

ESTUDIOS DE PROGRESO

LA LIBERALIZACIÓN  
DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS  
ECONÓMICO GENERAL:  
UN MODELO PROGRESISTA  
DENTRO Y PARA EUROPA

Madrid, febrero de 2002

PRESENTACIÓN

3

LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS  
DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL: UN MODELO PROGRESISTA  
DENTRO Y PARA EUROPA

4

BIBLIOGRAFÍA

28

## PRESENTACIÓN

“Europa: seis propuestas de progreso”

Publicamos en este documento de trabajo de la Fundación Alternativas el segundo de una serie de análisis realizados por el “Grupo de Estudios Europeos” del Programa Estudios de Progreso de esta Fundación que, bajo la coordinación de Antonio Estella de Noriega (profesor de Derecho Administrativo y Comunitario de la Universidad Carlos III de Madrid), se han desarrollado a lo largo de los años 2000/2001. El propósito de estos estudios es, como su propio nombre indica, el de formular propuestas en una serie de ámbitos (desde la justicia hasta la liberalización económica) que, por una parte, pudieran llegar a formar parte de una “agenda” de progreso, y que, por otra, pongan en cuestión la idea de consenso que existe en política europea en nuestro país.

El plan de publicación será el siguiente:

Documento de trabajo nº 3: “*La armonización del impuesto sobre la renta de las personas físicas en el marco del debate federalista*” Violeta Ruiz Almendral (Universidad Carlos III de Madrid)

Documento de trabajo nº 4: “*La Constitución Europea y la Carta de Derechos Fundamentales*”. Dra. Maria Luisa Fdez. Esteban (Comisión Europea)

Documento de trabajo nº 5: “*España 2006: un proyecto en Europa, un proyecto para Europa*” Dr. José Ignacio Torreblanca (UNED)

Documento de trabajo nº 6: “*Un análisis político de la opinión pública española ante la integración europea*” Dr. Ignacio Sánchez-Cuenca (Fundación Juan March).

## LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL: UN MODELO PROGRESISTA DENTRO Y PARA EUROPA.

Dr. Leonor Moral Soriano

### 1. Introducción

¿Cuál debe ser la posición de la izquierda ante la política de defensa de la competencia? Las razones para defender la competencia no son ni de derechas ni de izquierdas, igual que quien se opone a la competencia lo puede hacer porque es de derechas (y quiere proteger a las empresas privadas incluso si sus prácticas son abusivas) o porque es de izquierdas (y aún defiende la planificación económica). La pregunta no es, o no debería ser, si la izquierda debe o no defender la política de la competencia. Lo debe hacer, puesto que promueve el bienestar social. La pregunta acertada es qué puede aportar la izquierda a la política de la competencia. Muchos creemos que es en la izquierda donde se encuentran

los valores éticos que deben acompañar, no corregir, al capitalismo del siglo XXI: protección del más débil, cohesión social y territorial, y creación de capital humano. Como dice Amato, nutrir la economía de mercado con estos valores es elaborar su fundamento ético (Amato 1998, 149).

Para elaborar propuestas precisas a la pregunta ¿Qué puede aportar la izquierda a la política de la competencia?, analizaremos una pieza concreta de la política de la competencia: El proceso de liberalización (impulsado por la Comisión Europea) de los servicios públicos y en particular de los llamados “servicios universales de interés económico general”<sup>1</sup>. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) dice que estos servicios, son aquellos que (i) benefician a

todos los usuarios; (ii) a lo largo de todo el territorio del Estado Miembro; (iii) a tarifas uniformes; y (iv) bajo condiciones similares de calidad, indiferentemente de la situación específica o del grado de beneficio económico que se pueda obtener de cada operación individual. Servicios universales de interés económico son las denominadas *public utilities*: telecomunicaciones, energía (electricidad y gas), agua y transporte (aéreo, ferroviario y por carretera).

A estos servicios se les viene imponiendo obligaciones de servicio universal que garantizan la universalidad territorial y social del acceso a los mismos. Los servicios universales han venido siendo gestionados por monopolios públicos o por empresas públicas o privadas a las que los Estados garantizaban derechos de monopolio. La liberalización de este sector significa adaptar la gestión de los servicios universales a las reglas de la competencia. Ello exige un debate sobre la función del regulador y del mer-

cado en la provisión de servicios de interés general; los poderes de la Comisión Europea en la liberalización de los sectores públicos y los poderes de los Estados Miembros en la gestión de servicios públicos; la función de la empresa pública; la relación entre competencia y regulación; la tensión entre eficiencia del mercado y calidad de servicios. Función la que se atribuye a cada institución (Comisión, Estados Miembros, mercado, empresas, regulador y consumidores) depende del fundamento ético que se quiera dar a la política de la competencia.

## 2. De los monopolios naturales a las empresas privilegiadas

Los servicios universales venían siendo ofrecidos en forma de monopolios naturales (ya sean públicos o privados) debido a la fuerte inversión inicial requerida, los costes de instalación y mantenimiento de la red integrada de suministro, la necesidad de coordinar la actividad en todo el territorio nacional; y en algunos sectores, como el eléctrico, la fluctuación de la demanda y la imposibilidad de almacenaje de los productos, hace difícil el suministro ininterrumpido de electricidad. Estos altos costes obligaban a que fuera una única empresa pública o privada la que estableciera el sistema de distribución, y además se convirtiera en la única suministradora de

---

<sup>1</sup> A ellos hacen referencia los Artículos 16 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea. Los servicios de interés económico general habrá que distinguirlos de otros servicios universales: los servicios públicos sociales como la educación, la salud, la seguridad social, la cultura, etc.

<sup>2</sup> Asunto C-320/91 *Criminal proceedings against Paul Corbeau* (1993) ECR I-2533 (para. 15).

electricidad, gas, agua, transporte ferroviario, o teléfono. Surgen así, dos obstáculos a una gestión eficiente de los servicios públicos mencionados. En primer lugar, la gestión de la distribución y el suministro de servicios universales se concentra en una sola empresa que obtiene así una posición dominante de la que abusará para excluir cualquier competidor; en segundo lugar, la empresa actúa en régimen de monopolio lo que le permite establecer precios por encima del coste marginal, y producir en cantidades inferiores a las exigidas por la demanda en un sistema de competición perfecta<sup>3</sup>.

Sólo recientemente el argumento de los “monopolios naturales” ha sido abandonado por las empresas que proveen servicios universales. En su lugar, las empresas públicas o privadas con derechos de monopolios bus-

can una justificación en la línea de la provisión de servicios universales para su situación privilegiada en el mercado (Sauter 1998). Es decir, el Estado concede derechos exclusivos a ciertas empresas para así limitar la competitividad en un sector a fin de que la empresa privilegiada pueda ofrecer el servicio universal asignado por el Estado. Una empresa que distribuye energía eléctrica lo hará obteniendo altos beneficios en las zonas urbanas, mientras que en las zonas rurales, los costes son muy altos y no están reflejados en el precio del servicio. Para que la electricidad llegue tanto a los consumidores urbanos como a los rurales a tarifas uniformes, parte de los beneficios que la empresa obtiene en las zonas urbanas se destinan a financiar las pérdidas ocasionadas en el suministro a zonas rurales. Ésta es una práctica conocida como “subsidios cruzados (*cross-subsidiation*)”. Si el sector se abre a la competencia, entonces se produce el efecto *picking cherries*, es decir, los nuevos proveedores se concentrarán en las zonas que ofrecen altos beneficios, y no estarán interesados en el suministro a zonas rurales, o lo harán a precios elevados. Tal apertura a la competencia provocaría la quiebra de un servicio universal: la el suministro de electricidad. Para garantizar la universalidad de ciertos servicios públicos, los Estados Miembros conceden derechos exclusivos que protegen de la competencia a las empresas en-

---

<sup>3</sup> *En un sistema de competición perfecta, la cantidad producida y el precio vienen determinados por la intersección de los costes marginales, los costes totales medios y la demanda. En tal sistema (inexistente) el coste marginal es igual al coste total medio, y éste es igual al precio. Un sistema así no produce beneficios (profits) sin embargo, sí produce eficiencia en la producción puesto que los productos se obtienen al coste más bajo; y en la asignación, puesto que el coste marginal de producir una unidad más es igual al precio que los consumidores están dispuestos a pagar.*

cargadas de ofrecer un servicio universal. A cambio, éstas tienen la obligación de suministrar servicios públicos de manera universal, segura, continua, de calidad y a tarifas uniformes.

Pero aunque la justificación de las prácticas de monopolio sea distinta (de los monopolios naturales a la garantía de la universalidad de ciertos servicios públicos) en términos económicos las consecuencias son las mismas: la ineficiencia de un servicio que está cerrado a otros competidores y que opera en régimen de monopolio acarrea, evidentemente, ineficiencia, abuso de los consumidores y costes sociales<sup>4</sup>. Efectiva-

mente, el monopolista produciría menos y venderá sus productos a un precio mayor de lo que lo haría en un modelo de competencia perfecta. En concreto, en un modelo de monopolio, el monopolista expandirá su producción hasta que los beneficios marginales (es decir, los beneficios que obtiene de vender una unidad más de un producto) sean iguales a los costes marginales (es decir, los costes de producir una unidad más)<sup>5</sup>. Por el contrario, en un modelo de competencia perfecta que está abierto a nuevas entradas en el mercado (competidores), el precio de un producto es igual a

---

<sup>4</sup> Estos costes sociales son mayores si se piensa, como indica Amato (1998, 74) que las empresas públicas fueron utilizadas con fines electoralistas: con la contratación (innecesaria) de personal se quería garantizar el voto de los ciudadanos; desafortunadamente, la reducción del desempleo tenía un reflejo en las tarifas que los consumidores debíamos pagar (después de las elecciones) y en la ineficiencia del servicio. Amato ejemplifica esta ineficiencia con el servicio de correos italiano. La Posta Italiana convocaba ofertas de empleo en el norte de Italia, donde eran contratados empleados provenientes del sur, puesto que es allí donde se concentra la demanda de empleo público. Estos trabajadores, después de pocos meses solicitaban ser trasladados al sur, de manera que las casi va-

*cias oficinas de correos del norte contrastaban con las muy concurridas del sur. Este desequilibrio daba lugar a la grotesca situación de que una carta escrita en Milán y dirigida a una dirección de la misma ciudad no podía ser clasificada y distribuida en Milán por falta de personal, así que la carta era enviada a Palermo en avión para clasificarla, y después enviarla en avión de nuevo a Milán (Amato 1998, 75).*

<sup>5</sup> Digamos que este punto es  $C_m$ . Si el monopolista quisiera producir una cantidad  $C_{m+1}$  entonces los beneficios que obtiene por la venta de esta unidad extra serían inferiores a los costes de producirla. Si por el contrario, el monopolista produjera  $C_{m-1}$  sus beneficios marginales serían superiores a sus costes marginales, pero sus beneficios medios serían inferiores a los que hubiera obtenido de producir una unidad más.

los costes marginales y a los costes medios<sup>6</sup>. Si se compara estos dos modelos, como lo hizo la teoría económica de principios del siglo XX, se llega a la conclusión de que el monopolista no consigue maximizar el bienestar de los consumidores ya que produce menos y a un precio superior al de valoración de los consumidores por esa producción. Es decir, el modelo de monopolio causa una pérdida de bienestar social, y el aumento de la producción a precios inferiores –si el mercado funcionara eficientemente– se traduce en una mejora de este bienestar social.

---

<sup>6</sup> *Efectivamente, si un productor vende su producto a un precio superior a los costes marginales (es decir, a lo que cuesta producir una unidad más del mismo producto) o a los costes medios (es decir, los costes divididos por la cantidad de productos) entonces se producirían en el mercado nuevas entradas que venderían sus productos a un precio inferior: el de los costes marginales y los costes medios. Además, si un productor vende su producto por debajo de los costes marginales y los costes medios, entonces está vendiendo a pérdida y no sobreviviría por mucho tiempo en el mercado. Otra característica del modelo de competencia perfecta, es que ninguna firma obtiene beneficios, ya que ni vender por encima del coste marginal y del coste medio, ni vender por debajo de estos costes es eficiente.*

El proceso de liberalización o desregulación de los servicios universales<sup>7</sup>, puesto en marcha por la Unión Europea y apadrinado por la Comisión, ha servido para mejorar el bienestar social, en tanto que ha perseguido que el mercado funcione eficientemente. A los dos mayores obstáculos a la eficiencia que presentan los sectores de los servicios universales, (la concentración de distribución y suministro y la gestión en régimen de monopolio) la Comisión ofrece dos soluciones. La primera es la separación de funciones: la empresa que gestiona la red de distribución no puede ser la misma que la que provee el servicio. La segunda solución es la gradual apertura al mercado de los sectores de los servicios universales, de manera que exista competencia en la *provisión* de estos servicios.

---

<sup>7</sup> *La desregulación de los servicios universales está fuertemente basada en la convicción de que el mercado ofrece soluciones más eficientes que las del regulador (ya sea nacional o europeo), de manera que serán las reglas del mercado, y no las normas jurídicas las que regulen los servicios públicos. Paradójicamente, y para desregular los servicios públicos fuertemente “regulados”, ha tenido lugar un proceso de re-regulación o neo-regulación que algunos autores esgrimen para criticar el modelo de liberalización adoptado por la Comisión Europea (Ulsher 1994).*

Ciertamente, la Comisión ha concebido el proceso de liberalización o desregulación de los servicios universales como parte del programa de apertura a la competencia y de unidad del mercado europeo establecido en los Tratados. Ideológicamente no se trata de un proceso neutral, porque lo que la Comisión viene defendiendo y lo que se recoge en el Tratado de Roma es una clara defensa del mercado (unidad y competencia) y de los valores de mercado como eje del proyecto europeo. Sin embargo, el Tratado de Amsterdam y la última jurisprudencia del TJCE, como más adelante se verá, aporta un talante más social al introducir valores no de mercado en el proceso de liberalización de los servicios universales. Ya no basta con dejar que las reglas del mercado regulen, ahora es necesario acompañar éstas por políticas sociales que ya sí tienen cabida en el proyecto europeo.

La liberalización de los servicios universales apadrinado por la Comisión ha tenido un desarrollo desigual. La liberalización de las telecomunicaciones es la más adelantada, facilitada, sin duda por los adelantos tecnológicos. Dos instrumentos jurídicos han sido utilizados para llevar a cabo la liberalización de este sector: de un lado las directivas de la Comisión fundadas en el Artículo 86.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (el Tratado en adelante) para apertura del sector a las reglas de la competencia, y de

otro, las Directivas del Consejo fundadas en el Artículo 95 del Tratado para la armonización de las normas técnicas. En el sector postal, los progresos de la liberalización han sido más lentos. En 1997 el Consejo y el Parlamento votaron la Directiva 97/67 sobre las reglas comunes para la creación del mercado interior de los servicios de correos. La Directiva tiene su fundamento en el Artículo 95 del Tratado, sin que por el momento la Comisión haya hecho uso de los poderes legislativos otorgados por el Artículo 86.3 del Tratado. En el sector de la energía eléctrica, la Comisión se muestra satisfecha de que la mayoría de los Estados Miembros hayan abierto a la competencia más del 26,5% del mercado exigido por la Directiva (España ha abierto el 30% del mercado eléctrico, mientras que Gran Bretaña y Alemania han abierto el 100%). La aplicación de directiva para la liberalización del gas de 1998, en la que se aplica un modelo similar al de la electricidad –apertura gradual del mercado– empezó a ser evaluada en Agosto del 2000. La liberalización del transporte fue la primera en iniciarse, debido a su consideración como política autónoma por el mismo Tratado Europeo. Sin embargo, el proceso de apertura a la competencia y la eliminación de los monopolios públicos ha tenido un desarrollo discontinuo y diferente en distintos sectores. Por ejemplo, mientras que la liberalización de los servicios portuarios se encuentra avanzada, gracias a las decisiones



del TJCE que sanciona el abuso de posición dominante, la liberalización del transporte ferroviario es el más retrasado dado que los problemas de infraestructura y las obligaciones impuestas para la provisión de servicios de interés económico general imponen grandes cargas económicas.

### 3. ¿Qué significa liberalizar?

El sector de los servicios universales viene siendo gestionado por monopolios públicos o por empresas públicas o privadas a las que los Estados garantizan derechos de monopolio. Estos derechos tienen como finalidad limitar la competencia en un sector a fin de garantizar la universalidad en la provisión de ciertos servicios públicos.

Las empresas privilegiadas son el instrumento utilizado por los Estados Miembros para garantizar la provisión de los servicios universales. Es importante subrayar que el modelo de liberalización diseñado por el Tratado y apadrinado por la Comisión no exige la eliminación de las empresas públicas, ni la de los monopolios públicos, ni la de empresas con derechos de monopolio. Todas ellas son perfectamente compatibles con el derecho europeo:

- En el asunto *Francia Comisión*<sup>8</sup>, el TJCE de-

claró que los Estados Miembros pueden utilizar ciertas empresas, y en concreto las del sector público, como instrumento de política económica o fiscal (para 12).

- Respecto a los monopolios públicos, el Artículo 31.1 del Tratado establece que los Estados Miembros deberán ajustar sus monopolios al principio de no-discriminación entre nacionales de otros Estados Miembros, en lo relativo a la provisión y venta de productos. La idea básica que subyace en esta disposición es que los monopolios públicos son compatibles con el derecho europeo. Ahora bien, para evitar que los Estados Miembros usen sus monopolios con fines proteccionistas, el Tratado establece un límite a su legalidad: la discriminación. Se crea así un límite a la discrecionalidad de los Estados Miembros, si bien su justificación está más relacionada con la política de mercado único, que con la política de libre competencia.
- Finalmente, las empresas con derechos de monopolios, también llamadas empresas privilegiadas ya que los Estados Miembros les han garantizado un derecho especial o exclusivo, son así mismo compatibles con el derecho europeo: el Artículo 86.1 establece que en el caso de las empresas públicas y empresas privilegiadas, los Estados Miembros se abstendrán de emitir o mantener en vigor cualquier medida contraria a las reglas contenidas en el Tratado y en particular las reglas de la competencia.

---

<sup>8</sup> *Asunto C-202/88 Francia v Comisión (1990) ECR I-1223.*

Sostener que es de derechas abogar por la privatización de las empresas públicas y la eliminación de las empresas con derechos de monopolio, mientras que es de izquierdas defender la existencia de tales empresas, es perder el norte en el debate sobre la liberalización de los servicios universales. Más que privatizar o eliminar empresas privilegiadas y que sean las reglas del mercado las que regulen su actividad, liberalizar los servicios universales significa adaptar las empresas (ya sean públicas o privadas con derechos exclusivos) a las reglas europeas de la competencia, y en concreto a las reglas contenidas en los Artículos 81 (libre competencia) y 82 (prohibición de abuso de posición dominante) del Tratado. Es en el *cómo* se adaptan las empresas públicas y privilegiadas a las reglas de la competencia donde se encuentra el núcleo del debate político.

#### 4. Control de las empresas privilegiadas

El derecho europeo ofrece instrumentos de control de las empresas públicas y privilegiadas, es decir, instrumentos correctivos de aquellas actividades que son contrarias al derecho de la competencia europea. No ofrece, sin embargo, un modelo de adaptación de los servicios universales a las reglas de la competencia.

Uno de los instrumentos de control más potentes con los que cuenta la Comisión son los poderes legislativos atribuidos por el Tratado en su Artículo 86.3: la Comisión podrá emitir directivas dirigidas a los Estados Miembros que incumplan su obligación de adaptar las empresas privilegiadas a las reglas de la competencia. Este instrumento fue el utilizado por la Comisión para impulsar la liberalización de las telecomunicaciones. Se trata de la Directiva 88/301/EEC de 16 de Mayo de 1988 con la que la Comisión quería acabar con los derechos especiales y exclusivos que los Estados Miembros atribuían a compañías privilegiadas en el sector de la telefonía. No es un instrumento aceptado por los Estados Miembros, quienes impugnan el fundamento jurídico de las directivas así elaboradas. De hecho, Francia, apoyada por otros Estados Miembros (Italia, Bélgica, Alemania y Grecia) impugnaron la mencionada directiva. Francia argumentó que los poderes legislativos del Artículo 86.3 no pueden ser utilizados como alternativa a la acción por incumplimiento de las obligaciones del Tratado. El argumento de Francia es coherente: si un país miembro incumple sus obligaciones, y en concreto las establecidas en el Artículo 86.1, será la acción judicial ante el TJCE (no una Directiva) el instrumento adecuado de supervisión de las actividades de los Estados Miembros. El TJCE, sin embargo, consideró que el Artículo 86 impone a la Co-

misión el deber de supervisar las medidas que los Estados Miembros adoptan relacionadas con sus empresas privilegiadas; este deber puede, si fuera necesario, ser ejercido mediante la adopción de directivas (*Francia v Comisión* para 24). Para que sean válidas, su contenido deberá estar enunciado en términos generales, y deberá abstenerse de señalar si determinados Estados Miembros han incumplido el Tratado.

En el sector de la electricidad, y dada la lentitud de las negociaciones, la Comisión utilizó un instrumento distinto para controlar las actividades de las empresas que ofrecían este servicio universal, y para impulsar la liberalización del sector. Se trata de la acción judicial por violación del derecho europeo de libre circulación de mercancías. En los casos de las eléctricas<sup>9</sup>, la Comisión dirigió su acción a los Países Bajos, Italia y Francia que habían concedido derechos exclusivos de importación y exportación de energía eléctrica y gas. La Comisión argumentó que tales derechos eran contrarios al libre mercado, y en particular al Artículo 31.1 del Tratado puesto que, según la doctrina estableci-

---

<sup>9</sup> *Asunto C-157/94 Commission v Kingdom of the Netherlands* (1997) ECR I-5699; *asunto C-159/94 Commission v French Republic* (1997) ECR I-5815; *asunto C-158/94 Commission v Italian Republic* (1997) ECR I-5789.

da por el TJCE en el asunto *Manghera*<sup>10</sup>: los derechos exclusivos de importación dan lugar a la discriminación prohibida en el Artículo 31.1 del Tratado, puesto que los operadores económicos o los vendedores de otros Estados Miembros carecen de la posibilidad de ofrecer sus productos a los consumidores de su elección en el Estado Miembro donde el derecho exclusivo ha sido concedido (para 15 y 23).

El último instrumento que ofrece el derecho europeo para controlar las actividades de las empresas privilegiadas es el efecto directo de las prohibiciones de los Artículos 81 (prohibición de distorsión de la competencia) y 82 (prohibición de abuso de posición dominante) en el marco del Artículo 86<sup>11</sup>, de manera que aunque las prohibiciones de los Artículos 81 y 82 estén dirigidas a empresas privadas, y por lo tanto no tienen efectos di-

---

<sup>10</sup> *En el caso Manghera (asunto 59-75 Pubblico Ministero v. Flavia Manghera and others* (1976) ECR 91) se evaluó la validez de un monopolio de importación de tabaco manufacturado que fue creado por la ley italiana. El TJCE estableció que los derechos exclusivos de importación de productos manufacturados –y la prohibición de importar esos productos por empresas distintas a la privilegiada– es una discriminación prohibida en los Artículos 31.1 (para 12).

<sup>11</sup> Así lo ha declarado el TJCE en el asunto 155/73 *Giuseppe Sacchi* (1974) ECR 409.

rectos, si se leen conjuntamente con las obligaciones que el Tratado impone a los Estados Miembros, entonces sí confieren derechos que deben ser protegidos por jueces y tribunales nacionales. La teoría del efecto directo confiere, de un lado, obligaciones que son de aplicación directa a sus destinatarios, y de otra confiere derechos a las partes para protegerse ante el incumplimiento de las obligaciones comunitarias. La protección de estos derechos será tarea de los tribunales nacionales que deberán determinar en cada caso si las empresas privilegiadas y los Estados Miembros han violado, con sus prácticas y sus regulaciones, las reglas de la competencia. Es este instrumento del efecto directo el más utilizado para controlar la actividad de las empresas privilegiadas. La mayoría de los casos que resuelve el TJCE en los que se cuestiona la legalidad de empresas privilegiadas llegan por la vía de la cuestión preliminar (Artículo 234). Se trata de casos en los que empresas que quieren competir en el sector de los servicios universales no tienen acceso al mercado debido a los derechos de monopolio que los Estados Miembros han concedido a los *incumbents*; o bien empresas que compiten en el sector pero que sufren las prácticas abusivas del *incumbent* que ha obtenido una posición dominante.

El control judicial de las actividades de las empresas privilegiadas ha sido aplicado con

especial severidad por el TJCE. Ya se ha mencionado que en el caso *Manghera* el TJCE estableció que la mera concesión de derechos exclusivos de importación y exportación da lugar a prácticas discriminatorias prohibidas por el Artículo 31.1 del Tratado, de manera que aunque reconocidas por el derecho europeo, las empresas con derechos de monopolio parecen ser contrarias al derecho europeo, y en concreto al libre mercado.

Por lo que se refiere a la prohibición de obstaculizar, restringir o distorsionar la competencia del Artículo 81 del Tratado, el TJCE no tiene empacho en aceptar lo obvio: que la misma concesión de derechos especiales o exclusivos es una práctica que persigue la restricción de la competencia a fin de garantizar que la comunicación telefónica, el suministro de energía y agua, o la distribución del correo llegue a todos los consumidores y a tarifas uniformes.

Finalmente, el TJCE ha interpretado estrictamente cuando una empresa privilegiada está abusando de su posición dominante. En el asunto *Höfner* el TJCE declaró que un Estado Miembro viola las prohibiciones contenidas en los Artículos 82 y 86.1 cuando la empresa privilegiada, por el simple hecho de ejercer los derechos exclusivos o especiales, no puede evitar abusar de su posición dominante (para 29). Más aún, al final de la decisión *Höfner* el TJCE declara que es suficiente con establecer que la conducta de la empresa pri-

vilegiada es capaz de afectar el libre mercado entre los Estados Miembros (para 32), sin necesidad de probar que de hecho tal efecto se ha producido. La interpretación de los Artículos 82 y 86.1 está sustentada en una serie de presunciones que han erosionado los poderes discrecionales que los Estados Miembros tienen a la hora de regular los sectores de los servicios universales: en primer lugar, el TJCE presume que la concesión de derechos especiales o privilegiados genera una posición dominante; en segundo lugar, también presume que la mera existencia de una posición dominante induce a la empresa privilegiada al abuso; y en tercer lugar, es suficiente con indicar que la posición dominante puede afectar el comercio entre los Estados Miembros.

#### 5. Protección de la empresa privilegiada

¿Podemos concluir que, según el derecho europeo, la liberación de los servicios universales exige la eliminación de la intervención estatal? ¿Es el modelo de liberalización de los servicios universales apadrinado por el derecho europeo uno que excluye el intervencionismo? Estas preguntas tienen una respuesta negativa. Ciertamente el TJCE se ha mostrado estricto al interpretar cuando la intervención de los Estados Miembros en la prestación de servicios universales viola las

reglas de la competencia y las del libre mercado. Sin embargo, en su jurisprudencia se aprecia un trato de deferencia hacia este intervencionismo y prácticas anti-competitivas que el TJCE ha justificado cuando se trata de ofrecer servicios de interés económico general.

El derecho europeo y la jurisprudencia del TJCE no se limitan a los *efectos* anti-competitivos del intervencionismo estatal; también evalúan las causas, la *justificación*, de tal intervencionismo: la prestación de servicios de interés económico general. En este sentido, el derecho europeo protege las empresas públicas y las empresas privilegiadas; es decir, protege la intervención anti-competitiva de los Estados Miembros, si ésta garantiza la prestación de servicios de interés económico general.

El primer instrumento de protección de la empresa privilegiada, es la cláusula derogatoria del Artículo 86.2 del Tratado denominada la excepción de la misión pública. Según ésta, las empresas encargadas de un servicio de interés económico general estarán exentas de cumplir con las obligaciones establecidas por las reglas de la competencia cuando la aplicación de las mismas obstaculice la provisión del servicio. El comercio entre Estados Miembros no deberá en ningún caso resultar afectado de manera que sea incompatible con los intereses de la Comunidad. Ante el conflicto entre el derecho de la competencia y servi-

cios universales, el derecho europeo ofrece una especie de regla de razón (*rule of reason*) de manera que las prácticas anti-competitivas de las empresas privilegiadas son contrarias al derecho comunitario salvo que una razón justifique su violación. Esta razón son los servicios de interés económico general que según el Tratado son uno de los valores compartidos por la Unión además de un instrumento para la cohesión social y territorial (Art. 16 del Tratado).

Si bien inicialmente el TJCE aplicó de manera estricta la derogación del Artículo 86.2, esta práctica fue invertida a principios de los años '90 con el asunto *Corbeau* dando lugar a una jurisprudencia más centrada en las razones que justifican las prácticas anti-competitivas que en la sanción de los efectos anti-competitivos. En algunos de los casos más recientes relativos a la aplicación del Artículo 86.2 el TJCE ha adoptado una posición deferente a la intervención del Estado, defendiendo las empresas privilegiadas y subordinando sus prácticas anti-competitivas y contrarias al libre mercado a la provisión de un servicio de interés económico general.

El segundo instrumento, más novedoso, de protección de la empresa privilegiada es el Artículo 16 del Tratado introducido por el Tratado de Amsterdam. "Sin perjuicio de lo establecido en los Artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés

económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados Miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a los principios y las condiciones que les permitan cumplir su cometido". Esta disposición parece ambiciosa en su redacción y modesta en sus logros. Aún es pronto para evaluar su efecto en la interpretación del derecho europeo de la competencia. Sin embargo, algunos de sus efectos inmediatos no son de despreciar. En primer lugar, el Artículo 16 del Tratado recoge lo que el Artículo 86.2 mencionaba como cláusula derogativa y lo eleva a principio del Tratado: el valor (no de mercado) universal de los servicios públicos. En segundo lugar, el Artículo 16 no atribuye ni a los Estados Miembros ni a la Comunidad la exclusividad en la provisión de servicios de interés económico general, de manera que se establece un modelo horizontal de elaboración de políticas en el que tanto los Estados Miembros como la Comunidad Europea persiguen valores de mercado (la competencia) y no de mercado (la universalidad de los servicios públicos). Finalmente, el Artículo 16 hace una lectura teleológica de los servicios universales: éstos promueven la cohesión social y territorial. Esta declaración de fines está estrecha-

mente relacionada con la evolución del concepto de universalidad de los servicios públicos. Universalidad significa que la energía eléctrica, el correo, el transporte público llegue a todas las zonas (urbanas o rurales, accesibles o remotas) a tarifas similares. Éste es el sentido *territorial* de la universalidad. Existe también un sentido social de universalidad (Sauter 1998) según el cual, los servicios públicos deben llegar todos los ciudadanos, incluido los grupos menos favorecidos de la sociedad, ya lo sean por motivos económicos, raciales, o por incapacidades físicas (telecomunicación adaptada a personas sordas o ciegas; transportes adaptados a personas con minusvalías físicas). Lograr la universalidad territorial y la universalidad social de los servicios públicos, significa lograr la cohesión territorial y social de la que habla el Tratado de Europa.

La aplicación de la cláusula derogativa del Artículo 86.2 y la introducción del Artículo 16 por el Tratado de Amsterdam parecen indicar que el modelo de liberalización de los servicios universales que tiene cabida en el derecho europeo está caracterizado por la tensión entre la defensa de la competencia y la defensa de la regulación de los Estados Miembros (a la que podría sumarse la de la Comunidad). Ni el TJCE ni el derecho europeo ofrecen un criterio para determinar cuando las razones de mercado tienen prioridad sobre las razones no de mercado; lo

que sí establecen es que tanto razones de mercado como razones no de mercado deben ser consideradas en la liberalización de los servicios universales, es decir, en el proceso de adaptación de tales servicios a las reglas de la competencia.

Que el TJCE sostiene un modelo de liberalización en el que la regulación del mercado por los Estados Miembros es un elemento crucial, es patente en su decisión *Höfner*: a los Estados Miembros no se les puede impedir que cuando definan los servicios de interés económico general que se asignan a determinadas empresas, tomen en cuenta los objetivos de su política nacional, o procurar su consecución mediante las obligaciones y restricciones que imponen a tales empresas. Además, en el asunto *Almelo* el TJCE declaró que a fin de determinar si ciertas restricciones en la competencia son necesarias para la provisión de un servicio universal (el eléctrico) se debía tener en cuenta la legislación nacional, y en concreto la de protección ambiental. Con ello se defiende la regulación por el Estado de los servicios universales frente a la libre competencia.

No es ni de izquierdas ni de derechas abogar por la liberalización de los servicios universales porque la liberalización promueve el bienestar social y sobre éste nadie tiene la exclusiva. Tampoco es de izquierdas ni de derechas abogar por la eliminación de las empresas privilegiadas encargadas de proveer ser-

vicios universales, porque el derecho comunitario las reconoce y las protege como instrumento para la provisión de servicios de interés económico general. No es ni de izquierdas ni de derechas reclamar que en la regulación de los servicios universales los Estados Miembros pueden tomar en cuenta y promover la consecución de valores no de mercado porque liberalizar no significa otorgar prioridad sobre unos valores en detrimento de los otros.

Liberalizar los servicios universales es encontrar un compromiso entre un servicio eficiente y un servicio que llegue a todos, a lo largo del territorio del Estado Miembro, a tarifas uniformes y en condiciones de calidad similares. Los valores de solidaridad, igualdad, justicia y cohesión social y territorial que están intrínsecamente vinculados a la provisión de los servicios universales se encuentran tradicionalmente en la izquierda progresista. Es ésta la que debe ofrecer soluciones institucionales adecuadas a los fines y valores que se persiguen.

#### 6. La regulación pública. Una propuesta progresista

Una propuesta progresista debe tener su eje en la representación y defensa del interés público. El Estado tiene la responsabilidad de garantizar la provisión de los servicios públicos, y en concreto de los servicios universa-

les que lleguen a todas las zonas geográficas y a todos los grupos sociales. Es además un mandato constitucional (Malaret García 1998, 72) que tiene su fundamento en la definición de España como un Estado social (artículo 1.1 CE). Esta disposición no ofrece, ciertamente, un fundamento preciso a la intervención pública, pero sí ofrece uno de carácter general enraizado en la idea de que no existe una clara línea de separación entre el Estado y la sociedad. Desde una propuesta progresista no se puede delegar la dirección de los servicios universales al mercado: el responsable de que mi carta llegue a mi abuela que vive en un pueblecito de Andalucía es el Estado social, aunque el servicio de correos haya sido liberalizado. El Estado deberá intervenir para garantizar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente, a la vez que promueva valores éticos como la solidaridad, la cohesión social y territorial, la protección de los menos favorecidos, y la igualdad.

La intervención pública en los servicios universales también está justificada por el proceso de re-politización lanzado por el Tratado Europeo. La introducción por el Tratado de Amsterdam de la cohesión territorial y social como fines a alcanzar en la prestación de servicios universales pone fin a una etapa de despolitización del proceso de elaboración de políticas. Cuando el objetivo esencial del Tratado era el mercado único, los va-



lores de mercado tenían prioridad sobre los valores no de mercado: el modelo de regulación estatal fue substituido por el mercado iniciándose el proceso de desregulación y de despolitización. La nueva tendencia ha sido la incorporación de valores no de mercado que impulsan, no necesariamente el modelo de regulación estatal, pero sí un proceso de re-politización en el que tanto los Estados Miembros como la Comunidad Europea debe participar a fin de elaborar aquellas políticas que promuevan la cohesión y la igualdad. La liberalización de los servicios de interés económico general ofrece un claro ejemplo de la necesidad de compaginar mercado e intervencionismo, valores de mercado y valores no de mercado. Una liberalización de los servicios universales que se lleve a cabo exclusivamente según el modelo de competencia no puede sino fracasar debido, principalmente, al efecto denominado *picking cherries*: los operadores y suministradores se concentran y compiten sólo en aquellas zonas que ofrecen beneficios, abandonando las zonas y los grupos de consumidores que ofrecen menos beneficios y quebrando así la universalidad del servicio. De otro lado, dejar el control y la gestión de tales servicios en manos públicas, como ocurría hasta ahora, no genera sino ineficiencia en el mercado y pérdida de bienestar social. Liberalizar no consiste en elegir entre la pérdida de valor universal de ciertos servicios o la ineficiencia de su gestión pública. Se trata,

más bien, de ofrecer un servicio público de manera eficiente. Para ello, hay que combinar mercado e intervencionismo, y la manera más eficaz de hacerlo es entendiendo la regulación como un mecanismo que promueve tanto la eficiencia del mercado, es decir la competitividad, cuanto la calidad de los servicios universales<sup>12</sup>. En concreto, para garantizar la eficacia del servicio, a la vez que su igualdad, universalidad, continuidad y calidad será necesaria la directa intervención en cuatro áreas:

- Control de las entradas en el sector.
- Establecimiento de precios.
- Prescripción de los estándares de calidad y condiciones de servicio.
- Obligación de servir a todos los solicitantes en condiciones razonables.

No se trata exclusivamente de una intervención social que corrija el mal funcionamiento del mercado en el sector de los servicios universales estableciendo los estándares de seguridad y salud de consumidores y trabajadores del sector. Se trata también de regular económicamente a fin de crear mercado mediante el control de entradas en el sector; regular los aspectos técnicos relativos al man-

---

<sup>12</sup> El regulador emite las normas más o menos detalladas que regulan precios, calidad, entradas en el mercado y condiciones, los intereses de los proveedores del servicio y las exigencias de los consumidores.

tenimiento, ampliación y seguridad de una red de distribución; y finalmente se trata de regular la estructura administrativa, los principios y los procedimientos de la autoridad reguladora.

La Comisión Europea ha lanzado un modelo de liberalización de los servicios universales, centrado en la privatización<sup>13</sup> de los mismos; los Estados Miembros deben recibir este modelo y acompañarlo de una gestión tal en la que el principal garante de su aceptable actuación no sea la rivalidad entre competidores sino la directa intervención del Estado. Se trata, en definitiva, de reemplazar la competición por la regulación como instrumento de garantía de la calidad del servicio. Este modelo “elaborado” de liberalización de los servicios universales es el apoyado por el TJCE, que en sus últimas decisiones sobre prácticas anti-competitivas de empresas privilegiadas que prestan servicios universales, se mantiene contrario a erosionar la discrecionalidad de los Estados Miembros, y en este sentido, deja que sea la Comisión y los Estados Miembros los que, mediante el debate

---

<sup>13</sup> Cuando se habla de privatización o de propiedad privada no se quiere identificar tanto al propietario sino al régimen jurídico que se aplica: el derecho privado en oposición al derecho público o administrativo. Esto significa que el Estado puede ser el propietario (privado) de una empresa.

político, consigan un acuerdo a propósito de su regulación.

Este margen de debate político promovido, por el Tratado Europeo y que el TJCE deja intacto, hay que aprovecharlo para desde la izquierda definir el contenido de la regulación de los servicios universales. ¿La regulación debe llevarse a cabo mediante una institución independiente o debe estar integrada en el poder ejecutivo? En caso de una institución independiente ¿Debe ser controlada por el poder legislativo mediante leyes que declaren los fines a perseguir (*ex-ante*), o mediante comisiones de escrutinio (*ex-post*)? ¿Las leyes que el regulador deba poner en práctica deben ser muy detalladas? ¿Se prefiere un regulador con amplio margen de discrecionalidad? ¿Debería existir un defensor de los consumidores que controle la labor del regulador? ¿Hasta qué punto la actuación del regulador debería estar sometida a control judicial? ¿Cuál debería ser la conexión entre las autoridades reguladoras de los distintos sectores?

## 7. Auyentando fantasmas

Con la regulación de los servicios universales se persigue que el Estado deje los remos y coga el timón (Osborne y Gable 1992). Este cambio de función se debe a la distinción entre el control o dirección de los servicios universales que es responsabilidad del Estado, y la función de gestión, que es de responsabili-

dad privada. Como se trata de llevar el timón y no de remar, una propuesta desde la izquierda no debe defender por principio un fuerte intervencionismo. Además, la mayor o menor capacidad de dirección (de timón) del regulador depende de una serie de factores:

- **La flexibilidad de las estructuras a regular.** La regulación de servicios que dependen de una red de distribución fija, como el suministro eléctrico, estará sometido a una regularización más fuerte que aquellos sectores que cuentan con un network más flexible, como el de correos o el de las telecomunicaciones. En este sector, y gracias a la telefonía móvil, el modelo de competencia domina sobre el modelo de regulación.
- **La flexibilidad de la demanda.** También en el sector de las telecomunicaciones y dados los avances tecnológicos, el regulador se concibe como una institución transitoria, como la antesala a la libre competencia. En otros sectores donde la demanda es menos elástica, el regulador y autoridad de la competencia deberán convivir.
- **El número de entradas en el mercado.** En el caso de que el servicio de interés económico general sea ofrecido por una única empresa en posición dominante, la regulación será más fuerte a fin de defender la competitividad del servicio (no los competidores) y la eficacia del mercado. El modelo de regulación dependerá del diseño institucional, y éste de las opciones polí-

ticas que se adopten. Existen al menos cinco modelos de regulación, que denotan cinco opciones políticas distintas (Böllhoff, en prensa). Ninguno de ellos es perfecto, pero no se trata de elegir el modelo perfecto sino de elaborar el mejor modelo para un servicio concreto y en un Estado concreto.

- **Los ministros son el modelo más centralizado y jerárquico de regularización.** Si adoptado, la regulación de los servicios universales estará altamente determinada por la política del gobierno. Sin embargo, son instituciones donde hay continuas interferencias entre ministerios, falta expertos, y su proceso de decisión es ineficiente.
- **Las agencias ministeriales con poderes ejecutivos** (no sólo de consulta) pueden ser consideradas como la respuesta institucional a la distinción entre la función estratégica o de dirección del servicio universal, que se mantiene en manos del gobierno, y la función de gestión u operativa del mismo que viene delegada a las mencionadas agencias. Son, sin embargo, instituciones altamente influenciadas por el gobierno.
- **Las autoridades anti-competencia** (Tribunal de Defensa de la Competencia) tienen una función reguladora *ex-post* y están centradas en las prácticas anti-competitivas. La posibilidad de que también lleven a cabo funciones reguladoras, mediante la creación de departamentos específicos en

su interior, tiene la ventaja de evitar una fragmentación institucional entre las autoridades anti-competencia y las autoridades reguladoras. Se trata de instituciones independientes, que apenas mantendrían un vínculo con el gobierno, reduciendo la capacidad de dirección que el Estado tiene en la provisión de servicios universales. Es el caso del *Antitrust italiano*.

- **Las instituciones de autorregulación son un instrumento altamente vinculado con los destinatarios de la regulación: los proveedores de los servicios universales.** El Estado no está involucrado en el proceso de regulación y sólo intervine para ratificar los acuerdos a los que han llegado los agentes privados. Éste es el modelo usado en Alemania en el sector eléctrico y que ha sido fuertemente criticado por el dominio de los intereses privados sobre la provisión de servicios universales y por la falta de transparencia.
- **Finalmente, las agencias reguladoras independientes son cuerpos independientes pero supervisados por un ministro.** Éstas ofrecen una regulación *ex-ante* y sus funciones son legislativas, ejecutivas y adjudicativas. Es decir, definen las reglas a partir de las directivas generales elaboradas por el ministro; controlan y supervisan su aplicación; e imponen sanciones en caso de infracción.

Cuál de los anteriores modelos elegir, es una cuestión de diseño institucional y sobre todo es una cuestión política, que debe someterse a un debate político. Desde una posición progresista, creo que se deberá elegir aquel modelo en el que el Estado lleve el timón pero no se extenúe remando, lo que significa que la autoridad reguladora debe regular siguiendo, eso sí, las directrices marcadas ya por el Parlamento o por el Gobierno. Además de las funciones consultivas, inspectoras y arbitrales que se atribuyen a la autoridad reguladora, ésta deberá regular –legislar– un determinado sector económico a fin de garantizar las condiciones de competencia y eficacia del mercado, y la provisión del servicio universal. El modelo de regulación desde la izquierda debe ser aquel en el que los intereses públicos y privados tengan representación pero no sean confundidos, lo que significa abandonar modelos como el utilizado en Alemania para el sector eléctrico. Debe ser un modelo en el que la protección a la competencia no sea un fin en sí mismo, sino parte de una estrategia para lograr cohesión social y territorial, fin que no es el cometido del Tribunal de Defensa de la Competencia. Debe ser un modelo en el que la defensa de la competencia no se confunda con la defensa de los competidores. Finalmente, debe ser un modelo en el que los consumidores no sean tratados como sujetos pasivos sino como ciudadanos activos que ejercen su derecho a recibir servicios universales.

El modelo que mejor recoge estas aspiraciones es el de la agencia reguladora independiente. Ésta, a diferencia de los ministros, es una institución independiente que actuará de acuerdo con las directrices del gobierno pero teniendo en cuenta la eficacia del mercado y los intereses de todas las partes, incluidos los consumidores; a diferencia de las agencias ministeriales, la agencia reguladora independiente tiene poderes de regulación y no solamente consultivos y de inspección; a diferencia de los tribunales anti-competencia, la agencia reguladora independiente ofrece una regulación *ex ante*; a diferencia de la autorregulación, la agencia independiente no es una función del mercado, sino un árbitro del mercado.

De todas las instituciones de regulación mencionadas, la autoridad independiente es además afín a uno de los valores más importantes que aporta la izquierda progresista: la protección de los consumidores y la participación de los ciudadanos en el proceso de regulación. Desde una posición ideológica conservadora se ha sostenido que la competencia protege al consumidor porque éste puede elegir entre varios productos y pagar por ellos un precio inferior al que pagaría si el mercado no estuviera abierto a la competencia. Ciertamente es así: la competencia y quienes defienden la competencia consideran al consumidor como cliente. Pero al hablar de servicios universales, esta posición es insos-

tenible porque acarrea el fin de la universalidad del servicio ya que los consumidores se beneficiarían de una mayor oferta y precios más bajos si pertenecen a grupos sociales o residen en zonas que son rentables para las empresas. Desde una posición ideológica progresista hay que defender la existencia de un derecho a recibir servicios universales (por ejemplo, el derecho a recibir suministro eléctrico de manera ininterrumpida y a precios asequibles) porque son esenciales en la vida de toda persona. Esto significa tratar al consumidor no como cliente sino como ciudadano cuyos derechos deben ser protegidos y cuya participación debe ser promovida. Una autoridad reguladora independiente es la institución que mejor responde a la necesidad de hacer participar a los ciudadanos/consumidores, porque al ser concebida como un árbitro del mercado debe dar cabida a todos los intereses en juego, incluidos los derechos de los ciudadanos<sup>14</sup>. A diferencia de la agencia independiente, en los ministerios y en las agencias ministeriales los intereses de los ciudadanos aparecen subsumidos en los intereses del gobierno; en las autoridades anti-

---

<sup>14</sup> Desde Europa cada vez se refuerza más el vínculo que existe entre la provisión de servicios universales y los derechos de los ciudadanos (Comunicación de la Comisión-Servicios de interés general en Europa, COM (2000)580 final).

competencia la participación de los ciudadanos y la defensa de sus intereses aparece inscrita en la confrontación; finalmente, las formas de autorregulación están cerradas a la participación ciudadana.

## 8. Regulación en España y la posición del PP

En España existen dos autoridades reguladoras en el sector de los servicios universales: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y la Comisión Nacional de Energía (CNE) en el sector de la electricidad y del gas. Ambas son Administraciones Institucionales con personalidad jurídica y patrimonio propio, de las desaparece el principio de instrumentalidad y las técnicas de tutela (De la Cruz Ferrer 1999, 397) para así garantizar la independencia en el cumplimiento de las funciones específicas atribuidas en cada sector. Éstas son desde las que funciones ejecutivas de la CMT, a las consultivas de la CNE. Además de la independencia, la especialización es otra característica esencial de las comisiones reguladoras independientes que permite separar las cuestiones técnicas de la regulación, de los objetivos de políticas públicas que en cada sector económico se persigan (De la Cruz Ferrer 1999, 399).

Las comisiones reguladoras independientes españolas están vinculadas a un ministerio (el de Ciencia y Tecnología en el caso de la CMT

y el de Industria y Energía en el caso de la CNE) puesto que se trata de Administraciones Institucionales. Sin embargo, se ha indicado que desaparece el principio de instrumentalidad y las técnicas de tutela para garantizar la independencia de estos entes administrativos. Indica Ferrer que ello se logra especialmente impidiendo que los miembros de los órganos colegiados de dirección, que son nombrados por el gobierno, puedan ser cesados libremente (De la Cruz Ferrer 1999, 400), salvo por las causas establecidas en la ley. Sin embargo, para la OCDE existen dudas respecto a la independencia de las comisiones reguladoras españolas, que se recogen en su informe sobre la competencia en los sectores regulados del año 2000.

Por lo que se refiere a la CNE, el ministro de industria puede asistir con voz pero sin voto a las reuniones de la CNE; contra las decisiones de la comisión cabe recurso ordinario ante el propio ministro; y en la reglamentación de este cuerpo no se hace mención a la obligación de llevar a cabo las funciones asignadas con total independencia. Además, tal y como está diseñada, la CNE tiene muy mermada su capacidad reguladora ya que las tarifas son aprobadas por Orden del Ministerio de Industria y Energía; las autorizaciones las otorga también el ministro; y en general las funciones de la CNE son consultivas y no reguladoras ya que sólo dispone de las Circulares como instrumento de regulación. Por lo que re-

fiere a la CMT, el gobierno ha reducido las competencias de esta agencia reguladora en su Ley de Presupuestos para el año 2001, a pesar de las recomendaciones de la OCDE. La supervisión de los servicios universales en telefonía ha pasado de la CMT al Ministerio de Ciencia y Tecnología, de manera que si antes nuevos competidores en el mercado de las telecomunicaciones criticaban la excesiva politización de la CMT, ahora esta politización será evidente. Pero el golpe más severo que el gobierno ha dado al modelo del regulador independiente en el mercado de las telecomunicaciones ha sido en la provisión de servicios universales. En primer lugar, será el Ministerio de Ciencia y Tecnología el que determine los criterios de calidad y precio a los que debe adherirse la empresa que esté prestando el servicio universal, es decir, Telefónica hasta el año 2005. En segundo lugar, la CMT pierde a favor del Ministerio la competencia en la solución de conflictos relativos a servicios universales, lo que puede incluir conflictos relativos a las compensaciones económicas a Telefónica por la provisión del servicio universal<sup>15</sup>. El recelo del gobierno del PP para delegar la regulación de servicios universales ha desnaturalizado a la CMT y la CNE que no ejercen

---

<sup>15</sup> *El mecanismo de compensación que se creó fue un Fondo, gestionado por la CMT y regulado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.*

funciones de regulación sobre el sector a su cargo. Los argumentos son políticos –centralización de poder– y dotados de una dimensión constitucional: según el art. 97 CE el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al gobierno. Esta interpretación estricta del art. 97 CE impide un proceso de descentralización del poder ejecutivo que no sólo es posible en el marco constitucional, sino que además ha sido apoyada por el Tribunal Constitucional. En efecto, el gobierno debe ejercer la potestad reglamentaria “de acuerdo con la Constitución y las leyes” lo que no impide que una ley atribuya el ejercicio de la potestad reglamentaria a otro órgano (la comisión reguladora). En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en STC 135/1992 de 5 de Octubre, para quien la descentralización de los poderes reglamentarios es formalmente posible además de necesaria desde el punto de vista del contenido de la norma.

Defender la independencia y la función reguladora de los órganos reguladores no significa defender su absoluta desvinculación del Estado. Más bien se trata de defender un modelo descentralizado tal, en el que el gobierno mediante directrices indique las líneas de regulación que debe desarrollar la autoridad reguladora. Se logra así que la autoridad reguladora independiente desarrolle una función consultiva, inspectora, de arbitraje y sobre todo, de regulación.

La falta de autonomía de las autoridades reguladoras incide en otro de los aspectos esenciales, que diferencia la posición del PP de una posición progresista. Se trata de la consideración de los consumidores y su participación en el proceso de regulación. La posición del PP en la liberalización de los servicios universales es de desregulación, despolitización, y si se me permite un nuevo y horrible “des”, la posición del PP es también de descuidanización. ¿Qué significan? Desregulación se refiere a la apertura al mercado de los sectores de servicios universales, de manera que no son tanto las leyes estatales cuanto las reglas del mercado las que regulan el funcionamiento de estos sectores. Aquí olvida el PP que la aplicación de estas reglas acaban con el carácter universal de los servicios, por lo que es necesaria y justificada la intervención pública, tal y como lo declara el TJCE.

Despolitización se refiere a la exclusión de un debate político a propósito de las políticas a perseguir con la liberalización de los servicios públicos, y a la prioridad otorgada a valores de mercado frente a los valores no de mercado. Ciertamente, desregulación y despolitización son dos procesos ligados al mercado único, es decir, apadrinados por la Comunidad Europea. Pero olvida el PP que el mismo Tratado Europeo ha impulsado un proceso de re-politización en la provisión de servicios de interés económico general al in-

roducir valores no de mercado como finalidad en la provisión de tales servicios (Artículo 16 Tratado Europeo).

Finalmente descuidanización se refiere a la pérdida de interés por el ciudadano como sujeto de derechos políticos y sociales, y el creciente interés por el consumidor como cliente. Efectivamente, el consumidor es el primer beneficiario de la política de liberalización de los servicios universales: dispone de una gama más amplia de productos y servicios a mejores precios. Sí, el modelo liberalización apadrinado por el PP beneficia al consumidor, pero lo hace como sujeto pasivo. La ideología de la privatización insiste en que protege al consumidor por la simple aplicación de las reglas del mercado, de las reglas de la competencia. Pero se olvida de que el consumidor no puede sólo ser el receptor de una cierta política; él es también un sujeto activo, un sujeto de derechos y obligaciones que puede y debe participar en el proceso de decisión. Claro que si este proceso no existe, debido a la despolitización, poco o nada pueden hacer los consumidores.

La Comisión Europea está cambiando de actitud hacia los consumidores y en particular hacia las organizaciones de consumidores. En su último informe, la DG IV apunta a la importancia de las organizaciones de consumidores para la obtención de información sobre el funcionamiento del mercado, información con la que la Comisión podrá iniciar pro-



cedimientos en contra de aquellas empresas que adopten prácticas abusivas. No sólo las organizaciones de consumidores les son útiles a la Comisión para recabar información; también podrán tomar parte en los procedimientos iniciados contra empresas. Finalmente, la Comisión considera que las organizaciones de consumidores son el vehículo adecuado para comunicarse con el público y conocer sus intereses.

#### 9. Un paso más: conclusiones para una propuesta progresista

La liberalización de los servicios universales es un tema conectado con el mercado, con la capacidad del mercado de ofrecer servicios y productos de manera eficiente. Sin embargo, también es un tema relacionado (i) con un debate político sobre los valores que deben promoverse con la provisión de servicios universales, y (ii) con un debate institucional enfocado a las relaciones entre la Unión Europea, los Estados Miembros, las autoridades reguladoras, las autoridades de defensa de la competencia, las empresas y los consumidores. En el ámbito del debate político, la postura progresista debe ser la de reivindicar el carácter social y territorial de la universalidad de los servicios públicos garantizando su acceso a todos los grupos sociales a precios accesibles (*affordable*) y en todo el territorio a tarifas uniformes. Así

se promueven valores éticos que pertenecen a la izquierda: la solidaridad, la igualdad, la justicia y la cohesión social y territorial. En el ámbito del debate institucional, la postura progresista debe ser la de defensa de una institución reguladora independiente que permita al Gobierno llevar el timón y dejar de remar para garantizar la provisión eficiente de los servicios universales. También debe promover el reconocimiento de derechos civiles a los consumidores/ciudadanos, de manera que éstos no sean un grupo a proteger, sino un actor político a considerar. Para elaborar este vínculo entre consumidores y ciudadanos será necesario reconocer la existencia de un derecho a recibir servicios universales.

Estos valores y estas propuestas no son del todo extrañas al PSOE. En la ponencia macro del 35º Congreso del PSOE se hace constante referencia a los principios de libertad, igualdad, justicia y solidaridad que son valores tradicionalmente identificados con la izquierda progresista; también se reconoce el cambio del papel regulador del Estado ante las liberalizaciones en el mercado de bienes y servicios. El programa electoral para las elecciones generales del 2000, el PSOE se comprometía a reforzar los organismos reguladores para defender la competencia y evitar la formación de oligopolios privados. Para ir más lejos hay que impregnar la política de la competencia con los valores que pertenecen

a la izquierda progresista. Hay que reivindicar que el nuevo papel regulador del Estado ante las liberalizaciones no se reduce a una menor burocratización (como se propone en el la ponencia macro del 35 Congreso del PSOE). Es un papel más complejo que requiere reformas institucionales que permitan la delegación y descentralización de la función reguladora, a la vez que el Estado continua siendo el responsable de la provisión de servicios públicos. Finalmente, hay que reforzar al re-

gulador, pero no sólo para evitar oligopolios privados (o públicos) sino para garantizar que los servicios públicos universales lo sean no sólo desde el punto de vista territorial sino también desde el punto de vista social. Son todas estas propuestas que cuentan con el apoyo de las instituciones comunitarias y a las que el PP parece no haber hecho caso, pues éste defiende un proceso de liberalización basado en la desregulación y un modelo de regulación basado en la centralización.

## Bibliografía

Amato, G., *Il gusto della libertà*, Einaudi 1998.

Böllhoff, D., *The New Regulatory Regime. The Institutional Design of Telecommunications Regulation on National Level*, en *Collected Papers on Common Goods*, en prensa.

Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión-Servicios de interés general en Europa*, COM (2000)580 final.

Comisión Europea, *Directorado General IV, XXIX Annual Report on Competition Law 1999*.

De la Cruz Ferrer, J., *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid 1999.

Malaret García, E., “Public Service, Public Services, Public Functions, and Guarantees of the Rights of Citizens: Unchanging Needs in a Changed Context”, en *Public Services and Citizenship in European Law* (eds.) M. Freeland and S. Sciarra, Oxford 1998.

OCDE, *Relationship between Regulators and Competition Authorities*, DAF/CLP(99)8 (<http://www1.oecd.org/daf/clp/Roundtables/relat00.htm>).

Osborne, D., Gabler, T., *Reinventing Government*, Addison-Wesley 1992.

Sauter, W., “Universal Service Obligations and the Emergence of Citizens’ Rights in European Telecommunications Liberalization” en *Public Services and Citizenship in Euro-*

pean Law (eds) M. Freeland and S. Sciarra,  
Oxford 1998.

Usher, J.A., Utilities, Deregulation and Competition Policy, Rusel Working Paper No. 19, 1994.