respuesta es la regulación, es decir,

el mercado con el adecuado nivel de estímulo y control (5). Por lo tanto, los términos desregulación y regulación no son contradictorios, sino simplemente complementarios, por lo que carece de sentido oponerse frontalmente a uno de ellos, por ser ciego defensor del otro (6).

3. SERVICIO PÚBLICO VERSUS OBRA PÚBLICA

Aunque hubo tiempos en que se aceptaban tres grandes categorías concesionales (la de obra pública, la de servicio público y la de dominio público), las modernas escuelas de derecho económico consideran que solamente puede hablarse de dos grandes categorías - la de servicio público y la demanial - por lo que todas las especialidades que tengan nombre propio (concesiones de autopistas, de aguas o de minas, por ejemplo) han de incluirse necesariamente en una de las dos, o como mucho en una combinación de ambas.

Nuestra legislación, por su propio anclaje histórico, ha seguido vinculando las concesiones relacionadas con las infraestructuras a las denominadas concesiones de obra pública, cuando en realidad de lo que se trata es de concesiones de servicio público que simplemente llevan aparejada la ejecución de una o varias obras (7). En consecuencia, las privatizaciones relacionadas con las infraestructuras, y los grandes equipamientos colectivos, sean del tipo que sean, y desde luego todas las de servicios urbanos, vendrían a corresponder al supuesto en que las administraciones públicas encomiendan a un particular, mediante contrato, la gestión de un servicio a la comunidad, o sea, el supuesto de gestión de servicio público. En todo caso, en este tipo de servicios, por sus características intrínsecas, se hace siempre necesario un cierto nivel de regulación, que normalmente deberá extender el énfasis del control desde la propia ejecución de la obra o las instalaciones hacia el aseguramiento de que se realiza una buena prestación por parte del concesionario.

4. EL CONTENIDO DE LA FUNCIÓN REGULADORA

En el sentido que aquí nos interesa, el proceso de regulación abarcaría desde la formulación de las reglas y los mecanismos que han de regir una concesión específica, hasta la fiscalización de la actividad del concesionario (8). Esta amplia calificación es importante, ya que un correcto ejercicio de ésta acción supervisora solamente puede alcanzarse tras la realización minuciosa de múltiples actividades previas, pudiendo hablarse de una regulación ex-ante del otorgamiento concesional, y de otra regulación ex-post que es la que habría de desarrollarse tras dicho otorgamiento (ver Fig. 2).

La complejidad de las fases previas varía enormemente de una situación a otra. No es lo mismo, como es lógico, una pequeña concesión municipal de aguas o de recogida de basuras, que una concesión aeroportuaria o una de operador ferroviario, por lo que en pocas situaciones como éstas pro-

FASES PREVIAS

- Identificación de la oportunidad concesional
- Estudios de viabilidad
 - Técnica /Operativa
 - Económica / Financiera
 - Legal / Institucional
 - Ambiental /Social
- Exploración de la potencial participación privada
- Elección del modelo de gestión

REGULACIÓN EX-ANTE

- Definición suficiente del objeto concesional
- Identificación de las condiciones técnicas, económicas y de información que han de cumplir las actividades reguladas
- Análisis y estructuración de riesgos
- Modelización y/o parametrización del negocio concesional
- Selección de las variables que debe ofertar el concesionario
- Determinación de la instancia que ejercerá la regulación ex-post
- Determinación del procedimiento de representación de usuarios

REGULACIÓN EX-POST

- Control del cumplimiento de las condiciones técnicas, económicas e informativas
 - Proyecto y ejecución de las obras, en su caso
 - Plan de operación y mantenimiento
 - Otras condiciones prefijadas
- Establecimiento de tarifas eficaces y razonables
- Verificación continua de la calidad del servicio y del grado de satisfacción de usuarios
- Ejercicio de arbitraje en los conflictos entre el prestador del servicio y los usuarios
- Ejercicio de la actividad sancionadora
- Gestión de las incidencias contractuales, en particular los supuestos de transmisión, cesión y extinción concesional.
- Previsión de actuaciones ante riesgos imprevisibles

cede citar el tópico del traje a la medida. Pero la realidad es que, entre nosotros, sólo excepcionalmente las administraciones públicas dedican los suficientes recursos a profundizar en estas fases tan esenciales. No son inhabituales, lamentablemente, situaciones en que se convocan concursos sin haber definido suficientemente el objeto concesional (mediante el anteproyecto de las obras o la formulación del plan de operación, como exige la propia legislación), o sin haber explorado que existirá verdadera concurrencia, o sin haber determinado detalladamente las especificaciones mínimas del servicio a concesionar, o sin definir de modo preciso los criterios de amortización de inversiones, o lo que es peor, sin fijar los mecanismos que garanticen de modo efectivo el correcto equilibrio entre los intereses del concesionario y los intereses de los usuarios (9).

Figura 2.
Actividades reguladoras en relación con las fases típicas de un proyecto concesional completo.

Pero si compleja es la regulación propia de las fases previas al otorgamiento, mucho más difícil puede llegar a convertirse la regulación en las fases de servicio, sobre todo cuando no se han realizado adecuadamente las tareas iniciales. Este es el caso, por ejemplo, en que la instancia responsable de la fiscalización y control tiene como toda herramienta a su disposición, un contrato rígido que le imposibilita cualquier posible acción correctora en beneficio del servicio público. Dicho con otras palabras, la efectividad de la regulación en las fases posteriores al otorgamiento, y por tanto a lo largo de toda la vida concesional, depende mucho de lo realizado en las fases iniciales.

El ejercicio de la función reguladora ex-post conlleva, en teoría, la realización de múltiples y continuas actividades que también serán más o menos complejas en función de las características de la concesión, pero que habrán de desarrollarse adecuadamente para cumplir el objetivo más general, es decir el de asegurar la calidad del servicio prestado y la razonabilidad tarifaria, en el marco del cumplimiento del principio de mantenimiento del equilibrio financiero (10). En todo caso, lo que resulta esencial es que la instancia responsable de la regulación no abdique de sus obligaciones, sino que por el contrario esté en alerta continua, para lo que permanentemente debe poder conocer (y de hecho conocer), y además con el grado de detalle requerido, la situación estructural - contable, operativa o lo que en cada caso sea menester - de la empresa concesionaria.

5. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN REGULADORA

En general la función reguladora, y particularmente la función ex-post, puede ser desarrollada de distintos modos. Puede ser desarrollada, por ejemplo, por la propia administración otorgante, como ocurre en la gran mayoría de servicios urbanos concesionados, en que resulta ser la propia corporación municipal quien ejecuta la función. Puede ser desarrollada mediante la modalidad de constituir un órgano diferenciado, como es nuestro caso en materia de autopistas, y ello a través de la aún denominada Delegación del Gobierno. En otros casos, como empieza a suceder entre nosotros con sectores específicos, se crea una institución o ente regulador independiente, como es el caso de la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

El modelo de regulación mediante institución independiente ha sido más propio de los países sajones, mientras que en países como España, sólo recientemente, al hilo de los procesos de liberalización de sectores monopolizados (precisamente energía y telecomunicaciones) han empezado a crearse este tipo de entes (11). En el caso de las infraestructuras y los servicios urbanos, no puede hablarse de entes de éstas características, aunque es posible -y deseable- que empiecen a verse en un próximo futuro, bien porque los grandes

Conviene superar la confusión que suele producirse cuando se contraponen los términos desregulación y regulación

mar genuinas condiciones de competencia, tenderán a ejercer aquellos concesionarios que entren en mercados que se vayan liberalizando.

Sea lo que fuere, es imposible dar recetas generales, pero no es difícil imaginar que los órganos o entes responsables de ejercer la función reguladora, cuanto más independientes sean, menos sometidos estarán a los riesgos de debilidad frente a la potencia de los grandes concesionarios (para evitar lo que eufemísticamente la doctrina denomina como la captura del regulador) y por el contrario, mejor preparados estarán para asegurar que el servicio se presta en condiciones óptimas, de modo que los menores costes que teóricamente se esperan de los procesos liberalizadores, se trasladen realmente a los usuarios mediante tarifas o precios más equitativos.

En todo caso, lo que debe quedar claro, es que la instancia responsable - en cualquier modalidad - ha de tratar de que se cumplan en general los objetivos de aseguramiento de la calidad, regularidad, igualdad y generalidad de las prestaciones, los de protección al medio ambiente, los de defensa de los derechos de los usuarios, y por supuesto, los de implantación de tarifas justas y razonables.

6. LOS MECANISMOS DE REGULACIÓN

Con independencia del modelo de regulación elegido (propia administración otorgante, órgano administrativo tutelado o ente independiente), posiblemente la cuestión más relevante es la de elección del mecanismo regulador. La variedad de mecanismos es enorme, y hasta podría decirse que cada concesión, aunque tenga el suyo propio, siempre podría tener uno mejor. A pesar de esta infinitud, es posible, y además resulta conveniente, una primera categorización de las principales familias de mecanismos:

Cuanto más independientes sean los órganos reguladores, mejor preparados estarán para asegurar que el servicio público privatizado se presta en condiciones óptimas

- Regulación limitativa de la rentabilidad de los capitales invertidos. Es el clásico tipo de mecanismo norteamericano (el denominado ROR, rate of return regulation), mediante el cual las tarifas deben simplemente ser capaces de cubrir costes históricos, incluyendo una retribución prefijada máxima de

los capitales invertidos por el concesionario, de modo - por tanto - que sus beneficios queden limitados por sus inversiones en activos fijos.

- Regulación dinámica vinculada a la inflación. Es el tipo de mecanismo puesto en práctica en el Reino Unido en los últimos años, con motivo de los procesos liberalizadores de los servicios públicos. Se trata en esencia de que el concesionario se vea estimulado a cumplir determinados objetivos de precios o tarifas (normalmente ganando terreno a la inflación) pero sin limitación del nivel de beneficios empresariales.

- Regulación mediante umbrales tarifarios. Es el tipo de mecanismo mediante el cual el regulador fija sueldos y techos de los distintos servicios a prestar (o de los mismos servicios, según los distintos tipos de usuarios), para que el concesionario, con criterios empresariales, optimice libremente la estructura tarifaria a los diferentes servicios o usuarios.

- Regulación participativa. Es el tipo de mecanismo que trata de compartir riesgos entre el sector público y el sector privado, mediante sociedades de economía mixta. Puede incluirse también en esta familia el de participación pública en los resultados de sociedad privada concesionaria, de modo que una parte de los mismos se dediquen a reducir las tarifas, en caso de que los beneficios superen una referencia establecida.

- Regulación orientada a la realización de beneficios estratégicos. Es el tipo de mecanismo mediante el cual el regulador acepta que el concesionario obtenga altos beneficios (prácticamente tan elevados como le resulte socialmente viable desde su situación monopólica) y ello al objeto de posibilitar posteriores objetivos más o menos institucionalizados, orientados a la diversificación, innovación y en algunos casos la internacionalización de las actividades empresariales. Es el tipo de mecanismo que algunos han calificado como propio del modelo francés, al haberse aplicado en dicho país, especialmente en materia de aguas, de modo consistente.

Como puede verse, hay una amplia variedad de mecanismos que resultan válidos para la regulación, e incluso podrían citarse muchos más modelos y criterios (12), que en general tratan de evitar tanto la existencia de costes ineficientes, como el riesgo de que el concesionario acumule resultados que, en el sentido que sea, resulten inaceptables. Pero lo que interesa aquí no es tanto exponer una relación exhaustiva de posibilidades, sino poner de manifiesto que entre nosotros, en materia de infraestructuras y servicios urbanos, salvo excepciones ciertamente meritórias, el criterio empleado suele ser el de simple incrementalismo tarifario, con aceptación más o menos negociada de los costes incurridos por el concesionario, pero en general con ausencia de limitaciones estructurales que permitan



ejercer el papel de guía, acelerador y freno, que debe esperarse de un buen aparato regulador.

7. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS PARA LA REGULACIÓN

La elección del modelo regulador y la configuración del mecanismo de aplicación son, como es lógico, las cuestiones esenciales. Pero además, desde la perspectiva regulatoria, hay otra serie de cuestiones que tienen gran importancia, y que por tanto conviene matizar detalladamente en cada caso, para su inclusión o no en los pliegos y contratos concesionales. Entre tales cuestiones merecen ser destacadas las siguientes:

- Los criterios a utilizar para la evaluación de los costes generados por las inversiones que haya de realizar el concesionario (incluyendo por tanto la amortización técnica o depreciación irreversible de los activos, la retribución del inmovilizado neto, y si acaso la retribución del

capital circulante). Esta cuestión es esencial pues normalmente estos costes, además de los costes de explotación, son los que resultan determinantes para la fijación de tarifas.

- La asociación de las tarifas a tasas o precios, ya que la alternativa elegida puede condicionar la flexibilidad en la fijación posterior de aquellas (13).
- La determinación precisa del fondo de reversión que deba constituir el concesionario, y ello al objeto de asegurar el buen estado de conservación de las obras e instalaciones que hayan de revertir al final del plazo concesional.
- La posible incorporación de condicionantes a la transmisión de títulos de propiedad concesional, al objeto de evitar cesiones encubiertas y actuaciones especulativas que acaben perjudicando a los usuarios. De modo similar conviene considerar la oportunidad de incorporar limitaciones a la gestión por terceros de prestaciones accesorias, mediante subcontrataciones, ya que puede acabar produciéndose una auténtica subconcesión.



- La oportunidad de limitar estrictamente la actividad del concesionario a los servicios especificados en la resolución concesional (es decir una sociedad por cada concesión) al objeto, por una parte, de facilitar la singularidad contable y, por otra, de evitar que las sociedades titulares se aventuren en procesos de diversificación sectorial que impliquen riesgos para la economía concesional y por tanto, finalmente, para los usuarios.
- Los criterios de aplicación ante potenciales incidencias contractuales, en particular para los supuestos de sanción, cesión, secuestro, declaración de caducidad, rescate y mutuo disenso. La tipificación de los supuestos es importante, y de modo especial la del rescate, ya que la fijación anticipada de los correspondientes importes indemnizatorios (vinculados del modo que corresponda a las inversiones no amortizadas y al lucro cesante) puede llegar a convertirse, dado su carácter expropiatorio, en un gran instrumento disuasor ante conductas impropias por parte del concesionario.
- El aseguramiento de que el coste de las obras que ha de financiar el concesionario responde genuinamente a condiciones de mercado, evitando sobrevaloraciones que acabarían perjudicando a los usuarios (14).

Además de las cuestiones citadas, puede haber otras que resulten ser relevantes como pudieran ser el plazo, la relación entre capital propio y financiación ajena o, por ejemplo, los procedimientos que proponga el concursante a efectos de representación de usuarios (15). En todo caso, debería procederse a un chequeo de todas aquellas cuestiones que, como consecuencia de la previa modelización y parametrización del negocio concesional, resulten ser las más afectadas por los análisis de sensibilidad, y ello no solo a efectos de configurar adecua-

Para estar en primera línea internacional en materia de privatización de infraestructuras y servicios urbanos, será necesaria una cierta transformación cultural

damente el correspondiente concurso, sino también con objeto de desarrollar el proceso de identificación, estructuración y asignación de riesgos de la operación concesional.

8. CONCLUSIONES

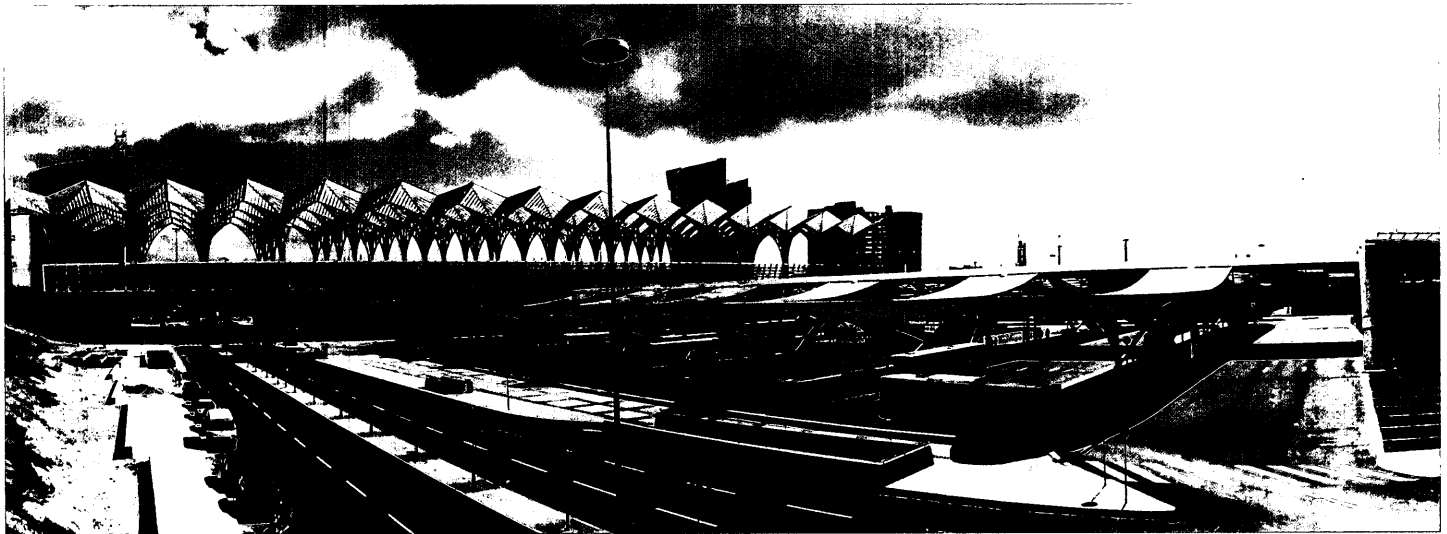
El potencial éxito de los procesos de privatización de los servicios públicos, y en particular, el de aquellos relacionados con las infraestructuras, dependerá esencialmente –como es lógico– de la concurrencia de voluntades políticas en todos los niveles de las administraciones públicas. Pero para que dicha concurrencia sea efectiva han de darse tres condiciones básicas. La primera, la de existencia de un sistema financiero privado que no sólo sea solvente, sino que se vea estimulado a participar en este tipo de procesos. La segunda, la de capacidad de nuestros grupos empresariales para asumir los riesgos de promover, diseñar, construir y operar los servicios correspondientes (16). Y la tercera, la de desarrollar un adecuado sistema regulatorio.

Las dos primeras condiciones, afortunadamente, se cumplen en gran medida entre nosotros, como lo ponen de manifiesto no sólo el desarrollo interno, sino también la creciente presencia, en el ámbito internacional, de empresas concesionarias con participación española. En particular, tanto el sector de empresas constructoras como el de empresas de ingeniería (teniendo en cuenta en ambos casos, su evolución hacia los servicios) tienen cada día mayor capacidad para abordar los retos futuros.

En lo que se refiere al sistema regulatorio, aunque ha habido avances, queda aún mucho camino por recorrer. El anuncio de una Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas (17) debería suponer un primer y crucial paso en dicha dirección, sobre todo si una vez promulgada la norma legislativa, se continúa tenazmente el proceso de elaboración de reglamentos, de pliegos tipo, de instrucciones, y en general de guías y recomendaciones, o por decirlo más ampulosamente, si como consecuencia de su promulgación se produce una transformación cultural.

En efecto, conviene hablar de una cierta transformación cultural, ya que si se quiere estar en primera línea internacional en esta materia, serán necesarios cambios de actividades y talentos, así como gran capacidad de innovación y adaptación a situaciones que están demostrando un gran dinamismo (18). Dichos cambios habrán de producirse en distintos ámbitos:

- En el ámbito institucional, en la medida en que las administraciones públicas vayan dejando de ser organizaciones prestacionales (o si se quiere, prestadoras directas de servicios) para convertirse en administraciones esencialmente reguladoras (19).
- En el ámbito normativo, en tanto en cuanto será necesario desarrollar un conjunto compacto y co-



herente de normas y recomendaciones y, más en general, una doctrina de aplicación a los procesos privatizadores.

- En el ámbito empresarial, puesto que quiénes han sido actores clásicos del viejo sistema (en especial las empresas constructoras y las de ingeniería) deberán adaptarse al nuevo libreto, que va a suponer la incorporación de nuevos agentes, tales como las propias empresas promotoras de la concesión, las empresas de financiación o de seguros, así como las de conservación y operación de infraestructuras y servicios.
- En el ámbito académico, en la medida en que en determinados entornos, y concretamente en el de la técnica y las ingenierías (20), será necesario incorporar disciplinas que completen el tipo de formación tradicional.
- Y finalmente, por qué no decirlo, en el ámbito político, ya que la interlocución con los ciudadanos como contribuyentes, que normalmente sólo se solda en procesos electorales periódicos, pasará a ser la interlocución con los ciudadanos como usuarios, lo que conllevará una verificación continua y más intensa de la calidad con que se desarrolle la función dirigente.

Solamente una buena regulación puede garantizar que las privatizaciones se corresponden con la idea de liberalización y, consecuentemente, con los objetivos de modernización

Nos encontramos pues, en este principio de siglo, en un momento apasionante. Después de una larga época en la que el intervencionismo público ha sido dominante (obligado en gran parte por las crisis económicas producidas tras los conflictos bélicos) parece consolidarse un periodo de progresiva participación del sector privado en la producción de servicios relacionados con las grandes infraestructuras y las necesidades locales.

De ser ello así, es probable que las corrientes ideológicas tradicionales –lo que convencionalmente se ha denominado derecha e izquierda– tiendan a debatir, no tanto la necesidad de la citada participación, sino esencialmente los modos de desarrollarla. Consecuentemente, cabe esperar que se superen los errores del pasado, evitando los excesos que caracterizaron las liberalizaciones salvajes del siglo XIX, así como los defectos que supusieron las burocracias del siglo XX. En tal sentido, solamente una buena y renovada cultura de la regulación, puede garantizar que la privatización de los servicios públicos se corresponda unívocamente con la idea de liberalización, y que esta idea, correlativamente, se pueda asociar con los más amplios objetivos de modernización y avance social. ■

NOTAS

Nota Previa: A lo largo del artículo, se utiliza tanto el término “regulador” como el de “regulatorio”, en línea con las prácticas internacionales de los países de habla hispana.

–(1) El concepto de servicio público ha sido objeto de intensos y enconados debates. Para una línea de pensamiento, el interés general obligaría a la prestación del servicio por las propias administraciones, y solamente en casos muy espe-

ciales se debería abdicar de estas obligaciones comunitarias (como se ha dicho “Gracias al servicio público todos los franceses pudieron conocer a Verlaine”). Para otra línea de pensamiento, el servicio puede ser al público, pero no ha de estar necesariamente prestado por el sector público, de modo que no habría reserva de titularidad sino simplemente obligaciones de servicio universal que habría de prestar el concesionario. Entre ambas líneas de pensamiento se sitúa el intento de síntesis, que viene a admitir e impulsar las pri-

vatizaciones de los servicios públicos, siempre que, a través de una correcta regulación, se garantice la competencia y la equidad.

–(2) Los propios debates sobre intervencionismo han ido cambiando a medida que en muchos países se han ido alcanzando los grandes objetivos de estabilidad macroeconómica y se ha avanzado en las reformas tributarias.

–(3) La legislación de régimen local determina, por una parte, lo que son las competencias municipales en materias concretas (seguridad en luga-

res públicos, ordenación del tráfico, suministro de agua, etc), y por otra, los servicios que en todo caso deberán prestarse (alumbrado público, recogida de residuos, alcantarillado, etc). De modo similar la legislación específica los servicios que se consideran reservados a las entidades locales (abastecimiento y depuración, recogida de residuos, etc)

-(4) En los costes de transacción se incluyen aquellos en que incurre un sistema social determinado, con objeto de producir y manejar la información necesaria para su economía, y en general, poner al alcance de los agentes sociales los bienes y servicios que se intercambian. Son costes asociados al nivel de desarrollo institucional, organizativo y tecnológico de una sociedad dada.

-(5) La regulación no se justifica solamente por razones económicas derivadas de lo que la teoría denomina fallos del mercado. Además del caso de los monopolios naturales, hay muchos supuestos en que hay deficiencias institucionales que aconsejan una intensa actividad reguladora. También la regulación puede ser recomendable en aquellas situaciones en que el sector público ejerza funciones de fomento, acercando la oferta a la demanda mediante aportaciones públicas para operaciones en mercados abiertos, o simplemente porque resulte conveniente estimular la innovación en determinados sectores económicos.

-(6) Es decir, habría que seguir regulando todo aquello que no se pueda realmente desregular.

-(7) Esta estricta asociación de la idea de concesión a la categoría de obra pública puede producir efectos perversos. Así, por ejemplo, nuestra legislación de contratos administrativos ha determinado que los contratos de concesión de obra se regulen por las normas de los contratos de obras, lo que lleva a la absurda situación de que se viniera exigiendo tener la clasificación de contratista para ser concesionario. Afortunadamente, los órganos consultivos han flexibilizado la interpretación. Lo lógico es que quien haya de construir una determinada obra tenga la clasificación adecuada, pero no es necesario en absoluto que la tenga el concesionario, para quien la concesión es por encima de todo un negocio financiero.

-(8) Fiscalización, inspección, vigilancia y control son, detalladamente, los términos más representativos de la función reguladora.

-(9) En el modelo convencional de producción de infraestructuras, vía presupuesto público, los agentes principales son la administración, las empresas de ingeniería y las empresas constructoras, y al fondo los contribuyentes. En el modelo concesional, además de incorporarse otros acto-

res, como el concesionario –que puede coincidir o no con la empresa ejecutora de la obra–, el financiador, el operador o el asegurador, están, en vez de los contribuyentes, los usuarios, que además de estar más próximos, pueden colaborar a garantizar el buen fin de la concesión.

-(10) Las controversias sobre el concepto de equilibrio financiero tienen mucho de artificial, sobre todo cuando se desarrollan exclusivamente en términos jurídicos. No basta, para cada caso concreto, con enunciar el principio contenido en las normas generales, sino que es necesaria una formulación específica que contemple las actuaciones ante los riesgos previstos, los previsibles y los imprevisibles. De hecho esta formulación se convierte al final en un ejercicio técnico de modelización que puede llegar a ser matemáticamente muy complejo. Con todo, la interpretación más elemental –y al final la más potente– es que tan carente de sentido es que un mal concesionario acabe obteniendo grandes beneficios como consecuencia de un buen contrato (que, evidentemente, tratará de sacralizar), como que un buen concesionario obtenga pérdidas como consecuencia de un contrato que demuestra ser inadecuado. En este sentido el principio de riesgo y ventura pierde su razón de ser en beneficio del principio de garantía de una buena prestación mediante la justa y adecuada compensación a la calidad de la gestión del concesionario.

-(11) En otros países existen instituciones y organismos de esta naturaleza desde hace muchos años. Es el caso, por ejemplo, de las Independent Regulatory Comissions norteamericanas, o de la Ofwat y Offer británicas para el abastecimiento de agua y energía, respectivamente, y muchas más que han proliferado en países iberoamericanos impulsadas por los organismos financiadores multilaterales como el Banco Mundial o el BID.

-(12) En efecto, también se pueden citar el denominado modelo californiano (tan debatido recientemente con motivo de las restricciones eléctricas), el modelo chileno, el modelo argentino y otros muchos.

-(13) En esta cuestión también hay grandes debates. En el caso español, afortunadamente, la última renovación legislativa (Ley 25/98 de Tasas y Precios Públicos) ha venido a aclarar bastante las cosas.

-(14) La sobrevaloración artificial de los costes de las obras es uno de los riesgos mayores y más característicos de los procesos concesionales. En tal sentido, entre nosotros, las grandes corporaciones empresariales están tendiendo a separar las líneas del negocio concesional de las del negocio derivado de la construcción, lo cual resulta muy positivo para atenuarlo. Con todo, en la me-

da en que no deja de existir dicho riesgo, puede resultar conveniente la incorporación de empresas de ingeniería independientes y especializadas que además de desarrollar la oportuna asistencia técnica a las administraciones públicas, para realizar el control cuantitativo y cualitativo de las obras, puedan colaborar a verificar la pertinencia de los costes de los proyectos y, sobre todo, de las liquidaciones de las obras.

-(15) En algunas administraciones, y en particular en convocatorias municipales de concursos concesionales (en materia de aguas y basuras) se ha vivido la experiencia de que uno de los criterios esenciales para adjudicación era un canon inicial que, como compensación general, debería aportar el concursante. Sin entrar en su calificación jurídica, debería huirse de la incorporación de estos cánones iniciales, en la medida en que lo que se está promoviendo muchas veces es una carga económica o hipoteca injustificada, que grava ya en origen la operación concesional.

-(16) En el ámbito internacional, en vez de nuestro término genérico de concesión, se viene utilizando un mar de siglas (BOT, DBOT, DBFO, etc). Nuestra simplificación puede ser conveniente en términos coloquiales, pero es mucho más imprecisa que la denominación específica que se viene usando en los mercados internacionales, donde en cada caso se detallan de antemano los distintos papeles (diseño, financiación, operación, etc) que se espera del concesionario.

-(17) Sin entrar en críticas, positivas o negativas, del anteproyecto que se conoció en julio de 2001, parece que hubiera sido mejor que la norma se hubiera referido a los servicios públicos y no a las obras públicas.

-(18) Puede decirse, en general, que los procesos de privatización tienden a ser mucho más complejos de lo que los responsables piensan inicialmente. Por otra parte, es necesario subrayar que el dinamismo es tan fuerte, que no puede llegar a hablarse aún de una teoría general sobre las cuestiones concesionales, y menos de una teoría general de la regulación, sino más bien de un conjunto de experiencias muy variadas de las que hay que derivar los mejores criterios para actuar en cada caso.

-(19) Las administraciones públicas, en todos los países occidentales, se encuentran en una fase de concentración en funciones esenciales, entre las que se encuentran, por ejemplo, la planificación, la seguridad o la justicia, y desde luego la regulación.

-(20) En particular, en la formación básica de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (tan directamente relacionados con las infraestructuras) no se incluyen prácticamente este tipo de materias.