

CONTROL DE SERVEIS EXTERNALITZATS.

Consideració sobre la Llei 30/2007, de 31 d'octubre, de Contractes del Sector Públic

Joaquim M. Perramon i Ayza

Ponència presentada al Seminari del Grup de Recerca IAFI, 27 de febrer del 2009

Resum

S'explica el que preveu a la Llei 30/2007 de Contractes del Sector Públic en matèria de control del serveis externalitzats. La poca exigència de la llei fa concloure que a Espanya es produeix el fenomen conegut com captura o segrest del regulador.

Paraules clau: contractes sector públic, captura regulador, control, serveis externalitzats, sector públic.

Summary

this workpaper gives the detail of the procedure of capture of the regulator in Spain

Key words: public contracts, capture regulator, Spain , control

1.- Presentació

La intervenció del sector públic a l'economia es justifica en situacions com ara l'existència d'externalitats, monopolis naturals o per a la provisió dels anomenats bens públics que a diferència dels bens privats tenen com a característica la de ser total o parcialment indivisibles. Ara bé, tot i acceptant aquest espai pel sector públic, no hi ha consens sobre la forma o procediment que ha de tenir aquesta intervenció pública, és a dir sobre si els bens i serveis públics s'han de proveir per empreses públiques o privades¹.

¹ Afirmació de Sappington i Stiglitz (1987, p.569) en un treball de referència sobre l'externalització, en què parteixen d'aquests principis del sector públic

Aquests principis sobre l'actuació del sector públic, de vegades obviats o no considerats en els reconeguts literatura econòmica sobre la qüestió², son essencials. Per exemple, Tothom estarà d'acord en que la privatització d'un monopoli públic que degeneri en un monopoli privat seria un fracàs. Es més, l'avaluació de l'externalització s'ha de fer d'acord amb els principis assenyalats.

Per tant d'entrada, tot i que l'externalització en aquests moments és una tendència a nivell mundial que va començar en el Regne Unit de Margaret Thatcher i que s'ha anat imposant, no necessàriament sempre resulti avantatjosa. En aquest aspecte de nou poden ser determinants les característiques del bé públic que s'administra. Així la indivisibilitat dels serveis públics té molt a veure amb la possibilitat de que hi hagi competència en la seva provisió i com assenyalen Germà Bel i Xavier Fageda (2007) “*els estudis...suggereixen que, des del punt de vista de l'eficiència, més que no pas el tipus de propietat de l'empresa que produeix el servei, els beneficis de la contractació externa depenen de la intensitat dels estímuls derivats de la competència*”. En idèntic sentit s'expressa Amadeu Petitbó (1997).

Per tant l'externalització de la provisió dels serveis públics millorarà l'eficiència només en un entorn competitiu, és a dir quan la privatització realment representi una liberalització³. De la privatització sense liberalització, això és amb manteniment de règim de monopoli, se'n pot esperar una major eficàcia però no més eficiència.

El primer problema, doncs, a considerar pel que fa al control l'administració sobre els serveis externalitzats hauria d'orientar-se cap a analitzar les garanties d'entorn competitiu que possibiliti la consecució d'una provisió externalitzada més eficient.

En la idea que els serveis privatitzats o externalitzats s'han de fer en un entorn competitiu hi ha consens, però aquest sol ser un objectiu molt complicat, com a conseqüència de la naturalesa pública d'aquests bens i serveis i fins i tot pot passar que un entorn competitiu no sigui del tot possible, i llavors cal que l'administració reguli o tuteli la provisió privada del servei. Com el regula? Aquí és on s'acaba el consens.

George Stigler (1971) deixà sentenciat en un article de referència sobre la matèria que pot passar que la regulació i el control sigui pervers, de tal manera que aquells mecanismes previstos per a atendre uns interessos públics acabin estant al servei dels interessos privats, la qual cosa és perjudicial per a l'economia.

² Guillem Lopez Casanovas presenta una síntesi de la literatura econòmica sobre la matèria (2003 , cap. VI)

³ Anton Costas i Germà Bel han advertit del risc de confondre privatització amb liberalització (p.236)

Podem considerar el sistema de control, regulació o tutela com un joc entre quatre agents (consumidor-ciutadà, empresa privada, poder legislatiu, i Administració reguladora) amb informació asimètrica a favor de l'empresa i on el consumidor hi té les de perdre. Prendre en consideració aquests problemes hauria de permetre dissenyar un sistema de control més adequat per a la provisió eficient del servei o bé desistir de l'externalització del servei quan no sigui possible garantir el guany d'eficiència.

De vegades l'eficàcia dels mecanismes de regulació depèn d'aspectes que se situen fora de les possibilitats d'intervenció de l'organisme regulador. Per exemple, la bondat dels mecanismes de control dependrà entre altres coses de qüestions bàsiques com que l'Administració reguladora sigui independent, la qual cosa requereix un sistema polític democràtic. Això s'acostuma a donar per suposat en els manuals d'economia elaborats normalment en països avançats, però a gran part del món aquestes condicions polítiques no es donen.

Essent que el principal problema dels mecanismes regulatoris és l'asimetria de la informació de què disposen els diferents agents afectats, l'avaluació d'aquests mecanismes s'ha de fer considerant si agreugen o no el problema. En aquesta comunicació considerarem en particular els mecanismes de control que es deriven de la Llei de Contractes del Sector Públic amb l'enfocament esmentat per tal com aquesta llei és la més general dins de la normativa reguladora.

2.- El marc teòric general

L'externalització bàsicament passa per la contractació, això és definir un proveïdor en base a l'oferta econòmicament més avantatjosa.

La Llei 30/2007 de Contractes del Sector Públic (LCSP) considera les següents modalitats de contracte:

a.- Obres. L'obra pública és perfectament externalitzable i de fet es realitza per empreses privades. La contractació d'obra pública es fa en molts casos per empreses públiques especialitzades en la gestió i planificació d'obra. Si el sistema polític funciona, s'imposa un entorn de competència.

b.- Concessió d'obra pública. Aquest contracte es realitza en un entorn de competència tot i que la LCSP és poc exigent pel que fa al procediment

d'avaluació econòmica e les ofertes⁴ . Les concessions acostumen a ser llargues i aquesta circumstància planteja clarament un problema de seguiment i control amb informació asimètrica. La manca d'exigència de la LCSP en l'avaluació econòmica de les ofertes es tradueix necessàriament en una manca de control de la concessió.

c.- Gestió de Serveis Públics. La gestió dels serveis públics pot fer-se a través de diverses modalitats com la concessió, la gestió interessada, el concert o bé mitjançant societats d'economia mixta (art 253 LCSP). Per aquest tipus de contracte valen les mateixes consideracions que les fetes a l'apartat b.

d.- Serveis. Igual que passava amb les obres, els serveis es poden contractar perfectament en un entorn competitiu, si bé, cal dir que la LCSP al situar en 60.000,- euros el llindar a partir del qual és obligada la publicació, contribueix ben poc a què això sigui així.

e.- Contractes de col·laboració entre el sector públic i sector privat. Es tracta d'una modalitat nova de contractació. En principi, aquests contractes serveixen per a resoldre el finançament d'obres públiques, per exemple, i per tant no s'hauria d'esperar que presentin les complicacions de les modalitats b i c.

La teoria espera de la contractació externa com a mínim millores en l'eficàcia (reducció de costos i millora de la productivitat) i en la capacitat de finançament⁵. Si el marc és competitiu, i, tal com hem dit, la Llei no hi ajuda massa, això serà així. El sistema serà alhora eficaç i eficient. Aquest seria el cas de les obres (a) els serveis (d) i els contractes de col·laboració (e).

La gestió externalitzada de serveis públics i les concessions poden fàcilment ser més eficaces, però l'eficiència té més requisits.

Sappington i Stiglitz (1987) assenyalen tres tipus de problemes que poden originar 'fallides de la privatització': els problemes per a fixar el cost del servei en el cost mínim de producció, la magnitud dels costos de contractació i les restriccions que limiten la flexibilitat dels contractes com a elements de gestió i les dificultats en el control del compliment dels contractes.

⁴ Perramon (2008)

⁵ Es pot veure entre altres el treball de Guillem López Casanovas (2003)

En definitiva, com hem indicat anteriorment, es produeix un problema d'informació asimètrica que serà a més la causa de la *captura o presó* de l'Administració reguladora.

En una concessió, que prenem d'exemple com a modalitat de referència, és possible que s'hagin de fer inversions, s'han d'establir les tarifes que han de pagar els usuaris i el seu sistema de revisió, i l'Administració pot haver de pagar una contraprestació en determinats casos o cobrar un cànon en uns altres. Al llarg de la vida de la concessió poden passar moltes coses: millores tecnològiques, canvis en el tipus de prestació del servei, etc. A més, al final de la concessió l'Administració haurà d'assumir el servei (equips, personal,...), i, de fet, n'és sempre la última responsable de manera que si es produeixen incidències en la prestació, poden tenir un impacte en la opinió pública.

En aquestes condicions, o la privatització i, en general, l'externalització milloren l'entorn competitiu, o no només no garanteix la major eficiència en la provisió de bens i serveis sinó que pot ser l'origen de la corrupció política, tal com analitza Frederic Bohem (2007 i 2005). Deixant a banda consideracions ètiques, la corrupció tindria un enorme cost d'eficiència per a tot el sistema econòmic en conjunt.

George Stigler (1971), que és el pare del concepte de la "*captura o presó*" del regulador, també considera la captura dels polítics com l'exemple clàssic de l'abús de les empreses privades que presten serveis públics per el populisme i la politiqueria. Tanmateix el problema central que planteja Stigler no pertany al camp de la ètica sinó de l'economia. Encara que la *captura* de l'administració reguladora fos formalment legal igualment seria ineficient, ja que els recursos dedicats a l'apropiació de rendes a través de la *captura* de l'Administració no fan creixen el *pastís* de la riquesa general del país sinó que serveixen per a prendre'n una part més elevada.

3. Sobre el control

Es difícil dissenyar un marc teòric del control de l'externalització perquè de fet no hi ha consens sobre el problema a resoldre. Tal com hem apuntat, hi ha certa contradicció en la privatització de quelcom que és per naturalesa públic. Hom privatitza serveis públics com els de l'aigua, la llum, el transport, o les comunicacions,... amb unes característiques que els converteixen sovint en monopolis naturals. L'ideal de la privatització seria aconseguir uns serveis amb l'eficàcia i capacitat de finançament

privada però amb objectius públics, els quals s'aconseguirien mitjançant la regulació. El problema esdevé quan aquestes empreses acaben tenint una posició de predomini entre els agents implicats en una situació d'informació asimètrica (ciutadans-usuaris, poder legislatiu, poder executiu en el paper de regulador, i les empreses regulades) poden capgirar el sistema amb la *captura* del regulador.

Malgrat la dificultat del problema hi ha consens en què la privatització és més eficient en un marc de competència, la qual cosa resoldria una part del problema.

Per tant també hi ha consens en la el principi que aquells serveis que es privatitzin alhora s'han de liberalitzar tot i promovent la competència en el sector, objectiu que pot presentar moltes dificultats, donades les característiques d'alguns d'aquests sectors. Habitualment s'intenta introduir la competència mitjançant la desintegració vertical, i deixant la regulació més estricta en la part el monopoli natural. És el que s'ha fet amb les empreses elèctriques, sector en què s'ha obligat a la separació entre producció i comercialització i s'ha reservat el transport a través de la xarxa a una empresa pública. En el cas dels monopolis locals, com l'aigua, això encara és més difícil.

A banda de l'estímul de la competència, el sistema millorarà amb el control extern de l'Administració reguladora, que es fa o bé a través de les institucions i organismes encarregats de la defensa de la competència o bé per la pressió dels ciutadans-usuaris.

Aquesta segona possibilitat requereix transparència dels procediments de contractació i la independència dels mecanismes de control i els mitjans de comunicació respecte a les empreses regulades.

Son diversos els sistemes de regulació existents, els més estesos són la regulació per costos, habitual a Europa, i la regulació per taxa de retorn, més habitual als Estats Units. En el primer cas, la idea bàsica és que l'empresa informa dels seus costos i fa una proposta de preus que li permet un excedent, que s'admet com a recompensa pel risc empresarial. Amb la regulació per retorn el que se li permet a l'empresa és assolir una taxa de retorn que es considera adequada en funció dels rendiments del sector i una prima de risc.

La regulació per costos no incentiva, ans al contrari, la reducció de costos ni tampoc l'eficiència productiva. En canvi, la regulació per taxa de retorn té més costos de control i informació.

En la literatura sobre el tema s'acostuma a suposar que el regulador té la possibilitat d'encarregar auditories econòmiques i tècniques per a fer el seguiment de l'activitat.

En qualsevol cas, es considera que en els dos procediments la informació és asimètrica, i per tant son extraordinàriament vulnerables a la *captura* del regulador, en particular en els processos de renegociacions de preus (Bohēm, 2005 p.253).

Un tercer sistema de regulació que segons Bohēm estalviaria els problemes assenyalats és l'anomenada regulació per incentius, consistent en establir uns preus màxims sense més consideracions de manera que les empreses tinguin incentius per produir barat, a més poden fixar l'estructura de preus que mes interressi i no requereix un control administratiu costos. Amb aquest procediment, tanmateix, les empreses poden tenir un incentiu per augmentar beneficis en detriment de la qualitat del servei, de manera que l'Administració hauria d'imposar condicions per tal d'eliminar aquesta possibilitat.

En la literatura econòmica sobre el control de les concessions es troba a faltar la consideració de la possibilitat de rescat de les concessions o serveis privatitzats. Tal possibilitat evitaria que les concessionàries exageressin *pro domo sua* l'obtenció de resultats adversos ja que l'Administració podria valorar la concessió a un preu baix per tal de procedir al seu rescat i posterior transmissió mitjançant concurs. Igualment l'eventual rescat de la concessió podria emprar-se per a incentivar el manteniment de la qualitat del servei.

4.- La llei de Contractes del Sector Públic

La normativa sobre regulació és tant àmplia com les pròpies competències reguladores del sector públic. Sectors típicament considerats a la literatura econòmica sobre regulació són l'energia, el transport o les telecomunicacions, però hi altres sectors molt importants que han passat més desapercebuts, com és el cas de la regulació urbanística, que a més té molt a veure amb l'origen de la crisi econòmica que estem patint en aquests moments. A més de la normativa específica d'aquests sectors esmentats, la normativa general que afecta l'externalització de serveis és la Llei 30/2007, de Contractes del Sector Públic.

Ja que, tal com hem esmentat, l'aspecte essencial de l'externalització és la possibilitat de que es realitzi en un entorn competitiu que és el que garanteix l'eficiència, els contractes es podrien classificar en dos grups, les obres, serveis i subministres, pel qual contractar en un marc competitiu no ha de ser massa difícil i els serveis públics i concessions que presenten majors dificultats

El control del serveis externalitzats afectaria al segon grup. Doncs bé, la Llei 30/2007 ignora aquesta possibilitat, regulant únicament alguns aspectes que sorgeixen en el transcurs de la concessió, com ara la modificació del contracte. S'estableix, per exemple, el principi que l'Administració ha de garantir l'equilibri econòmic, però qui sap realment quin és aquest equilibri si qui té la informació és el concessionari ?.

A part d'això, l'eficàcia de la regulació té un abast més ampli que el de les mesures específiques al respecte i depèn de qüestions tal com la transparència, la independència del regulador, la informació dels diferents agents o el cost d'informació del regulador.

A la pràctica, per exemple, la normativa és incapaç d'evitar la picaresca i el frau de llei perquè normalment els expedients de contractació poques vegades no se sotmeten a prova. Difícilment es comprova externament si en un expedient de contractació s'ha realitzat la publicitat oportuna, si els informes tècnics signats son de persones homologades, o si el sistema d'avaluació de les ofertes és correcte. Quan els expedients se sotmeten a examen, com fa la Unió Europea en les obres que subvenciona, els defectes afloren. La Llei confia excessivament en el control intern i no dona entrada al control extern dels expedients de contractació, que és un tasca que podria encomanar-se perfectament a auditors especialitzats.

Cal afegir, a més, que la Llei 30/2007 fixa el llistó de l'avaluació econòmica dels contractes a diferent alçada per les modalitats de concessions d'obra pública, concessions de serveis i contractes de col·laboració amb l'empresa privada. En el primer cas la Llei exigeix un estudi de viabilitat (art 112), en el segon, un avantprojecte d'obra i explotació (art.117) i en el tercer, una avaluació prèvia (art.118). Per a l'avaluació prèvia dels contractes de col·laboració amb l'empresa privada requereix que la *"realitzi un organ col·legiat on s'integrin experts amb qualificació diferent en la matèria sobre la qual versa el contracte"* (apartat 3 de l'art. 118) i per a les concessions no exigeix una determinada solvència tècnica de l'avaluador, la qual cosa s'ha de valorar negativament perquè l'exigència en l'avaluació té molt sa veure amb el control posterior d'aquell projecte. Un projecte ben avaluat pot ser o no ben controlat, mentre

que un projecte mal o poc avaluat és impossible que posteriorment es controli adequadament⁶.

Una novetat positiva de la llei pel que fa al control extern s'ha d'enviar còpia dels expedients de contractació al Tribunal de Comptes en cas d'imports superiors als 800.000,- euros en obres, 450.000,- euros en subministraments i 150.000,- euros en serveis (art.29). Cal esperar el resultats.

Per tot el que s'ha argumentat, donant per fet el fenomen de la *captura* del regulador, teoritzat per economistes del prestigi i reconeixement de G.Stigler o J. Stiglitz, guardonats amb el premi Nobel d'economia, hauríem de classificar la Llei 30/2007 de Contractes del Sector Públic com un fenomen de *captura* del regulador *ex-ante*⁷ (*state capture* en terminologia del Banc Mundial) en la qual la regulació encara no existeix i s'intenta *capturar* al poder legislatiu per a poder influir així des de la fase del disseny de les institucions reguladores.

5.- Conclusions

Tothom està d'acord en què l'externalització millori l'eficiència econòmica quan va acompanyada d'un entorn competitiu. Tanmateix, com a conseqüència de la naturalesa dels bens públics, aconseguir un entorn competitiu pot ser molt complicat: tant que no sempre és possible.

L'intent regulador de l'Administració d'aquells bens que per naturalesa li son propis fracassa com a conseqüència del fet que la informació de què disposen tots els agents interessats (consumidors-ciutadans, empresa concessionària o tutelada, poder legislatiu i administració reguladora) és asimètrica a favor de l'empresa.

La captura del regulador no és generadora de riquesa econòmica sinó que està orientada a absorbir la riquesa generada per la resta de sectors productius.

Evitar o mitigar la captura de l'Administració per part dels interessos privats depèn del propi estadi de desenvolupament del sistema polític: independència dels poders, independència dels mitjans de comunicació, transparència informativa, participació del ciutadà, independència dels funcionaris i mitjans de fiscalització de l'executiu, preparació tècnica dels càrrecs polítics a l'Administració, entre altres.

⁶ Desenvolupat a Perramon 2008

⁷ Bohém, 2005 p. 248

L'estructura econòmica d'Espanya és tal que, a diferència d'altres països, les grans empreses depenen del regulador públic, de manera que no hi ha per la via empresarial un contrapès interessat en evitar la *captura* del regulador. En canvi sí que hi ha certa pressió per part de la Unió Europea.

Tot i que el problema de l'externalització té a veure amb al sistema polític i econòmic, interessa considerar com es regula i s'instrumenta l'externalització.

A Espanya hi ha una legislació específica per molts sectors regulats (energia, transport, urbanisme,...) i una normativa general recollida a la Llei de Contractes del Sector Públic (30/2007).

La llei Llei 30/2007 ignora no solament el control dels serveix externalitzats sinó també el problema de la informació asimètrica i la *captura* del regulador. Per tant, tal com s'ha justificat a l'apartat anterior, tampoc posa elements per a l'examen i avaluació econòmica rigorosa dels contractes, la qual seria la base imprescindible per a dur a terme un seguiment i control adequat. Això ens fa considerar que la possibilitat de que es produeixi la *captura* del regulador en origen ja des de la pròpia Llei.

Vist des d'un altre punt de vista: què hauria de fer la Llei per a evitar la captura del regulador? Doncs tot allò que vagi orientat a que la informació no sigui asimètrica i a l'equilibri de forces entre els diferents agents implicats. Això és transparència, foment de la competència, foment de la independència del regulador, solvència tècnica de l'avaluador, intervenció d'institucions fiscalitzadores, etc.

Per tant a Espanya la Llei 30/2007 és exemple de captura *ex ante* , procés pel qual els grups empresarials intenten capturar el poder legislatiu per a influir en el disseny de les institucions reguladores. Aquest resultat és coherent amb l'estructura econòmica del país amb un predomini de grans empreses dependents del regulador.

Una altre conclusió important és que en base a la Llei 30/2007, l'externalització que realitzin els ens contractants sotmesos a la Llei - això és el conjunt del Sector Públic- no ha de comportar necessàriament major eficiència econòmica, la qual cosa no significa que no sigui així, perquè els ens contractants tenen la possibilitat de millorar les exigències de la Llei. Tanmateix, qualsevol externalització està sota sospita en el sentit que, de la mateixa manera que el Tribunal de Defensa de la Competència ha fet un seguiment dels grans sectors privatitzats⁸, els serveix externalitzats per la via de la Llei de Contractes del Sector Públic també s'haurien d'examinar a la vista del resultat final en termes d'anàlisi de la competència.

Sant Adrià de Besòs, febrer de 2009

⁸ A. Petitbó(1997) presenta una valoració dels diversos sectors.

BIBLIOGRAFIA

- Bel, Germà i Fageda, Xavier (2007).** La privatització de serveis locals: concentració empresarial i competència a Catalunya. Universitat de Barcelona-Tribunal de Defensa de la Competència de Catalunya. Col·lecció d'Estudis. Novembre 2007 http://www.gencat.net/economia/tcdc/estudis/documents/Residus_Novembre_2007.pdf
- Bohém Frédéric (2007)** Regulatory Capture Revisited – Lessons from Economics of Corruption. Internet Center for Corruption Research (ICGG), Working Paper n° 22.
- (2005) Corrupción y Captura en la regulación de los servicios públicos. Revista de Economía Institucional, segundo semestre, año/vol.7, número 013 Universidad Externado de Colombia, Bogotá
- Costas, Anton, Bel, Germà (2000).** Privatización y postprivatización de servicios públicos: riesgos regulatorios e impuestos ocultos. Es caso de España. CEPAL. Serie Seminarios y conferencias, n°3 . Diciembre de 2000
- Lopez Casanovas, Guillem (director) (2003).** Els nous instruments de la gestió pública. Col·lecció Estudis Econòmics. Servei d'Estudis de La Caixa
- Perramon Ayza, Joaquim M. (2008).** Avaluació d'intangibles i contractació pública. IAFI (Universitat de Barcelona)24 i 31 d'octubre de 2008
- Petitbó Juan, Amadeu (1997)** Competencia, reforma de la regulación, privatización y competitividad. Ekonomiaz n37 I, 1997
- Sappington David E.M. & Stiglitz, Joseph E. (1987)** Privatization, Information and Incentives. Journal of Policy Analysis and Manegement (1986-1988); Summer, 1987
- Stigler, George J. (1971)** Theory of Regulation. Bell Journal of Economics and Management Science, no. 3,pp. 3-18.