Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ENTRE SOLIDARIDAD Y LIBRE COMPETENCIA : EL IMPACTO DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE EL MODELO FRANCÉS DE SERVICIOS PÚBLICOS

LAURE ORTIZ

El derecho de los servicios públicos locales en Europa sigue siendo muy instable a pesar o en razón de su europeización creciente. La instabilidad no resulta tanto de la discrepancia de valores, enfoques, modelos, principios y regímenes y filosofías políticas que los caracterizan en los 27 países de la Unión europea sino de la desestabilización progresiva, desordenada e incumplida a cual respectivamente les somete el imperativo categórico de libre competencia, principio clave de la estrategia de integración político-económica de la Unión europea. En efecto, detrás de la gran diversidad de tradiciones nacionales y locales se disimula "una profunda unidad" , subrayada en los estudios de la Confederación europea de los sindicatos independientes (CESI) : "en toda Europa, las autoridades públicas a nivel local, regional o nacional, consideran que ciertas actividades no pueden gestionarse únicamente a través de las normas del mercado y del derecho común de la competencia, sino que requieren formas específicas de definición, organización, financiamiento y reglamentación"1, con el fin de asegurar su misión. Sin embargo, la noción de servicio público no existe en el derecho primario o derivado de la Unión Europea ni se emplea2. Es

1 CESI, La prestación de Servicios Públicos de Calidad en Europa sobre la base de los valores del Protocolo 26 TUE y TFUE. Bruselas, 2012

2 La palabra aparece sin embargo una vez en el artículo 73 del TFUE.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

decir que La "europeanización" de la regulación de los servicios públicos locales, proceso rampante3 y paradójico4, opera en base a un deniego.

El Tratado de Roma5 ignoraba la noción de servicio público y por supuesto la de servicio público local. Sin embargo evoca al artículo 90 los "servicios económicos de interés general" (SIEG)6 para someterles al derecho de la competencia.... a menos que dicho derecho impida el mantenimiento de su misión. Pero, la posibilidad de exención - inmediatamente restriñida7- nunca fue utilizada. Sin embargo, las tensiones nacionales generadas

3 La regulación europea se caracteriza por la "sectorización" de la problemática de los servicios públicos. Sin filosofía global de la función pública, de la nación o del Estado corresponde a un abanico de preocupaciones sectoriales, de tácticas diversificadas (armonización o coordinación) según el servicio público considerado.

4 ya que se pretenden regular en el marco local en base al principio de subsidiariedad. Al insistir tanto para que los servicios públicos económico o no se pongan al agenda de la Unión europea, los poderes nacionales están incrementando la autoridad de Bruxelas sobre todo tipo de servicio público.

5 Tratado de Roma constitutivo de las "Comunidades Económicas Europeas" del 25 de marzo de 1957 entrado en vigor de enero de 1958, instaura la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM).

6 Actual artículo 106 (ex 86) acápite 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) "2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión".

7 Esta jerarquización es arquetípica del bizantinismo comunitario cuando se trata de reducir el alcance de los principios fundamentales del mercado interior : el principio de libre circulación (bienes, mercancías, servicios y hombres) ; de libertad de establecimiento y empresa ; de libre competencia y de no-discriminación.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

por la política de privatización y liberalización intensiva de los servicios públicos a partir de 1986 van a poner ese artículo al centro de un conflicto de interpretación et incitar la Comisión europea y la Corte de Justicia de la UE a revisar su intransigencia inicial8.

La europeización de los servicios públicos y los conflictos subsecuentes empezaron con el Acta única (1986)9, cuando la Unión tomó varias directivas para la privatización y/o liberalización de las redes de servicio en los transportes (aéreo, marítimo, ferroviario), telecomunicaciones, correos y energía y atañendo rápidamente los servicios públicos locales (agua, saneamiento, transporte, estacionamiento, funerales..) acabando con varios monopolios o casi monopolios del Estado en las redes de servicio en los transportes (aéreo, marítimo, ferroviario), telecomunicaciones, correos y energía. Los objetivos del "mercado único" atañeron de pronto los servicios públicos locales (agua, saneamiento, transporte, estacionamiento, funerales..). La desestabilización de las empresas públicas y concesionarios privados nacionales así como la política explícita de reducción del perímetro de la actividad pública desencadenó una hostilidad cada vez más manifiesta en los referéndum de ratificación de la revisión de los Tratados (Tratado

8 Sin que nadie pueda departir en el ánimo radical de la Comisión y de la CJUE lo que se debe a la dinámica propia del derecho, la emergencia de una nueva conciencia política europea, al triunfalismo de las ideas neoliberales tras el derroto del muro de Berlín o al eficaz lobbying de las multinacionales del sector de los servicios en Bruxelas.

9 Firmado el 17 de febrero y el 28 de febrero de 1986 por los 12 países miembros que en ese momento formaban la Comunidad Europea, en vigor el 1 de julio de 1987 transforma el objetivo de Mercado Común en objetivo de Mercado Interior que implicaría un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaría garantizada.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de Maastricht en1992) y particularmente fuerte en Francia donde los servicios públicos desempeñan un papel político central en la filosofía del Estado republicano. El Conseil d'Etat, la Cour de Cassation, el Tribunal des conflits adoptaron durante toda la década de los noventa una serié de fallos intentando frenar la progresión del derecho comunitario de la competencia en las actividades públicas y la organización de los servicios públicos locales10. La Corte de Justicia de la Unión Europea (CJUE) suavizó su posición por la primera vez en 1993 y admitió que "las restricciones e incluso la exclusión de la concurrencia por parte de otras empresas puedan ser necesarias para garantizar la misión de interés económico general confiada a las empresas titulares de derechos exclusivos o especiales11".

Desde 1986 los servicios públicos (o sucedáneos semánticos) no han salido del agenda europeo y cada revisión de los tratados desde Maastricht ha tenido que tomar en cuenta las reivindicaciones a un reconocimiento explícito de los servicios públicos. Pero si el derecho comunitario parece acoger más generosamente

10 Tribunal des Conflits 6 juin 1989 Préfet de la Région Ile-de-France, Préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris et SAEDE (SAEDE c/ Ville de Pamiers) RFDA 1989, p 457, Conclusions Stirn, AJDA 1989, p 46 .4 novembre 1996, Sté Datasport c / Ligue nationale du football, AJDA, 1997, n°2, p 142 et 203 ; TC , 19 janvier 1998 Union française de l'Express et autres c/ La Poste ;TC, 18 octobre 1999, Préfet de la région Ile-de-france , Préfet de Paris, c/ Cour d'appel de Paris, Aéroports de Paris et Air france c/ TAT European Airlines. Conseil d'Etat, 7 fev 1994, M. GHEZ, AJDA, 1994, p 412 ; CE, 23 juillet 1993 C. G. E. , Leb p 226. CE, 29 juillet 1994, CAMIF c/ UGAP. Cour de Cassation, 14 dec 1993, Société GUY COUACH PLASCOA , CJEG, 1994, p 124.

11 En un asunto relativo a los servicios de correos en Belgica (CJUE 19 mai 1993 Paul Corbeau), y otro asunto relativo a la distribución de electricidad en un municipio holandés (Commune d'Almelo, 27 avril 1994),

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

la preocupación, lo hace mediante formulas ambiguas en cuanto a su alcance jurídico concreto. Así el Tratado de Ámsterdam (1997) reconoce que los SIEG forman parte de "los valores comunes de la Unión" y desempeñan un papel "en la promoción de la cohesión social y territorial de la Comunidad"12. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ,anexada al Tratado de Niza, el 7 de diciembre 2000, declara que "La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión ». La progresión más significativa interviene después del rechazo, en 2005, del Tratado para una Constitución europea13. El Tratado de Lisboa (diciembre de 2009), supuesto reforzar la base jurídica de los SIEG (artículo 14 TFUE), establece en un Protocolo 26, anexo al TUE y al TFUE, y en relación con los valores de cohesión social y territorial, seis "valores" en particular que deben aplicarse a todos los SIEG en cualquier rincón del territorio de la UE que se ubiquen: un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios. El tratado de Lisboa introduce una retórica de "neo-patrimonialización" aparentemente protectora de la libertad de las autoridades nacionales y locales. Proclama el respeto "del rol esencial y del poder discrecional de las autoridades nacionales, regionales y locales para proveer, hacer ejecutar y

12 Artículo 16 del Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1997. Entrado en vigor el 1 de mayo de 1999

13 66,24 % de los electores franceses rechazaron el Tratado para una constitución europea.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

organizar los SIEG de la manera que corresponda lo más adecuadamente a las necesidades de los usuarios". Reconoce "la diversidad y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios según sus situaciones geográficas, sociales y culturales"14. Al margen de los tratados se han multiplicado también los las Comunicaciones (1996 y 2000), informes (2001), Libros Verde (2003) y Blancos (2004)15 de la Comisión dedicados al tema de los SIEG pero también de los servicios de interés general sin carácter económico. El Parlamento europeo y el Consejo europeo han adoptado "paquetes" (conjunto de normas en la jerga europeo) y resoluciones reiterando la relevancia y particularidad de los servicios de interés general. El Consejo consultivo europeo de los gobiernos locales y regionales por fin adoptó una Carta de los servicios públicos de interés general en 2009.

Esa actividad para-normativa acredita la idea que el derecho comunitario por fin reconoce la misión específica de los servicios públicos, que ha formado una base substancial para la consolidar el particularismo que requiere y que se ha acordado, según la formula de la Comisión europea, la "compatibilidad integral" de los servicios de interés general con el principio de libre competencia. Pero esa doxa no debe hacer ilusión. Todavía no se ha logrado ni una definición común, consensual y

14 Artículo 1 del Protocolo n° 26 sobre los Servicios de interés general anexado a los tratados adoptado a Lisboa en 2009.

15 "Los libros blancos (White Papers) de la Comunidad Europea son documentos que contienen propuestas de acción específica en un área determinada y son publicados después de los libros verdes (Green Papers), que son sometidos a un período de consulta a escala europea. Mientras que los libros verdes contienen ideas presentadas en un marco de discusión pública y debate, los libros blancos contienen una propuesta oficial de una política específica".

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

definitiva de la substancia, régimen y perímetro de los servicios de interés económico general ni se ha convencido a los ciudadanos y gobiernos locales que permiten conciliar los imperativos de la libre competencia con los de la cohesión social y territorial que aseguraban los servicios públicos locales dentro del marco nacional.

Así que los servicios públicos locales están hoy día más que nunca el reto central de la concretización del "modelo social de economía de mercado" que pretende constituir la Unión europea liberal y todavía se buscan los términos de equilibrio entre lógica del mercado y lógica de cohesión social y territorial. Dentro de esa perspectiva, quiero sostener dos ideas. La primera es que los servicios públicos locales han recibido un reconocimiento comunitario formal ampliamente ficticio que les somete a una persistente y excesiva inseguridad jurídica (I). La segunda idea es que, paradójicamente, la crisis tanto jurídica que económica de esos servicios favorece una innovación permanente de su gestión a través de la cual se experimenta la búsqueda de un mejor equilibrio entre control público y actividad privada (II).

SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN BÚSQUEDA DE SEGURIDAD JURÍDICA .

La idea que los servicios públicos locales hallan ahora reconocimiento y base legal reforzada se aprovecha de la sorprendente creatividad semántica del derecho europeo que permite entretener fuertes ambigüedades tanto a nivel de la definición y delimitación de los servicios concernidos que a nivel de la articulación de sus particularismos

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

jurídicos con el principio de libre competencia (A). Para salir de las retóricas superficiales sobre la compatibilidad integral hay que mirar más allá de las diferencias de organización y de régimen que conocen los servicios públicos locales en Europa observando el modelo sistémico a cual se refieren (B). Entonces los antagonismos revelados permiten comprender las dificultades de la gestión cotidiana y porqué las palabras más frecuentemente usadas en los balances del derecho de los servicios públicos locales son "incertidumbre y inseguridad" (C).

Las aproximaciones europeas de los servicios públicos

El derecho comunitario promueve nociones que aproximan la noción de servicio público evitándola (1) y proclama la importancia de los servicios de interés general sin establecer principios jurídicos específicos ni regimenes claramente particulares (2).

Las nociones comunitarias

Hoy día, las normas europeas se refieren a cuatro conceptos, por orden de aparición cronológica: SIEG (servicio de interés económico general), SIG (servicio de interés general) , SIGNE (servicio de interés general no económico y en último SSIG (servicio social de interés general) ¿Concretamente que significan ?

Los servicios de interés económico general (SIEG) son servicios comerciales de utilidad económica determinadas por los poderes públicos nacionales o locales como de interés general que deben garantizar una prestación de calidad, de

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

seguridad, de accesibilidad, de igualdad de trato, de precio y de equilibrio territorial determinada por la autoridad pública. A razón de consideraciones de interés general ajenas al calculo puramente económico La autoridad pública define las obligaciones de servicio público y restriñe si necesario la competencia que enfrente el servicio por partes de los otros agentes económicos, en contraparte de las cargas especificas la autoridad puede otorgar compensaciones financieras que permitan razonablemente al delegatorio cubrir sus inversiones o el otorgamiento de un monopolio durante un plazo definido en el contrato de delegación. Los «servicios de interés general no económico» designan de forma genérica los servicios que contribuyen a la consecución de los objetivos tales como las funciones vinculadas con el ejercicio de la soberanía o potestad pública (ejército, policía, justicia...) y las funciones exclusivamente sociales, que se caracterizan por la ausencia de contrapartida económica (el precio que paga el usuario no se correlaciona al coste efectivo de la prestación y las prestaciones son independientes de la cuantia de las cotizaciones). El término Servicio de interés general" es el más incluyente: abarca los SIEG y los servicios no económico de interés general (SIGNE). Por ende, el concepto de "servicio social de interés general" (SSIG) se sitúa a medio camino entre los SIEG y los SNIEG. Son los servicios sociales de interés general que abarcan concretamente los regímenes legales de seguridad social basados en la solidaridad, lucha contra el desempleo, la toxicomanía, formación, reinserción profesional, inclusión de las personas, alojamiento social. Provisionalmente, consideramos que integran la categoría de los SIGNE.

Importa distinguirlos porque solo los SIEG

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

están sometidos al derecho comunitario de la competencia [esto es: a) las reglas de licitación de todo pedido público y b) la prohibición de las prácticas anticoncurrenciales (acuerdos colusorios, abuso de posición dominante, concentración/fusión ilícita, etc.)]. Los SIGNE solo obedecen a los principios generales del derecho comunitario (principio de no discriminación, transparencia, proporcionalidad, igualdad de tratamiento...). Eso significa que la regulación de los SIEG es competencia compartida mientras que los SIGNE son competencia exclusiva de las autoridades nacionales, regionales y locales. La calificación de los servicios de interés general compete supuestamente a las autoridades nacionales y locales quienes fijan los requisitos específicos que deberán cumplir. Pero, de jure y de facto, las autoridades públicas nacionales o locales han perdido mucha latitud y la van perdiendo cada vez un poco más a medida que progresa la europeización de los servicios públicos.

Los principios comunitarios

El principio fundamental del derecho comunitario es que el interés general que persiguen los SIG o SIEG no les exime del derecho de libre competencia, principio cardinal de la construcción europea y motor de la unificación. El objetivo de "cohesión social y territorial"16 tampoco, ni el concepto de

16 TÍTULO XIV -COHESIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL Artículo 130 A : « A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica y social. La Comunidad se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas, incluidas las zonas rurale"s. El Artículo 130 B trata esencialmente de los fondos europeos y de la política regional

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

"economía social de mercado" . Introducida en el derecho comunitario en 2009 por el Tratado de Lisboa17, la doctrina alemana de "economía social de mercado", popularizada por Ludwig Erhard, suena a los oidos franceses, acostumbrados a siglos de Colbertisme como una relegitimación del intervencionismo económico público. El tema de la cohesión social y territorial más todavía parecer ser una invitación al "intervencionismo local para el desarrollo económico y social"; interpretación estimulada por la idea muy difundida en Francia de una alianza de los intereses objetivos entre la Unión europea y los gobiernos subnacionales contra el Estado central, en razón del rol positivo que la política regional europea y los fondos europeos han jugado para profundizar el movimiento de descentralización territorial. Si embargo, en el presente asuntos, los gobiernos locales pueden desencantarse. El derecho comunitario no ha cambiado de un índice la orientación definido en 1957: todo servicio de interés general que desempeña una actividad considerada por la Unión europea como económica debe regirse por las normas de del mercado interior y de libre competencia siempre que no obstaculicen la realización de la misión especifica que se les asigna. . La sumisión al derecho de la competencia implica la prohibición para las autoridades públicas de dar ayudas financieras o de cualquier tipo a los servicios. Las limitaciones a la libre competencia están siempre estrictamente

de la UE....

17 En el Artículo 3, Párrafo 3 del Tratado de la Unión Europea: : la UE "Obrará en favor del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente"

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

entendidas y limitadas a lo necesario, bajo control de la Comisión europea. El anclaje social y territorial no ofrece ninguna salida a los gobiernos que quieren mantener una especificad que no sea justificada con el prisma liberal de la Comisión. Lo que constituye los valores de la Unión europea no son tanto los SIG como quieren creerlo los franceses sino la cohesión social y territorial. El modelo social se enmarca dentro de los límites estrechos del modelo liberal18.

Un antagonismo de modelos

El enfoque histórico francés y el enfoque de la Comisión europea constituyen los dos paradigmas entre cuales se distribuyen los modelos nacionales en Europa (1). Una análisis más detallado permite medir los antagonismos y aproximaciones teóricas (2).

Características generales

Por un lado el modelo francés considera los servicios públicos como elemento integrante y primordial del orden político, una razón de ser del Estado -versión positiva del pacto hobbesiano19

18 Entre los valores de cohesión social y territorial vinculados a la meta europea de una economía social de mercado y los SPL se ha establecido una relación lógica de legitimación mutual probablemente oportunista y exagerada. Cada uno encuentra en el tema la justificación que desea: justificación jurídica a la intervención pública local dentro de actividades que el derecho comunitario considera como económicas (1) o afirmación de los límites irrenunciables de toda intervención pública en la economía cualquier sea el motivo (2).

19 No se refieren al Estado providencial de Bienestar post New deal (años 30 del siglo XX) sino que se originan en

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

- y como un instrumento privilegiado o indispensable de cohesión social y política de la Nación. Basado en los principios de igualdad, continuidad y mutabilidad, el servicio público se define como una actividad de interés general cumplida bajo habilitación, dirección y control de la autoridad pública, sea directamente por sus propios servicios sea indirectamente mediante delegación a particulares, empresas públicas o privadas, y cuyo funcionamiento está garantizado por un régimen de derecho específico: el derecho administrativo.

Por el otro lado, el modelo que inspira la Comisión europea afirma que la más perfecta garantía de calidad de los servicios públicos se obtiene garantizando el libre funcionamiento de los mecanismos del mercado preservándolos de toda intervención pública. Aquí no se trata de ciudadanía sino de satisfacción de los consumidores. La concepción heredada de los batidores del Tratado de Roma procede de una filosofía de post-guerra marcada por el desengaño que confía más en los principios liberales que en el Estado para asegurar la paz y la prosperidad y sobre todo para favorecer la integración europea de los mercados. El principio de libre competencia y la libertad de circulación de los hombres, bienes, mercancías y capitales así como la libertad de establecimiento son los instrumentos cardinales de la estrategia de unificación económica y política.

la construcción mismo del Estado unitario bajo el impulso de la monarquía al final de la época medieval enrollando a los servicios públicos locales que desarrollaron las corporaciones urbanas durante el movimiento de franqueo comunal anterior. Se mantuvieron como elemento fundamental unidad nacional y de la legitimidad del Estado, el corazón del "pacto republicano" y hasta ser considerado por Léon Duguit como la principal justificación de la existencia del derecho administrativo.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Entre los dos paradigmas, se destacan, según Frank Moderne, por un lado los países latinos inspirados por el sistema francés (España, Italia, Grecia y Portugal) que consideran los servicios públicos como un instrumento político de cohesión social y territorial que debe estar por definción bajo el control público democrático y por otro lado, "los Estados de tradición anglosaxona, que, sin negar la realidad jurídica del concepto, no le acordan efectos legales importantes y tienden a "desconectarle" del derecho administrativo20".

20 El Profesor Frank Moderne distingue: - los "Estados donde el concepto [de servicio público] tiene un fuerte valor agregado" categoría en la que Francia se encuentra sola ; - los "Estados donde este concepto, sin ser en el primer plano, se toma en cuenta para definir el régimen jurídico actividades económicas públicas, en estos los países de cultura latina estás bien representados (Italia, España, Portugal, Grecia, pero también, en cierta medida, Bélgica y Luxemburgo) - por últimolos estados donde el concepto de servicio público sin ser desconocido, no produce efectos jurídicos precisos ": Alemania y Reino Unido son los dos principales puntos de referencia, pero se puede añadir a esos Austria, Dinamarca, Finlandia y Suecia, y, también, Irlanda y los Países Bajos: in La nouvelle régulation des services publics en Europe, Stéphane Rodrigues, Editions Lavoisier, 2000 [Traducción libre]. Prolongando la idea Stéphane Rodriguès destaca una "segunda ruptura que se produce en los otros estados europeos entre, por una parte, los de tradición jurídica latina (España, Italia, Grecia y Portugal), inspirados por el sistema francés y que reconocen un significado jurídico al concepto de servicio público pero de una manera menos firme que en Francia, como se ilustra por la ley española de derecho administrativo y, en segundo lugar, los Estados de tradición jurídica llamada Anglo-Saxona influenzada por Alemania y el Reino Unido, que, sin negar la realidad jurídica del concepto de servicio público, no les acordan efectos legales importantes y tienden a "desconectarle" del derecho administrativo lo cual está en vía de reforma.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Oposiciones claves

La primera oposición entre las visiones europeas y francesas concierne el principio mismo de la regulación. En la visión francesa, el interés general justifica que los servicios dedicados a su servicios beneficien de prerrogativas exorbitantes del derecho común y que su organización sea sometida a derecho de mismo índole – el derecho administrativo. Mismo si ha pasado muchos compromisos con la doctrina liberal, el derecho francés queda mayormente bajo la influenza de Jean-Jacques Rousseau según quién existe un antagonismo irreductible entre la realización del bien común y la busca del interés financiero personal (recordamos que la motivación por interés financiero de los actos del servicio público era prohibida por la jurisprudencia clásica del Consell d'Etat hasta la revisión de las políticas de gestión del sector público en 196921). Mientras en la visión muy liberal de la Comisión europea, la conciliación de los objetivos de interés general –tal como la cohesión socio-territorial - y la ley del mercado se realiza simplemente mediante : a) la definición clara y precisa de las "obligaciones de interés general" (por ejemplo el abastecimiento de zonas no rentables) cuyo costos pueden ser compensados en base a una evaluación objetiva y transparente; b) publicidad y licitación conforme con el código de los pedidos públicos y si no es suficiente, entonces, y a título escepcional se pueden otrogar derechos exclusivos o espécificos proporcionados a las necesidades. La noción de servicio universal permite asestar la segunda oposición relativa a los derechos de los usuarios. Para la liberalización

21 Catherine Teitgen-Colly, La légalité de l'intérêt financier Dans l'action administrative, Economica, 1981, 536 p.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de los servicios de comunicaciones electrónicas, postales y los transportes energéticos, los textos comunitarios recopilaron unas cuantas de dichas obligaciones de servicio público bajo el nombre de servicio universal .

La noción de servicio universal permite asestar la segunda oposición. Concierne esta vez los derechos de los usuarios. El servicio universal abarca las prestaciones que constituyen las obligaciones de servicio público en el sector y cuyas características son constituir servicio prestado a los consumidores y los usuarios, cualquiera que sea su localización geográfica en todo el territorio del país con arreglo a unas tarifas asequibles y en unas condiciones de calidad similares, sea cual fuere la rentabilidad de cada operación. Con la noción de servicio público universal, el derecho comunitario parece por fin integrar los tres principios que rigen los servicios públicos franceses, de igualdad, continuidad, y mutabilidad. Sin embargo los dos modelos continuarán a diferenciarse mientras que el derecho comunitario seguirá limitando las obligaciones de servicio universal, el "derecho de accesibilidad económica" y de "alto nivel de calidad "en las "obligaciones de interés general" a las prestaciones minimales. La problemática comunitaria revela un enfoque "asistencialista" extranjero a la visión francesa, la cual exige ofrecer a toda la comunidad nacional o local, de modo continuó, las prestaciones que corresponden a los progresos científico, tecnologico y gerencial en condiciones de costos razonables gracias a la perecuación de las tarifas en el territorio considerado y al concurso de la financiación fiscal.

La tercera oposición concierne los modos de gestión. La oposición no concierne el principio de recurso al sector privado sino los metodos de

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

su selección. En efecto, en primer lugar, los dos derechos (comunitario y nacional) reconocen la libertad de organización de los servicios públicos como parte de la libertad de administración local. El derecho francés es mucho más restrictivo en materia de creación de creación de servicios mercantiles locales que el derecho comunitario. La jurisprudencia secular de la jurisdicción administrativa sobre el "principio de la libertad de la industria y del comercio" reserva la actividad económica al sector privado22. Salvo autorización legislativa, la actividad económica pública local debe justificarse por la existencia de una necesidad de interés público, que puede resultar por ejemplo de la carencia del sector privado23. Además, las reglamentaciones públicas locales deben evitar de poner las empresas públicos o los concesionarios en situación de violar el principio de libre competencia. En segundo lugar, el "modelo francés de gestión de los servicios públicos locales es la delegación de servicio público (DSP), o sea un contrato que confia la gestión del servicio público a un delegatario público o privado que deberá remunerarse substancialmente por los resultados de la explotación del servicio público. Sin embargo, la delegación de servicio público obedece a reglas de publicidad y licitación que chocan con el derecho comunitario : tradicionalmente, el derecho nacional deja in fine a la autoridad pública la libertad de selección intuitu personae su socio. A

22 CE 29 mars 1901 : Casanova N° 94580 ; CE, Section, 30 mai 1930 : Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers , N° 06781 .

23 CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531: "Las personas públicas están encargadas de asegurar las actividades necesarias al cumplimiento de los servicios públicos que le están encomendados, usando de prerrogativas de potestad pública".

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

la diferencia de un mercado público, se considera la DSP como un partenariado, el contrato mescla cláusulas reglamentarias y contrato, la administración delegante guardando todo poder de organización, mientras el delegatario se substituye a al licitador, asumiendo los riesgos de la gestión. Si el derecho comunitario conoce una sumadivisió similar entre mercados públicos y lo que llama el "modelo concesional" y distribuye los contratos en una u otra categoría según que paga el gobierno local o el consumidor final. De todas formas no tira consecuencia juridica de la división y alinea las concesiones sobre el código de los mercados públicos.

Una inseguridad jurídica persistente

La inseguridad jurídica tiene esencialmente su origen en los problemas de fronteras entre los diferentes especies de servicios de interés general (1) y desacuerdos de interpretación que se manifiestan principalmene a nivel de las relaciones financieras que los gobiernos locales entretienen con sus servicios públicos locales (2).

1. La frontera instable de los servicios con carácter económico

El derecho comunitario afirma la competencia local/nacional para la determinación de los servicios de interés general pero los gobiernos locales y nacionales no controlan la calificación de los que tienen un carácter económico o no; lo que son SIEG y lo que son SIGNE. Lo controlan la Comisión europea y la Corte de Justicia (CJUE). Lastimadamente, las dos instituciones tienen

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

une interpretación muy extensiva del carácter económico de una actividad, de una empresa y una empresa pública, independientemente de toda consideración al estatus del órgano o ente en el derecho nacional; independientemente de la ausencia de fines de lucro y claro independientemente de su reconocimiento como servicio de interés general24. Sin embargo, dos criterios excluyen, en principio, la calificación económica de la actividad o de la empresa que la cumple : el ejercicio de prerrogativas de potestad pública25 y el ejercicio de una misión de solidaridad nacional26. Pero, el concepto comunitario de "potestad pública" es borroso; a veces está definido como un tipo de acto o de medida (o sea como un medio) y a veces como un tipo de actividad o función ligada a la soberanía (o sea como un objeto)27. La misma confusión está contaminando el derecho nacional desde que, por fin, las jurisicciones administrativas francesas se raliaron al razonamiento europeo y admitieron, en un giro jurisprudencial muy comentado28, la

24 Para la comisión y el tribunal europeo es económica toda actividad de producción, provisión, distribución, almacenamiento de bienes o de servicios cualquier sea el organismo, público u privado. Es empresa : toda persona que se dedica a la actividad económica, cuelquier sea su estats público o privado. Sus definiciones frecuentemente no coinciden con las que practican las jurisdicciones nacionales.

25 Han sido juzgados como tales : la fiscalización, policía, el control ; el mantenimiento y la mejora de la seguridad de la navegación aérea y marítima ; vigilencia de la contaminación ambiental ; administración penitencial ; medidas de ejecución de sentencia penal ; financiamiento y vigilencia de la construcciones de ferrocarriles ; eradicación de la contaminación minera...

26 Han sido juzgados como tales: Los regímenes de seguro social obligatorios basados sobre la solidaridad nacional independientes de las cotizaciones; la enseñanza pública

27 Charlotte Denizeau, L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne , LGDJ, 2004 .

28 Consejo de Estado, Sección, 3 de nov 1997 , Société

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

"oponibilidad" del derecho de la competencia al ejercicio de la "potestad público". Esa oponibilidad se justifica cuando el acto de poder público tiene por objeto o por efecto de plazar a la empresa gestora del servicio público en situación de quebrantar la prohibición de las distorsiones de la competencia tal como el abuso de posición dominante o los acuerdos ilícitos (teoría del abuso automático). Es decir que la prerrogativa de potestad pública no constituye una actividad económica per se ; por lo tanto no se le "aplica" el derecho de la competencia directamente Pero, cuando imponen obligaciones a sus servicios públicos, las autoridades públicas deben imperativamente evitar de ponerles en contradicción con el derecho por culpa de la obligación impuesta, fuese reglamentaria o legislativa. Así el derecho de la libre competencia ha totalmente integrado las normas de referencia del control contencioso de los actos administrativos de la potestad pública, control a menudo mucho más profundo con lo que requería el derecho comunitario.

Claro hay que atenuar el impacto del derecho comunitario. La distincción entre servicios públicos administrativos y servicios públicos industrial y comerciales ha siempre sido relativa (a menudo una misma actividad a podido cambiar de categoria : gestión de un espacio cultural ; alojamiento social) y contingente (según la naturaleza distinta según el modo de financiamiento). Esos índices evolucionaban al ritmo de las ideologías nacionales. Ahora están

Million et Marais, Actualité Juridique de Droit Administratif (AJDA), 1997, n° 12, 1012 ; AJDA , 1998, p 250. Giró jurisprudencial precedido por la jurisprudencia judicial: Cour de Cassation, chambre commerciale, 6 mai 1996, France Télécom c/ Sté Communication Média Services, AJDA, 1996, n° 12, p 1033 :

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

sometidos más frecuentemente a los estándares y compromisos internacionales firmados por Europa con la OMC cuyos tratados preven la liberalización progresiva de todos los servicios. Sin embargo, el problema específico es la multiplicación de las definiciones divergentes entre las jurisdicciones nacionales y europeas, y también las divergencias de interpretación en Francia entre los tribunales administrativos y las jurisdicciones judiciales o la Autorité de la Concurrence.

El tema el más conflictivo del momento son los servicios sociales de interés general. Generalmente las jurisdicciones están de acuerdo para considerar sin carácter económico (SIGNE) los servicios exclusivamente sociales, que se caracterizan por la ausencia de contrapartida económica (el precio que paga el usuario no se correlaciona al coste efectivo de la prestación y las prestaciones son independientes de la cuantía de las cotizaciones). Pero según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el carácter social de esos servicios no es suficiente per se para excluir el servicio considerado del SIEG. Un litigio surgió a propósito de la vivienda social en los Países Bajos. La Comisión y la CJUE consideraban la actividad como industrial y comercial mientras Holanda defendía la naturaleza de SSIG y la libertad de actuación de sus municipios. La Comisión europea en dos comunicaciones29 dedicadas al tema asumió (como el juez comunitario) una concepción evolutiva de la frontera entre los diferentes tipos de servicios. Provocó un fuerte disgusto por parte de

29 Comunicación "Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea " COM(2006) 177 final, 26 de avril de 2006. Comunicación sobre "los servicios de interés general, incluidos los servicios sociales de interés general: un nuevo compromiso europeo" - COM(2007) 725 final, 20 de noviembre de 2007

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

los Estados miembros en razón de la inseguridad jurídica que resulta de la posible recalificación de las actividades y de la aplicabilidad de las normas del mercado interior y el derecho de competencia a aquellos SNEIG o SSIG. Para salir de las críticas formuladas en términos de inseguridad jurídica, el Consejo Europeo de Barcelona del 15 y 16 de marzo de 2002 solicitó a la Comisión que presentara una directiva-marco sobre el tema. Ella se limitó a expresarse en la forma de las comunicaciones y livros30 y anunció que en eso quedaría, considerando que el actual marco (Protocolo 9 anexado al Tratado de Lisboa) era suficiente. La Comisión entiende mantener un enfoque evolutivo y sectorial, diferenciado y determinado caso por caso. No se deberían apaciguar las inquietudes de los gobiernos locales en cuanto a la consecuencia del dispositivo.

2. Las incertidumbres acerca del régimen de las ayudas públicas

El caso de los SSIG permite abordar otro tema sensible de la inseguridad jurídica : el que afecta las relaciones financieras entre las colectividades públicas y los servicios. Si, en el caso de los servicios sociales francés son los departamentos más bien que los municipios que están enfrentado a la dificultad ; los municipios encuentran el mismo problema con sus empresas públicas o mixtas al capital de las cuales participan en calidad de accionarios .

30 Comunicaciones del 21 de mayo de 2003 ; Libro Verde sobre los SIG; comunicación del 12 May, 2004: Libro Blanco sobre los SIG; comunicación del 26 de abril de 2006: Comunicación sobre los servicios sociales de interés general (SIG).

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La gran mayoría de los SSIG en Francia están asegurados, desde décadas, por asociaciones privadas sin fine de lucro (asociaciones de la ley 1901). Es el caso para en el sector de asistencia infantil, de los servicios a las personas descapacitadas o la ayuda a la tercera edad y cuidado de mayores, atención a la juventud en peligro, redes de educación de los jóvenes delincuentes, alojamientos de socorro, de emergencia....casi ninguno de esos servicios puede funcionar sin el ayuda pública. Según el informe que el Senado francés consagró al tema en junio 2011, "la mayoría de los servicios sociales que cumplen las organizaciones privadas sin fines de lucro tienen un carácter económico según la jurisprudencia de la CJUE". Entonces, el riesgo de ser considerado como SIEG y no como SSIG es muy alto. Si se recalifica SIEG, entonces el organismo que la cumple se considera como una empresa. En tal caso, se aplica el principio comunitario de prohibición de "las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones" 31. La Corte de Justicia interpreta de manera muy extendida el concepto

31 Artículo 107 (antiguo artículo 87 TCE) acápite 1.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de ayuda32 pública33, de fondos públicos34 y de falsificación de la competencia35. Las posibilidades de exenciones y excepciones36 bajo autorización previa 37 y inspección permanente de la Comisión

32 Subvenciones; préstamos ; uso de las prerrogativas de poder público ; garantías de préstamos ; apoyo a los precios ; servicios, técnicos ; financiación de la investigación ; apoyo a la exportación ; inversión directa de capital, impuestos y beneficios fiscales o las tarifas preferenciales proporcionados a los productores para el suministro de gas otorgados por una empresa privada bajo control del Estado holandés (TJCE 02/02/1988 Van Der Kooy contra Com, 67, 68 y 70/85, Rec. p 219).

33 Son asimiladas al Estado todas las autoridades públicas nacionales o locales y las entidades que actúan bajo su dirección determinante.

34 Se asimila a fondos públicos el beneficio de cotizaciones fiscales o obligatorias

35 Cualquier ayuda que refuerza la posición de una empresa frente a otras competidoras se supone influenciar lel mercado interior europeo (TJCE 17/09/1980 Philip Morris, 730/79, Rec. p 2,671), incluso si la empresa exporta la mayor parte de su producción fuera de la Unión Europea (TJUE 24/02/1987 Deufil GMBH c / Com) .

36 Artículo 107.3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.

37 Toda creación de sistemas de apoyo locales debe ser

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

europea no ofrecen ningún socorro en la especie. La Corte admite que las "obligaciones de interés general" que cumplen los SIEG justifiquen una "compensación financiera" que no se puede ni debe asimilar a une "ayuda pública" (prohibida)38. La contradicción es la siguiente: 1) para que el financiamiento sea considerado como una compensación, la autoridad pública debe ser la iniciadora del proyecto y de las obligaciones de interés general y como no es generalmente el caso no puede ser ; 2) si el gobierno local fuese iniciador del proyecto no podría otorgar la subvención sin abrir un concurso para la contratación pública en base al derecho de la competencia. La delegación de servicio público no es el plan B porque en la DSP el delegatario asume el riesgo financiero con la remuneración de las prestaciones por los usuarios y por definición, en los servicios sociales los usuarios son insolventes. Los servicios sociales son uno de los ejemplos del callejón sin salida en que nos deja un derecho comunitario obsesionado por la libre competencia.

El caso de los servicios sociales demuestra que la inseguridad afecta no solamente los regimenes aplicable sino la existencia mismo de la prestación. Confine a la inseguridad existencial.

Servicios públicos locales en búsqueda del un modelo social de mercado

Cuando abordamos los modos concretos de gestión de los servicios públicos locales, las problemáticas

notificada y aprobada antes ejecución (TJCE, 11 de febrero 1973 LORENZ, R 1471) so pena de sanción juridiccional del Estado por violación del tratado ; y toda ayuda acordada sin autorización hace objeto de restitución.

38 CJUE, 24 de julio 2003, Altmark, C-280/00.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

políticas parecen desvanecerse delante los determinantes económicos y financieros. Son esas consideraciones que guían la decisión local determinan el modo de gestión y la selección del operador del servicio. Entonces lo que revela el derecho es la diversificación creciente de las técnicas de gestión y la complejidad de las relaciones entre la autoridad organizadora del servicio y la empresa encargada de su ejecución. Pero en realidad, el movimiento de innovación observado traduce, hoy más que ayer, la misma tensión entre lógicas económicas y lógicas políticas, pero exacerbada en el contexto de globalización de la competición económica : por una parte la voluntad de las empresas del sector, públicas o privadas, de presionar las instancias europeas para reducir extender la liberalización de los mercados y salvaguardar los espacios de libertad de las autoridades locales necesarias para que mantengan una posición hegemónica (A) y por otra parte la voluntad de los gobiernos locales de reconquistar un margen de maniobra de control político de los servicios públicos, reduciendo las asociaciones asimétricas con el sector privado. Es un juego creativo, con innovaciones interesantes, paradójicamente más abierto y en el cual los gobiernos locales todavía no han perdido la partida ((B).

La innovación de los modos de gestión .

El movimiento de innovación está animado por tres objetivos principales: limitar el riesgo jurídico en un contexto de incertidumbre persistente (1); eliminar los obstáculos de la gestión pública (2), revisar la redistribución del riesgo financiero entre las colectividades públicas y los operadores de

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

servicio público (3).

Limitar el riesgo jurídico.

El derecho europeo obviamente ha obligado los Estados a cambiar los modos de gestión de sus servicios públicos porque si el tratado no recusa la propiedad pública de las empresas ni prohíbe la atribución de monopolios (ejemplo la distribución de electricidad compartida entre un monopolio estatal –EDF - y los municipios 39) ni de derechos exclusivos o especiales, impone sin embargo condiciones tales que de facto desalienta la propiedad pública. Los tratados están basados sobre el principio de neutralidad hacia el régimen de propiedad de las empresas bajo la condición que las empresas públicas se comporten en el mercado como las empresas privadas, sin más ni menos aventajas. La condición cambia radicalmente el alcance el sentido del principio : en vez de garantizar la neutralidad del derecho comunitario hacia la propiedad pública provoca neutralización por el derecho comunitario del régimen jurídico propio a la propiedad pública. De allí, el dictamen del Conseil d'Etat: "ningún principio prohíbe que una entidad pública sea candidata a un contrato público o un contrato de delegación de servicio público, sea dicha entidad una establecimiento o empresa pública sea una autoridad local". Pero, el juez inmediatamente añade: "Para que se respeten tantos los requisitos de igualdad de acceso a los mercados públicos que el principio de la libre competencia [...], la adjudicación de un

39 Desde su creación en 1946 (ley n°46-628 del 8 abril 1946), EDF tenía el estatuto de EPIC La ley del 9 ade agosto 2004 relativa al servicio publico de del gas y de la electricidad ha transformado EDF en Sociedad Anónima.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

contrato público o una concesión de servicio a un establecimiento público administrativo presupone, en primer lugar, que que ese determine su precio tomando en cuenta todos los costos directos e indirectos que intervienen en la formación del precio de los servicios objeto del contrato y , en segundo lugar, que esta institución pública no reciba para determinar el precio que ofreció, un aventaja proveniente de recursos o de medios que se le asignen en virtud de su misión de servicio público"40. Concretamente, cuando las autoridades públicas realizan directamente o mediante una empresa pública una actividad que pueda competir con las empresas privadas, sobre todo cuando el ejercicio se trata de un contrato sujeto a publicidad y licitación pública, deben ser sometidas a obligaciones tributarias y sociales similares a las que están sujetas las empresas privadas. Después de haber neutralizado las sociedades de economía mixta locales (SEM) sociedades comerciales de derecho privado y capital mayoritariamente público, los próximos objetivos son los establecimientos públicos, administrativos (EPA) y sobre todo industriales y comerciales (EPIC)41. En razón de las consecuencias jurídicas

40 Conseil d'Etat, 8 novembre 2000, Avis contentieux, Société Jean-Louis Bernard Consultants, N° 222208. La jurisprudencia administrativa francesa interpretaba clasicamente el principio de la libertad de comercio e industria como la imposición de una separación entre la iniciativa privada y las tareas de la administración pública: la intervención pública local en materia económica sólo puede ocurrir si hay una deficiencia la iniciativa privada. Desde este punto de vista, el Derecho comunitario es más permisivo. La doctrina académica saluó esa posición como la afirmación de un principio de iguadad competencial o de igual competencia entre personas públicas y privadas y el abandono de una jurisprudencia superada

41 Según el Derecho administrativo francés, los EPIC son personas jurídicas de Derecho Público, dotadas de personalidad jurídica diferenciada del Estado y de autonomía

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

que implica el estatuto de EPIC, a saber, la facultad de tener un dominio público, la inembargabilidad de los bienes de las personas de derecho público, la facultad de realizar desalojos, expropiaciones y, en especial: la inaplicabilidad de los procedimientos de insolvencia y de quiebra de Derecho común, el beneficio de las multas coercitivas impuestas en materia administrativa y la designación del Estado como responsable en última instancia del pago de las deudas contraídas, el Tribunal de la Unión Europea dictaminó, como lo pedía a la Comisión europea, que esos elementos constituyen una ventaja competitiva42. Según el tribunal los acreedores de los EPIC son necesariamente en mejor posición que los acreedores de las empresas privadas y eso les permite obtener condiciones de crédito debido más favorables que las que podrían obtener a su propios méritos y, por lo tanto, reduce la presión sobre su presupuesto. El simple hecho de conferir el estatuto de EPIC a una empresa es, según el Tribunal, "una ayuda estatal" lo y, por tanto, proporciona una ventaja competitiva". El Conseil d'Etat ya había admitido que "La intervención de los establecimientos públicos en el mercado no debe ocurrir en condiciones tales que, dada la situación particular en la que la entidad pública se compara con otros operadores en el mismo mercado, distorsionan el

financiera y a las que se atribuyen competencias especiales, que en general incluyen el ejercicio de una o varias funciones de servicio público.

42 Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2012 Francia/Comisión (Asunto T-154/10) « Ayudas de Estado Ayuda supuestamente ejecutada por Francia en forma de garantía implícita ilimitada a favor de La Poste derivada de su estatuto de organismo público Decisión que declara la ayuda incompatible con el mercado interior Recurso de anulación Interés en ejercitar la acción Admisibilidad Carga de a prueba de la existencia de una ayuda de Estado Ventaja») (2012/C 343/21).

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

libre juego de la competencia"43. Pero como opina el Vicepresidente del Consejo, Jean-Marc Sauvé: "al final, no es tanto la forma del establecimiento público que ha sido cuestionada por la evolución jurídica en materia económica, sino, en términos más generales, la legitimidad del operador público, independientemente de su forma jurídica "44.

Los gobiernos nacionales y locales han aprendido por las malas a descubrir las implicaciones negativas del principio sobre las formas tradicionales de intervención pública, poco a poco, a medida que la Corte de Justicia profundiza su doctrina marcando el tempo de los progresos de la comunitarización del derecho público económico. Con las SEML, los gobiernos locales han verificado la inutilidad de esconderse detrás sociedades ficticiamente privadas. El derecho comunitario no tiene caso de las definiciones jurídicas nacionales. Usa criterios objetivos para la identificación de las empresas [todo organismo que cumple una actividad de producción o prestación de bienes o servicios, sea con fines de lucro o no, sea público o privado] ; de las empresas públicas [toda empresa en la cual las autoridades públicas ejercen una influenza de decisión determinante sea por la propiedad del capital sea por su poder de nominación o control]. De la misma forma, los municipios accionarios en sociedades de economía mixta siempre están amenazados de ver sus operaciones de aumento del capital en las SEM locales donde son miembros analizadas no como la participación normal de un accionario a su sociedad comercial sino como una

43 CE, Asamblea, 31 de mayo de 2006, el Colegio de Abogados del Colegio de Abogados de París

44 Conseil d'Etat, Les agences: une nouvelle gestión publique; Rapports et Etudes, 2012, La Documentation française.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ayuda pública (generalmente prohibida). De modo que, naturalmente, muchas autoridades locales contemplaron o contemplan con inquietudes y cautela su participación pública en la gestión de los servicios públicos y anticiparon o anticipan la privatización para prevenir los riesgos contenciosos. El sector de la vivienda social es típico45, sin hablar de los grandes grupos de empresas concesionarios de servicios públicos, beneficiarios de derechos exclusivos y potencialmente en riesgo de « abuso de posición dominante ». De allí un movimiento de reducción del sector público local desde dos décadas. El movimiento de privatización parecía inexorable hasta hora. En los últimos años se un número significativo de empresas detenidas a 100% por las colectivades locales han sido convertidas en SEM (Alemania, Italia, Suecia, España)46.

Eliminar los obstáculos de la gestión pública.

La privatización al nivel local, en Francia no concierne tanto las empresas (aspectos orgánicos) que las condiciones de la gestión (aspectos funcionales) tales como: el régimen de los bienes, los plazos y condiciones de pago, el otorgamiento de garantías financieras. La razón de la primera proposición se halla, como ya se ha dicho, en las modalidades de gestión dominante al nivel local. La justificación de la segunda aserción se encuentra

45 Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2012 Francia/Comisión (Asunto T-154/10) genera inquietudes sobre el porvenir de los oficios públicos de vivienda porque será muy difícil probar que las "ventajas" que les procura el régimen de EPIC son necesarias al cumplimiento de la misión de interés general que le es asignada.

46 http://www.lesepl.fr/pdf/carte_EPL_francais.pdf: un cuadro presenta las empresas públicas locales de 25 paises de la Unión europea con sus características y evoluciones.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

notablemente en los cambios significativos que conoce la gestión de las dependencias del dominio público.

En Francia, a la diferencia de los grandes servicios públicos nacionales (producción, distribución de electricidad y gas; telecomunicaciones y correos; transportes marítimos, ferrocarriles y aéreos..) tradicionalmente gestionados por empresas públicas en posición monopolística, los servicios públicos locales y más precisamente municipales se cumplen mediante un sistema original de delegación de servicios públicos (DSP) y los co-contratantes son empresas públicas o más a menudo empresas privadas. Se reagrupan bajo el concepto de DSP: la concesión, la régie interesada, l'affermage (arrendamiento) 72% de los servicios de agua potable y 55 % de asaneamiento son delegados a operadores privados, lo que representa 74% de la población deservida en agua potable y 60% de la población total para el saneamiento47. El sistema de la DSP - que nos están copiando muchos paises de la Unión en los últimos veinte años48 - ha permitido el desarrollo de grupos industriales internacionales de servicios como Veolia, GDF-Suez, Vinci, Alcatel, SODEXO, EDF, France Telecom/Orange. Por lo tanto, la colaboración público/privado a través la colaboración contractual o la participación al

47 Informe para 2009 del Observatorio de los servicios públicos del agua y saneamiento, los cifras son para el agua potable.

48 Los municipios alemanes recurren a empresas públicas locales de derecho privado (Stadtwerke) pero en 45% de aquellos son accionarios exclusivos. España tiene una larga tradición de gestión delegada de los servicios públicos, desarrolladas en los últimos años (por ejemplo, los servicios de agua o calefacción): http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/wiki/econnaissances/view/Questions-Cles/Quellestendancesetquelsenjeuxpourlesservicespublicslocaux

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

capital de las sociedades de economía mixta forma parte de la cultura local.

Sin embargo, el derecho de la competencia ha posiblemente menguado los derechos exclusivos o especiales que se benefician los operadores, y aseguradamente favorecido la privatización de las condiciones de gestión de esos operadores y en particular neutralizado los obstáculos a la utilización comercial del dominio público o la rentabilización de su gestión consecutivos al principio la inalienabilidad del dominio público. Desde 1988, asistimos a la banalización creciente del dominio público con la alteración de la interdicción de consignar derechos reales sobre sus bienes inmuebles o gravarle con garantías (enfiteusis o arrendamientos de largo plazo o todos tipos de derechos reales exigibles entre las partes). No solamente el derecho de la competencia es "oponible" a los actos de gestión del dominio público desde 199949, pero cuando el dominio público es el soporte de actividades económicas, todo acto de gestión relativo a su utilización se considera como una actividad económica a su vez, mismo si en derecho interno es una prerrogativa de potestad pública50

Compartir el riesgo

El modelo francés de DSP está supuestamente basado en un sistema convencional de asociación

49 Conseil d'Etat, Section, 26 mars 1999, Société EDA: si pertenece a la autoridad de asignación de las dependencias del dominio público de gestionarlos en el interés público, aún más cuando estos edificios son la sede de la producción, la distribución y comercialización de servicio, dicha autoridad debe considerar el principio de la libertad de comercio y la industria y de la ordenanza de 1986 (derecho interno de la competencia) en virtud del cual se realizan esas actividades.

50 TPICE, 12 diciembre 2000, asunto T-128/98.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

público-privada, donde la colectividad pública transfiere el riesgo de gestión a un adjudicatario que realiza las infraestructuras en contraparte de una concesión de largo plazo y el beneficio de derechos especiales o exclusivos que le aseguran la rentabilidad de la operación durante todo el tiempo necesario al rendimiento de las inversiones realizadas por el operador. La asociación se basa sobre una idea de alta confianza entre el gobierno local y el contratista proporcionada a la importancia de la inversión y del plazo de la asociación, lo cual justifica la elección intuitu personae del co-contratante al cabo de los procedimientos de licitación. Al restriñir la duración de los contratos de DSP a lo estrictamente necesario al rendimiento de las inversiones dentro de un plazo razonable que permita el juego de la libre competencia, el derecho comunitario de la competencia desestabiliza el equilibrio. Las directrices europeas del 18 julio de 1989 (mercados públicos de obras) y del 18 junio de 1992 (mercados públicos de servicios) menguan la libertad de elección de las autoridades públicas.

Además, las condiciones económicas más rigurosas que enfrentan tanto las colectividades territoriales que las empresas del sector competitivo y también la importancia de las infraestructuras necesarias en algunos sectores (telecomunicaciones, autopistas de la información y de la comunicación) conllevan a modificar las estrategias de financiación de los servicios públicos y a redefinir las lógicas tradicionales de reparto del riesgo. Clásicamente, como se sabe, los modos de gestión de los servicios públicos se clasifican en dos tipos según el criterio de quién paga. Si paga la colectividad organizadora del servicio se trata de "un mercado público", si paga el usuario final (o más bien dicho : si la remuneración es

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

substancialmente asegurada por los resultados de la explotación) se trata de una "delegación de servicio público" (DSP).

Pero la realidad, la financiación de los servicios públicos locales encaja mal el esquema binario porque su realización (que copla a menudo concesión de obras públicas y concesión de explotación) reúne una variedad de técnicas que han ido diversificándose [contrato de promesa de compraventa futura (vente en l'état futur d'achèvement), "arrendamiento para construcción" (bail à construction), arrendamiento enfitéutico administrativo (bail emphytéotique administratif), arrendamiento con opción de compra (location avec option d'achat), arrendamientos financieros (crédito-bail)] Los montajes complejos - que suplantan los modos de gestión tradicionales o convencionales, disgregan las tipologías binarias provocando la crisis de todos los criterios distintivos uno tras otro. Permanecen las incertidumbres y desacuerdos jurídicos en cuanto a la clasificación de tal o tal tipo de contrato y al régimen aplicable (reglas de licitación)51. La última innovación - el contrato de partenariado público-privado ("PPP") – extendido a las colectividades locales por la ley de 2004, sigue suscitando apreciaciones contrastadas. La formula reúne todas las tendencias precedentemente apuntadas: reparte el riesgo financiero y autoriza prácticas hasta hora prohibidas por el derecho de libre competencia y el derecho del pedido público tales como: la globalización de las prestaciones

51 Hay que notar la complejidad del derecho del pedido público donde la noción de "mercado público" o "concesión" recibe definiciones diferentes respectivamente en derecho administrativo y el derecho del contencioso-administrativo, y tiene un sentido en el código francés de los mercados público y otro en el código comunitario....

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

(concepción, financiamiento, realización, transformación entretenimiento de obras públicas o bienes inmateriales, explotación del servicio) ; la asociación del adjudicatario a la definición del proyecto y elecciones técnicas; la negociación de las prestaciones ; el pago diferido52; el largo plazo y la contribución de las colectividad pública al financiamiento de las inversiones hasta 50% o más si el proyecto supera los 40 millones de euros53. Así se levantan otros obstáculos : los plazos y condiciones del pago previstas en el Código de contratos públicos ; las normas relativas al ratio de endeudamiento de las administraciones públicas, a las operaciones de empréstito y préstamo ; el régimen del otorgamiento de garantías o fianzas o de garantía a terceros. 17 contratos de PPP han sido concluidos a nivel municipal en el sector del tratamiento de los residuos y. Sin embargo, desde 2012, la oportunidad de perseguir el recurso al PPP está en cuestión. En efecto, si una primera investigación del Instituto de Administración Empresarial de la Sorbonne asociado con la Misión de Apoyo a los Partenariados Público-Privado (MaPPP) de 2012 establece un balance positivo de los 30 contratos PPP observados, al inverso la Inspección general de la Administración sugiere (en un informe de diciembre 2012) la prohibición del recurso al PPP para las administraciones centrales del Estado y las universidades públicas. Geneviève Fioraso, actual Ministra

52 El Consejo Constitucional ha limitado, en su decisión de 26 de junio de 2003, el ámbito de los "PPP". El contrato de PPP es reservado a las operaciones más complejas o urgentes (financiación privada de trabajos de construcción, mantenimiento y realización de equipamientos y prestación de servicios).

53 La circular del Ministro de Hacienda, EFIT1206010 del 9 de mayo 2012 explica precisamente el dispositivo francés.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de la Enseñanza superior, propone de poner un término a la "inflación de los PPP", impulsados por el gobierno del Presidente Sarkozy54. La argumentación se basa sobre la importancia de los riesgos encorridos por esos organismos – el PPP apareciendo como instrumentos de crédito de mayor costo – y sobre la ausencia de acumulación posible de experiencias y competencias para liderar el proceso de negociación. El estado central para si mismo ha intentado resolver la crítica instituyendo una agencia (la MaPPP) encargado de apoyo transversal a la negociación de los contratos de PPP de las administraciones públicas del estado. Los gobiernos locales que tienen libre facultad de utilizar los servicios de la misión y de facto constituyen una parte importante de las entidades adjudicadoras de los 155 contratos seguidos actualmente por la misión. El peligro de la asociación asimétrica es determinante en la estrategia de posicionamiento de los gobiernos locales.

B. Renovación del control público

El reforzamiento del control público se plantea de dos maneras. La primera es el esfuerzo de los gobiernos locales de introducir un mejor equilibrio dentro de las relaciones entre los gobiernos locales y los operadores caracterizadas por una evidente asimetría (1). La segunda es la cuestión del control de la calidad y eficacia de las políticas dirigidas por los gobiernos locales en materia de gestión de los servicios públicos (2).

54 Los contrato de PPP pasaron de 9 contratos anuales en 2005 a 52 en 2011. Los PPP representaban 0,2% de la inversión pública en 2005, contra 12,2% en 2011. 13% de los PPP firmados en France lo han sido en el marco de la Enseñanza superior.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El control por los gobiernos locales

Mientras pensábamos irreversible la tendencia del mercado a la privatización de los servicios públicos o la extensión del imperio del gestión privada dentro de los contratos de delegación, lo que parece surgir estos últimos años al contrario es el esfuerzo de los gobiernos locales de reafirmar su liderazgo en la dirección de los servicios públicos como la voluntad de conquistar un rol eminente en el desarrollo socio económico del territorio.

La llamada a la renovación del control público local es una constante del debate público en Francia. Maurice Hauriou escribía en 1900 a propósito de la concesión : « es un procedimiento precioso, en el sentido que, sin hacer préstamos directos, la Administración Pública puede asociar a la realización de su obra capitales privados, pero también es un procedimiento peligroso porque, para empezar, es siempre el público quién paga y paga a veces más que lo que exigiría la justa remuneración de los capitales invertidos, además la Potestad Pública enajena una parte de su libertad de acción"55. El PPP no le hubiera hecho cambiar de opinión. Debemos a la desestabilización de la DSP por el derecho europeo de haber levantado el velo de hipocresía que embellecía el modelo asociacionista público-privado francés. Entre otros límites y debilidades, se ha evidencia sobre todo la vulnerabilidad de los gobiernos locales frente a las empresas multinacionales que se reparten el mercado de los servicios públicos locales en todos los sectores y que tienen el poder de imponerles sus condiciones. No es un azar si la ley No 93-122 del 29 de enero de 1993 que reorganizó los

55 M. Hauriou, Précis de droit public et de droit administratif général, edición Sirey, 1900, 1er fasc. 4e edición, p. 720.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

DSP fijando las normas de publicidad, licitación y contratación pública se intitula Ley de prevención de la corrupción y de la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos y si coincidió con el inicio de la europeización de los servicios públicos industriales y comerciales. Las condiciones de devolución de los servicios públicos locales se revelan a menudo opacas, los plazos excesivos, los costos demasiado conformes con lo que denunciaba Hauriou y, en la mayoría de los casos, se destaca la falta de control eficaz de la ejecución de los contratos, del costo y del rendimiento. Son las mismas empresas hegemónicas que incitan los gobiernos locales a llevar políticas de outsourcing (externalización) y que impulsan la multiplicación de los montajes jurídicos complejos que solas superan. Los asuntos contenciosos llevados ante la jurisdicción administrativa son punta del iceberg de los abusos de posición dominante que sufren las colectividades locales56. Pero, desde unos poco años, observamos la tentativa de los gobiernos locales urbanos de retomar en mano la gestión de los servicios públicos y mismo en algunos casos la voluntad de recuperarlos en gestión directa. Esa evolución es particularmente sensible en el sector del agua y del saneamiento donde existen varias redes de asociaciones ciudadanas - nacionales e internacionales - que militan par volver a la gestión directa del agua. Varios elementos acreditan la idea de un refuerzo del control público.

En primer lugar, la adopción por el Consejo europeo de los Gobiernos locales y regionales de la Carta europea de los servicios de interés general locales y regionales en 2009 atesta la clara voluntad

56 Incluso por parte de las empresas públicas nacionales como Electricidad De Francia que continúa a gozar de un monopolio público nacional de distribución de la electricidad.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de los gobiernos locales de retomar la libertad que las directivas europeas les han ido suprimiendo. Reivindican el poder discrecional de determinar los tipos de SIG; de excluir del derecho comunitario ciertos servicios públicos sociales, educativos y de salud así como los servicios culturales y de excluir del derecho de la competencia los SIEG exclusivamente locales. Cuando la Carta proclama la libertad de definición del régimen de asociación público-privado y público-público así como la necesidad de eximir del derecho de la libre competencia los organismos pertenecientes a la colectividad o bajo su control, se hace el eco de la batalla lograda en la CJUE para exonerar del derecho de la competencia el suministro interno o doméstico57. Aprovechándose, en segundo lugar, de la ventana de oportunidad abierta por esa jurisprudencia de la CJUE dicha del "in house providing", el Parlamento francés adoptó, a su casi-unanimidad, la creación de una nueva categoría de empresa local - la Sociedad Pública Local (SPL)58. Al igual de la SEM59, las

57 CJCE, 18 novembre 1999, Teckal Srl c/ Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, aff. C-107/98, R. p. I-8121). Significa que las operaciones "in house" no están sometidas a la normativa específica contractual pública siempre y cuando se reúnan las condiciones siguientes : a) la administración adjudicadora debe ejercer sobre la entidad gestora un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios ; b) la entidad gestora debe dedicar sus actividades esencialmente a la o las autoridades adjudicadoras.

58 Véase el número dedicado a laSPL de la Revue Française de Droit Administratif (RFDA) N° 6 de 2012. Dalloz, Paris.

59 Las SPL son también sociedades de responsabilidad limitada, básicamente regidas por el derecho privado. A la diferencia de la SEM que tiene un capital mixto y por lo menos siete accionistas, incluyendo por lo menos a una persona privada, la SPL tiene un capital exclusivamente público, en manos de al menos dos colectividades locales o agrupamientos de colectividades locales. La SPL no puede intervenir fuera del

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

SPL son sociedades comerciales con capitales exclusivamente público, que son exclusivamente competentes para llevar a cabo las operaciones de construcción o desarrollo, y gestionar los servicios públicos industriales o comerciales de interés general que les encomiendan las autoridades públicos accionarias y exclusivamente dentro del territorio de competencia de dichas autoridades y eximiéndose de toda norma de competencia. En realidad, Francia se ha solamente puesto al diapasón de los otros países europeos que ya conocían la excepción mientras ella se obstinaba a reivindicarla para sus SEM. Sin embargo, para entender la importancia de la SPL en Francia, hay que contextualizarla dentro de: a) el movimiento actual de reorganización territorial con la agrupación de los municipios en varios tipos de comunidades que realizan un neo-federalismo urbano ; b) la convergencia de las mayorías políticas nacionales y locales hostiles a la dinámica de privatización y a los contratos de PPP y c) la llegada al vencimiento de sus plazos de una gran parte de las delegaciones de servicios públicos contratadas en los sectores del agua hace unos veinte años. Por lo tanto, estamos en un contexto favorable a la vuelta a la gestión directa o casi-directa mediante SPL con la credibilidad otorgada por la asociación intermunicipal60.

territorio de sus accionistas. Las SPL complementan la gama de las empresas públicas locales y constituyen un nuevo modo de intervención capaz de modernizar la gestión de los servicios públicos locales. La SPL fue creada con un objeto extendido por la ley de 28 de mayo 2010. 22 SPL se han sido creadas desde el 1 de junio de 2010.

Claro las asociaciones de ciudadanos que piden la vuelta a la "régie" directa dno están satisfechos de la multiplicación de la SPL.

60 Nathalie Laval Mader, La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative, RFDA n°6, 2012 p. 1092.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El control de la calidad y de las políticas de la gestión

Pero el desafío del control público no se resume a la busca de un mejor equilibrio de las relaciones públicas-privadas en la delegación de los servicios públicos sino que incluye una exigencia creciente de la evaluación de las políticas de gestión decididas por los gobiernos locales: control de la racionalidad de las opciones en materia de modos de gestión, control del cumplimento y rendimiento del servicio. A eso se debe añadir el tema del control ciudadano cada vez más valorizado.

En Europa, los servicios públicos locales representan un peso económico importante dentro de la economía de los servicios al nivel del mercado europeo. El nivel de responsabilidad asumido en la materia por los Gobiernos locales esencialmente municipales se relaciona directamente con la estructura del Estado y su nivel de descentralización. En la mayoría de los países sean unitarios o federales, unas cuantas actividades forman el zócalo básico de los servicios públicos locales (más o menos los que están indicados en el cuadro 1)61. Los servicios creados

61 En países unitarios más descentralizados, los municipios pueden asegurar servicios más originales por ejemplo los servicios de salud o de asistencia médica en Dinamarca o, como en Suecia, la gestión de 45% de los alojamientos sin fines lucro. En los paises federales, como Alemania o Austria, los Lander y municipios asumen todos servicios públicos que no están atribuidos a la Federación (telecomunicaciones, servicios postales, protección social); la distribución de las competencias entre los diferentes niveles de gobierno difiere de un Land a otro y de un tipo de infraestructura a otra. Los municipios alemanes ejercen competencias extendidas en los servicios variados (educación primaria y segundaria, salud y atención medica, transportes, alojamiento y todos los servicios listados ya), mientras que en Francia su competencias se limita en materia educativa

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

por los municipios pueden ser obligatorios o facultativos, dotados o no de personalidad jurídica propia, con carácter administrativo o industrial y mercantil ejecución según lo determina la ley o la jurisprudencia. En Francia, los municipios y otros niveles de gobierno local cumplen un papel que va creciendo62 y los servicios cuentan con más de 86% a 98% de tasa de cobertura efectiva de loas necesidades de la población en todo el territorio, con criterios razonables de accesibilidad geográfica y social al ciudadano, conforme con los principios fundamentales y constitucionales que rigen la materia. Sin embargo del punto de vista del control democrático de la eficiencia y eficacia del servicio, mucho queda por hacer.

---

y de salud a compartir con el estado el financiamiento de las Infra-estructuras. La capacidad de establecer y recaudar impuestos es muy variable según la estructura del Estado, muy controlada en Francia está bastante extendida en los Estados regionales (Bélgica, Italia) y federales. Para las fuentes Véase nota 48.

62 Las colectividades locales gozan nuevas autorizaciones tales como: el establecimiento y la explotación en su territorio de la infraestructuras y redes de comunicación electrónica; la posibilidad de prolongar sus actividades de servicio público por actividades comerciales accesorias, y la posibilidad de presentar su candidatura en un licitación pública. La ley reconoce la misión de sostenimiento a las actividades económicas desempeñada por los municipios y los departamentos...

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cuadro 1. Clasificación de los servicios públicos locales en Francia según sur naturaleza.

Servicios públicos administrativos o industriales y comerciales según el modo de financiamiento	**Servicios públicos administrativos con remuneración parcial sobre el usuario**	**Servicios públicos administrativos gratuitos para el usuario**
Eliminación de los residuos domésticos y asimilados mercados, ferias Transporte público de interés local Etc....	campings municipales Baños y duchas Piscina Teatros municipales, casas de la cultura Centros de Recreación, centros recreativos, campamentos de verano Viveros Los comedores escolares Cementerio Etc.	Mantenimiento de parques públicos, playas y otros lugares públicos Gestión de centros de información Bibliotecas Actividades culturales y de turismo Etc...

La creación de la SPL ha levantado inquietudes en cuanto a las capacidades de los gobiernos locales de actuar con eficacia y eficiencia. En los círculos académicos notablemente, los especialistas de contratación pública se pronuncin a favor de la generalización a todos los actos de organización del servicio público sea por delegación sea por la creación de una empresa pública dedicada para de los procedimientos implementados en materia de contrato de PPP notablemente la evaluación previa. Efectivamente, la ley impone previamente a la conclusión de un contrato de PPP un análisis muy riguroso y completo de todos los medios requeridos, de la organización que necesitan y de los impactos que implican para la colectividad local. La evaluación debe justificar las opciones jurídicas comparando el PPP por lo menos con dos otras fórmulas jurídicas posible. Esas exigencias atestan del carácter excepcional que le legislador ha querido reservar al PPP. Sin embargo, se podría extender a los otros modos de gestión estudios de impacto similares para verificar que la colectividad local a tomado en cuenta todas las exigencias

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de corto, medio y margo plazo. Por lo menos, tal obligación permitiría sentar posibilidades de control efectivo a lo largo del contrato de los costos, seguimiento de los resultados, y organizar una observación comparativa transparente de las prácticas locales.

La propuesta es relevante para el mejoramiento de la gestión local, pero está claramente en contradicción con la libertad de administración reivindicada por los representantes europeos de los gobiernos locales. Por ejemplo, para la determinación de las compensaciones financieras de las obligaciones de interés general, aquellos recusan la necesidad de justificar - como lo pide la CJUE - los costos comparados de las empresas públicas con los de una empresa privada.

Por lo tanto si parece totalmente legítimo reforzar la libertad de administración de los servicios públicos y dejar los gobiernos locales conciliar más estrechamente la política de la competencia con los retos de las otras políticas públicas notablemente las politicas sociales, educativas, culturales, medioambientales o específicamente locales; pero también importa recordar que la libertad de gestión reconocida a las colectividades locales no existe para satisfacer la autonomía del poder local sino para satisfacer el interés general de la población y que el cumplimiento de ese pacto debe ser comprobado por mecanismos transparente de control democrático en cuales los usuarios participen eficazmente. Sin duda, el control de gestión prosperará mediante el progreso de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos.

En conclusión, la instabilidad jurídica que caracteriza los servicios públicos locales en Europa manifiesta el conflicto de valores et intereses entre las sociedades europeas y en el seno de cada

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

una de ellas. La capacidad y la oportunidad de dejar las autoridades públicas comportarse como agentes económicos no se cuestiona de la misma manera los países anglosajones, los países del ex-bloque soviético y en Francia donde el Estado y los gobiernos locales han siempre desempeñado un papel de los más relevantes para la consolidación política y social de la nación y la modernización económica. ¿Hasta que punto tal servicio públicos es necesario al mantenimiento de los equilibrios nacionales o derechos de los ciudadanos? Hasta que punto, la existencia de un interés general justifica un derecho exorbitante? Los términos del debate pueden evolucionar, transformarse, pero no pienso que la instabilidad jurídica desaparezca mientras duren esas interrogaciones constitutivas del derecho administrativo.

DR © 2014. Asociación Internacional de Derecho Administrativo