

# El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general

*Leonor Moral Soriano*

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada

## SUMARIO

0. INTRODUCCIÓN
  1. SERVICIO PÚBLICO COMO TÉCNICA DE INTERVENCIÓN PÚBLICA
  2. INTERVENCIÓN PÚBLICA EUROPEA: LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL—2.1. *SIEG y Derecho comunitario de la competencia*—2.2. *El valor no de mercado de los SIEG*—2.3. *La naturaleza funcional de los SIEG*
  3. INTERVENCIÓN ESTATAL: SERVICIOS PÚBLICOS
  4. CUANDO LOS SIEG Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS SE ENCUENTRAN—4.1. *El servicio público influye al SIEG*—4.2. *El SIEG influye el servicio público*—4.2.1. La juridificación del servicio público: técnicas de policía administrativa—4.2.2. El contenido del servicio público como técnica de intervención—4.2.3. La justificación del servicio universal—4.2.4. Judicialización del servicio público
  5. CONCLUSIONES
-

## 0. INTRODUCCIÓN

En este artículo, se analizan una situación particular de múltiple regulación: la regulación de la intervención pública en la economía para garantizar la provisión de servicios públicos, en particular los servicios de carácter industrial o comercial. Estos servicios o bien son ofrecidos por los Estados (directamente o mediante concesión) o bien su provisión es garantizada por los mismos. En ambos casos, la intervención pública debe someterse a las reglas de la competencia del Derecho comunitario y a las del Derecho administrativo.

Para el Derecho comunitario las actividades de interés público están separadas de las actividades de interés económico: a las primeras no se les aplica las reglas de la competencia, mientras que las segundas están sometidas a éstas (MALARET GARCÍA 1996, 143). También el Derecho nacional establece las condiciones en las que la intervención pública está justificada y es conforme al ordenamiento jurídico. Pero el Derecho comunitario y el Derecho nacional han elegido vías distintas para regular la intervención pública en sectores económicos. En particular, el Derecho comunitario ha elaborado la noción de servicios de interés económico general (SIEG, en adelante) para regular la intervención pública, mientras que los Estados miembros han utilizado el servicio público como técnica o instrumento de intervención en la economía.

Al tratarse de una situación de regulación múltiple, queda abierta la posibilidad de conflictos entre ambas nociones, es decir, entre ambos regímenes. En este sentido, se argumentará que la provisión de servicios públicos o de SIEG, más que una relación de confrontación gobernada por los principios de supremacía y de efecto útil de Derecho comunitario, dará lugar a una relación de influencia mutua. De un lado, la noción de servicio público compartida por bastantes Estados miembros en su versión fuerte (Francia, Italia y España) ha reforzado el valor no de mercado de los SIEG. De otro lado, el Derecho comunitario relativo a la provisión de SIEG, las obligaciones de servicio público, y las obligaciones de servicio universal han influido en la noción tradicional de los servicios públicos a la vez que ha instigado cambios en el Derecho administrativo nacional.

## 1. SERVICIO PÚBLICO COMO TÉCNICA DE INTERVENCIÓN PÚBLICA

El Derecho administrativo regula técnicas de intervención pública que están fundadas en la noción de interés general. Estas técnicas de intervención

## EL ENCUENTRO DEL SERVICIO PÚBLICO CON LOS SERVICIOS DE INTERÉS...

pueden dividirse en tres categorías principales (BELTRÁN DE FELIPE 1999, 37 y ss.):

1. Técnicas de policía administrativa. La intervención pública limita el ámbito de actuación de los ciudadanos regulando, prohibiendo, reprimiendo o sancionando determinadas actividades de los particulares.
2. Técnicas de promoción. El Estado apoya a empresas públicas o privadas mediante ayudas financieras para la realización de actividades que se consideran de interés general.
3. Técnicas de servicio público. En este caso el Estado ofrece directamente los servicios de naturaleza económica y no económica que garantizan un mínimo estándar para los ciudadanos.

Estas técnicas han sido elaboradas en el marco del Estado social, es decir, de un Estado íntimamente relacionado con la sociedad, que modela el orden social evitando, controlando, y ofreciendo garantías contra los riesgos generados por el funcionamiento de la economía (PAREJO ALFONSO 2000, 219). Cuando este modelo entra en crisis en los años '70, la privatización de muchas actividades públicas y el pretendido contenido neutro de las demás funciones vuelven a modelar la relación entre la sociedad y el Estado. El Estado continúa la prevención y el control de los riesgos colectivos, es decir, el Estado sigue protegiendo a la sociedad contra los riesgos económicos, aunque, desde este momento, cambia el ámbito de protección y su forma. En este sentido, la crisis del Estado social ha alterado la importancia de las anteriores formas de intervención, y en particular, ha reducido el ámbito de aplicación de los servicios públicos y ha modificado su contenido.

En el actual Estado social, la relación entre las esferas públicas y privadas está gobernada por la hegemonía del mercado. La liberalización de servicios públicos, en particular la liberalización de los servicios que tienen un carácter industrial o comercial, expresa esta relación. En lo que se refiere al uso de técnicas de intervención pública, la política de liberalización que lleva aparejada la des-regulación, ha traído paradójicamente re-regulación o neo-regulación; es decir, ha promovido técnicas de policía en el mercado, concretamente mediante la regulación *ex-ante* de sectores y la regulación *ex-post* a través de los tribunales de competencia.

También el Derecho comunitario ha alterado la importancia y el contenido de las técnicas de intervención pública. Por ejemplo, típicas técnicas de promoción y revitalización de sectores económicos como los derechos de monopolio o las ayudas de estado distorsionan claramente la competencia entre empresas, por lo que su legalidad debe ser determinada conforme al Derecho comunitario de la competencia (artículo 87 TCE). Ello ha provocado que estas técnicas de intervención se utilicen de manera cauta, a la par que se refuercen formas de intervención de policía administrativa, y el contenido y ámbito de los servicios públicos se ve afectado por la influencia del Derecho comunitario y de los SIEG.

## 2. INTERVENCIÓN PÚBLICA EUROPEA: LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Es erróneo considerar que el concepto de servicio público es ajeno al Derecho comunitario, especialmente si se tiene en cuenta que este ordenamiento jurídico autónomo refleja las preferencias y las opciones de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. La noción de servicio público forma parte del Derecho público de los Estados miembros, si bien se otorga una relevancia muy distinta. Para países como Francia, Italia y España un concepto fuerte de servicio público gobierna gran parte de la intervención pública en la sociedad y en la economía, y logra articular, igualmente, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos<sup>1</sup>. Sin embargo, para otros Estados miembros, como el caso del Reino Unido, Alemania o los Países Bajos, la noción de servicio público no tiene efectos constitucionales tan cruciales (GUGLIELMI y KOUBI 2000, 86).

Cuando tradiciones jurídicas distintas se encuentran en el ámbito del Derecho comunitario y de la integración jurídica europea, se plantea la necesidad de alcanzar compromisos. Los Estados miembros aportarán al Derecho público comunitario el concepto de servicio público, que deberá ser asimilado para que resulte compatible con el mercado interior, y en concreto con los principios de libre mercado y libre competencia. El resultado de este compromiso, es el reconocimiento de los SIEG que están expresamente mencionados en el artículo 86 TCE.

### 2.1. SIEG y Derecho comunitario de la competencia

Los SIEG y el servicio público son conceptos jurídicos diferentes, que pertenecen a sistemas jurídicos diferentes. Para la Comisión, el término de servicio público es ambiguo (COM/2003/270) porque a veces se alude al hecho de un servicio se ofrece al público en general, otras hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio, y otras resalta el hecho de que se ha asignando al servicio una misión específica de interés público. Es en este último sentido en el que se está utilizando el concepto de servicio público en este artículo: para hacer denotar que es una técnica de intervención en la economía justificada por el interés público a satisfacer. Así expresado, el servicio público suele tener escasa aceptación

<sup>1</sup> A pesar de este concepto fuerte de servicio público, existen diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos. MALARET indica que el servicio público en España, es recibido desde la óptica del particular-concesionario: es servicio público lo que se presta por concesión administrativa, o bien, si lo presta directamente la Administración pública, lo hace mediante un monopolio (MALARET GARCÍA 1998b, 102). Por eso, los principios de regularidad, continuidad e igualdad no determinan el contenido del servicio público. Por otro lado, en Francia, la actividad pública se realiza para la satisfacción del interés general. El gestor es una persona pública que asume las necesidades de interés general (MALARET GARCÍA 1998b, 103). Posteriormente se incorporan los particulares mediante la creación de empresas mixtas.

en un modelo económico liberal, especialmente cuando nos referimos a los servicios de naturaleza industrial o comercial prestados mediante redes.

Pues bien, es ésta la primera diferencia que se quiere significar entre el SIEG y el servicio público: mientras que cuando hablamos de servicio público nos referimos a la forma en que ciertos servicios se ofrecen a la sociedad, la noción de SIEG se centra exclusivamente en el nivel de intervención pública en la economía, y en concreto, en actividades de interés industrial o comercial (GUGLIELMI y KOUBI 2000, 88) dejando al margen cuestiones como la elaboración de una política comunitaria de servicios públicos y de interés público. Inicialmente, para el Derecho comunitario, y en concreto el Derecho de la competencia, los SIEG son aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros imponen obligaciones de servicio público en virtud del interés general. Eran los Estados miembros los que decidían cuál era el interés público a satisfacer y los que definían el contenido de las obligaciones impuestas a las entidades que prestaban estos servicios, sin olvidar que también se les atribuían derechos especiales y exclusivos a fin de soportar el coste del servicio ofrecido. A los Estados miembros les corresponde definir la intervención en la economía, su organización y financiación, mientras que a la Comunidad le corresponde controlar si esa intervención es o no conforme al Derecho de la competencia. Se aplican, concretamente, las reglas contenidas en el artículo 86 TCE (empresas privilegiadas que prestan SIEG), el artículo 31 TCE (monopolios públicos) y el artículo 87 TCE (ayudas de Estado).

En este sentido se ejercerá un estrecho control sobre las empresas que prestan SIEG en una fase de la integración europea dominada por la idea de integración negativa (eliminación de obstáculos al mercado interior y a la competencia) y de creación de los mercados a través de la liberalización de determinados sectores económicos. A esta fase de la actuación comunitaria pertenecen tres asuntos que el TJCE resolvió en el año 1991 y que comparten el triunfo de los valores de mercado en los sectores económicos regulados. Estos asuntos son *Höfner*<sup>2</sup>, *ERT*<sup>3</sup> y *Merci*<sup>4</sup>. En todos ellos, se planteaba el abuso de posición dominante por empresas a las que los respectivos Estados miembros habían otorgado derechos especiales o exclusivos ya que prestaban SIEG a la luz del Derecho comunitario. El TJCE interpretó de forma estricta este extremo: El Estado incumple el Derecho comunitario de la competencia cuando la empresa privilegiada, *por el mero hecho de ejercer su derecho, no puede sino abusar de su posición* (*Höfner* párrafo 29); o bien existe abuso de posición dominante cuando los derechos exclusivos atribuidos a la empresa privilegiada creen una situación tal que la *aboguen al abuso* de su

<sup>2</sup> Asunto C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH*, de 23 de abril 1991, Rep., pg. I-1979.

<sup>3</sup> Asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE y Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c Dimotiki etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolaos Avdellas y others*, de 18 de junio 1991, Rep., pg. I-2925.

<sup>4</sup> Asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, de 10 de diciembre 1991, Rec. pg. I-5889.

posición (*ERT* parágrafo 37) o que la *induzcan a tal abuso* (*Merci* parágrafo 19). Por lo tanto, aunque es perfectamente compatible con el Derecho comunitario la creación de posiciones dominantes mediante, por ejemplo, el otorgamiento de derechos exclusivos o especiales a empresas que se encarguen de la provisión de SIEG, la forma en la que el TJCE interpreta los asuntos de abuso de posición dominante hace muy posible que las actividades desarrolladas por la empresa privilegiada sean declaradas incompatibles con el Derecho comunitario, de manera que los Estados miembros serán condenados por incumplimiento.

Tampoco ha sido el TJCE menos estricto a la hora de aplicar la cláusula de derogación al Derecho de la competencia: El artículo 86(2) TCE. En todos los asuntos mencionados, el TJCE repitió que esta excepción sólo puede ser considerada cuando la aplicación de las reglas de la competencia es *incompatible* con la provisión de los SIEG (*Höfner* parágrafo 24) o cuando dicha aplicación *obstaculiza* su provisión (*ERT* parágrafo 38; *Merci* parágrafo 26). El TJCE no elaboró estos términos, pero su aplicación conducía a una solución todo-o-nada del conflicto entre el Derecho de la competencia y la provisión de SIEG en el cual los argumentos a favor del mercado tenían prioridad sobre los intereses no de mercado.

## 2.2. El valor no de mercado de los SIEG

Aunque esta tendencia a favor de los valores de mercado se podía apreciar en otras políticas comunitarias, y especialmente en la liberalización de ciertos sectores económicos, resulta imposible de mantener hasta sus últimas consecuencias (MUÑOZ MACHADO 1998, 35) por dos razones. En primer lugar, el Derecho comunitario no podía eludir que para la mayoría de los Estados miembros la noción de servicio público determina el concepto de Estado. Por ello, los Estados miembros eran muy reticentes a aceptar que el Derecho comunitario tuviera una influencia sobre el servicio público tal que debilitara su carácter vertebrador del Derecho público. En segundo lugar, mientras que la creación de mercados por el Derecho comunitario –sobre todo a través de la denominada integración negativa y la política de liberalización– ayudaba al desmantelamiento de los monopolios públicos creados para la prestación de servicios públicos, la necesidad de corregir el mercado justificará ahora la intervención pública en el mercado. En este sentido, el SIEG, entendido como un instrumento de intervención pública, sí deviene compatible con el Derecho comunitario de la competencia: se trata de un instrumento de intervención para la corrección del mercado, y por lo tanto para asegurar que el proceso de liberalización se realiza de forma controlada garantizando el servicio universal (acceso a un servicio de calidad específica, a un precio asequible, a todos los ciudadanos e independientemente de su situación económica, social o geográfica).

La imposición de obligaciones de servicio universal o de servicio público son el resultado de esta evolución en el concepto de SIEG. De éstas cabe destacar dos aspectos fundamentales para el posterior desarrollo de la no-

ción de SIEG. En primer lugar, las obligaciones de servicio público (o de servicio universal) son impuestas tanto por los Estados miembros como por la Comunidad, especialmente mediante las directivas de liberalización de sectores como el de la telefonía o el de la energía eléctrica y el gas. En segundo lugar, las obligaciones de servicio público (o de servicio universal) se imponen para la consecución de ciertos objetivos de interés público. Esto significa que el papel de la Comunidad en relación a los SIEG no está dominado por la integración negativa y la creación de mercado; al contrario, la integración positiva en la forma de medidas regulativas que corrigen el funcionamiento de mercados abiertos a la libre competencia forma ya parte del concepto de SIEG.

Es entonces cuando la Comisión siguiendo la doctrina del TJCE, que dio un giro de 180º con respecto a su doctrina *Merci* con el asunto *Corbeau*<sup>5</sup>, define los SIEG como aquellos servicios que cumplen tanto una misión económica como una misión de interés público (COM 2000/580/final). Son la combinación de valores de mercado y valores no-de-mercado porque su regulación persigue su eficiencia a la vez que su acceso universal, precios asequibles, protección ambiental y penetración social y territorial. Además, la Comisión en su Comunicación sobre los SIEG ha indicado que la misión de interés público que satisfacen los SIEG se debe interpretar de acuerdo con los intereses de los ciudadanos, y en concreto con (i) el alto nivel de protección ambiental; (ii) con la penetración social de los SIEG; y (iii) con la completa penetración territorial de los SIEG especialmente en áreas remotas.

El reconocimiento institucional de esta dimensión no-de-mercado de los SIEG llega con el Tratado de Ámsterdam que introduce en su artículo 16 que «Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de la aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

Este artículo es el resultado de una batalla política liderada por Francia en el seno de la Comunidad. No es una novedad apreciar que el Derecho público francés está basado en la noción de servicio público: la realización del interés público por el Estado requiere la intervención pública mediante la provisión de servicios públicos. Francia quería que el Derecho comunitario participara también de esta noción fuerte, no tanto para adaptar este ordenamiento jurídico al Derecho francés, sino para limitar los poderes legislativos de la Comisión en la liberalización de determinados servicios que en Francia eran ofrecidos por empresas públicas en régimen de monopolio. Estos poderes legislativos son los que atribuye el artículo 86.3 TCE a la Co-

<sup>5</sup> Asunto C-320/91, *Procedimiento penal contra P. Corbeau*, de 19 de mayo 1993, Rep., pg. I-2533.

misión para garantizar que los derechos exclusivos y especiales que otorgan los Estados miembros a determinadas empresas sean conformes al Derecho comunitario de la competencia. Éste fue el instrumento legislativo utilizado por la Comisión en la liberalización de las telecomunicaciones, opción que recibió el respaldo del TJCE<sup>6</sup>. Por eso, por este triunfo de la Comisión en un ámbito que los Estados miembros creían que pertenecía al Consejo, los Estados miembros, con Francia a la cabeza, logran que el Derecho comunitario reconozca competencias a los Estados miembros en la regulación de los SIEG tal y como establece el artículo 16 TCE<sup>7</sup>.

El artículo 16 TCE proclama que los SIEG son uno de los valores compartidos por la Unión Europea y que tienen un papel crucial en la promoción de la cohesión social y territorial. Es decir, están estrechamente vinculados en la elaboración de políticas comunitarias y en la corrección de mercados. La reforma introducida por el Tratado de Ámsterdam no alcanza al *status quo* del artículo 86.2 TCE, por lo que el modelo de integración negativa sigue vigente. Ahora bien, el artículo 16 TCE sí permite abandonar el concepto de SIEG como instrumento exclusivo de integración negativa: la integración positiva, esto es, la regulación comunitaria de los SIEG tanto para crear pero sobre todo para corregir el mercado está ahora justificada. Sí es cierto que esta evolución deja planteado un nuevo problema: el de la aplicación del principio de subsidiariedad en la articulación de la intervención estatal y comunitaria.

También la Carta de los Derechos Fundamentales que fue solemnemente proclamada con ocasión de la firma de Tratado de Niza establece, en su artículo 36, 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». Desde el punto de vista del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad el artículo 36 de la Carta tiene un alcance menor que el perseguido en el artículo 16 TCE: La provisión de SIEG es una competencia netamente estatal que se realizará de acuerdo con el Derecho comunitario. El modelo comunitario expresado es el de integración negativa, es decir, el Derecho comunitario sirve como instrumento de control de la actividad de los Estados miembros, especialmente mediante el control de los monopolios públicos, los derechos especiales o exclusivos y las ayudas de Estado. Por otro lado, ello no impide que la actuación de los Estados miembros sirva para la consecución de un fin comunitario: La cohesión social y territorial de la Unión.

<sup>6</sup> La liberalización mediante Directivas de la Comisión y no mediante medidas de armonización fue totalmente apoyada por el TJCE en el Asunto C-202/88, *Francia c. Comisión*, de 19 marzo 1991, Rep., pg. I-1223.

<sup>7</sup> Indica MOLINA DEL POZO que llama la atención la aparente falta de interés por algunos Estados miembros que contaban tanto con importantes estructuras de servicio público como con una gran tradición en esta materia (MOLINA DEL POZO 1999, 154).

## EL ENCUENTRO DEL SERVICIO PÚBLICO CON LOS SERVICIOS DE INTERÉS...

Las últimas novedades institucionales tienen lugar con la Convención para el Futuro de Europa con la participación de organismos e instituciones tanto nacionales como internacionales en el debate sobre los SIEG en Europa. Entre ellas el Centro Europeo de Empresas de Participación Pública (CEEP) ha realizado importantes aportaciones al debate de los SIEG en Europa, como la necesaria vinculación de la provisión de estos servicios al proceso democrático europeo, a la transparencia en la toma de decisiones, a la participación de los ciudadanos en el mismo, y a la valoración de los servicios como elemento necesario de la regulación de los SIEG. Recogiendo las propuestas que la Comisión realizó en su Libro Blanco sobre la Gobernanza en Europa, la CEEP ha vinculado también la provisión de los SIEG con el «método abierto de coordinación»<sup>8</sup>.

La nueva Constitución Europea recoge en el artículo III-6 una fórmula muy similar a la ya conocida y expresada en el artículo 16 TCE: «Sin perjuicio de los artículos III-55, III-56 y III-136 (antiguos artículos 73, 86 y 87), y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan, como servicios a los que en la Unión todos conceden un valor, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y los estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se definirán mediante leyes europeas».

Ni el actual TCE ni la futura Constitución europea mencionan que el funcionamiento de los SIEG se encuentre entre los objetivos comunitarios, por lo que tampoco atribuyen competencias positivas en este ámbito a la Comunidad. Sin embargo, tanto el actual artículo 16 TCE como el artículo III-6 Constitución europea sí reconocen el papel de la Comunidad en la prestación de estos servicios «con arreglo a sus competencias respectivas» y de acuerdo a los principios y condiciones definidos mediante leyes europeas, lo que exige la entrada del principio de subsidiariedad en este ámbito de acción comunitaria.

La Comisión en su Libro Verde sobre los Servicios de Interés General, distingue tres categorías de servicios y tres formas de intervención comunitaria:

Los SIEG prestados por grandes industrias de redes: telecomunicaciones, servicios postales, electricidad, gas, transportes. En este caso, la intervención Comunitaria ha consistido en el establecimiento de un marco regulador

<sup>8</sup> Éste es un método flexible, participativo, experimental y a niveles múltiples de gobernanza que involucra, en la provisión de SIEG, órganos de regulación *ex post* –la DG IV de la Comisión, los tribunales de la competencia u órganos nacionales de regulación *ex post*, el TJCE y los tribunales nacionales, así como agentes privados– como a órganos administrativos de regulación *ex ante*, como a empresas y *networks* de regulación en los sectores donde se prestan SIEG, asociaciones de consumidores, organizaciones medioambientales y otros grupos sociales.

LEONOR MORAL SORIANO

donde se han especificado las obligaciones de servicio público y de servicio universal a escala europea.

Otros SIEG como la gestión de residuos, el abastecimiento de agua o los servicios públicos de radiodifusión no están sujetos al régimen regulador comunitario por lo que la intervención comunitaria es típicamente de control de adecuación al Derecho comunitario de la normativa nacional, aunque también hay que destacar la regulación medioambiental que se aplicará a determinados aspectos de la prestación de estos SIEG.

Por lo que se refiere a los servicios de interés general de naturaleza no económica, éstos ni están sujetos a normas específicas comunitarias ni tampoco a normas sobre el funcionamiento del mercado interior, la competencia o las ayudas de estado.

En resumen, la intervención de la Comunidad en el ámbito de los SIEG ha ido evolucionando desde las técnicas de integración negativa y creación de mercado, hacia la integración positiva y la corrección del mercado. Esta línea es confirmada por la Comisión ya que con su Libro Verde sobre los Servicios de Interés General quiere suscitar, entre otros, el debate a cerca de la necesidad de incluir entre los objetivos de la Comunidad el desarrollo de servicios de interés general de calidad, atribuyendo así competencias jurídicas adicionales en ese ámbito.

### **2.3. La naturaleza funcional de los SIEG**

La evolución anteriormente descrita nos permite encontrar cierta similitud entre los SIEG -un concepto comunitario- y -los servicios públicos- como concepto de Derecho nacional: ambos son técnicas de intervención pública. Sin embargo, el concepto de SIEG ha estado, desde el principio, ligado a la imposición de obligaciones específicas de servicio público (OSP) y de servicio universal (OSU) por motivos de interés general. Estas obligaciones impuestas tanto por los Estados miembros como por la Comunidad garantizan que la provisión de ciertos servicios, especialmente los SIEG de grandes redes, se puedan liberalizar y abrir a la competencia<sup>9</sup>. La intervención pública persigue no tanto la provisión del servicio, como la garantía de que el servicio se ofrezca en condiciones de igualdad, precio asequible y accesibilidad social y territorial. Por eso, se sostiene que el Derecho comunitario ha elaborado una concepción funcional-material SIEG (T. R. FERNÁNDEZ 1999, 61-62), que no comprende la concepción orgánica-subjetiva de servicio público adoptada por los Estados miembros, sino que justamente promueve su sustitución.

El SIEG es, al igual que el servicio público, una técnica de intervención

<sup>9</sup> Efectivamente, el mercado por sí sólo no podría satisfacer ciertas necesidades de provisión de servicios de redes porque el coste de los mismos no podría ser cubierto por el precio que se estaría dispuesto a pagar y ningún proveedor estaría dispuesto a competir. La intervención pública es entonces en forma de regulación de las imposiciones de prestaciones obligatorias a cualquier operador del sector.

## EL ENCUENTRO DEL SERVICIO PÚBLICO CON LOS SERVICIOS DE INTERÉS...

pública, pero mientras que una concepción orgánico-subjetiva de esta última conducía a la *publicatio* de las actividades y a su prestación directamente por el Estado o por medio de un concesionario, el SIEG, en la concepción funcional-material propuesta por el Derecho comunitario, la función del Estado no es la prestación sino la garantía de la misión pública que estos servicios satisfacen.

Existe una diferencia entre las OSP y las OSU porque mientras que las primeras están justificadas en el logro de valores de mercado como la eficiencia y en valores no de mercado como la seguridad en la distribución de la electricidad, las OSU están basadas exclusivamente en la consecución de valores no de mercado, y en particular, en la cohesión territorial y social. A pesar de estas diferencias, ambas formas de intervención que requiere la prestación de SIEG vienen exigidas no sólo por el entorno competitivo en el que se prestan ciertos servicios, sino también por la noción de Estado social (MALARET GARCÍA 1998, 74) que justifica la intervención en el mercado con fines redistributivos.

Como se ha indicado, desde que el concepto de SIEG activa en la Comunidad europea una forma de integración positiva, el Derecho comunitario ha impuesto OSU muy precisas en el sector de la telefonía, mientras que en el sector energético ha dejado a los Estados miembros la competencia para su definición. Por lo que se refiere a las OSP, aquí el Derecho comunitario ha dejado un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros reconocido además por la doctrina del TJCE en los asuntos de los *Monopolios del gas y la electricidad*, *Deutsche Post*, y *FFAD contra Municipio de Copenhague*<sup>10</sup> (MORAL SORIANO 2002).

Esto no significa que los Estados miembros puedan imponer libremente OSU y OSP, ya que la legalidad de la intervención estatal estará siempre sometida al control del TJCE, y especialmente en el marco del artículo 86.2 TCE. En los asuntos *Corbeau* y *Almelo*<sup>11</sup> el TJCE sostuvo que las OSU es la obligación de suministrar servicios a todos los usuarios, en todo el territorio del Estado miembro, a precios asequibles y en condiciones similares, independientemente de los beneficios de estas operaciones. La Comisión ha incorporado esta doctrina en sus documentos de trabajo, caracterizando el servicio universal como el suministro a todos, con garantía de aprovisionamiento, calidad, y precio asequible. Estas exigencias deben inspirar tanto la regulación estatal (que por la vaguedad de las mismas continuará necesitando de la intervención del TJCE) como la comunitaria. Efectivamente, estas cualidades de los SIEG ofrecidos por grandes redes están presentes en

<sup>10</sup> Asunto C-147/97, *Deutsche Post AG c. Gesellschaft für Zahlungssysteme MbH*, de 10 de febrero 2000, Rep., pg. I-825; Asunto C-209/98 *FFAD c. Municipio de Copenhague*, de 23 de mayo 2000, Rep., pg. I-3743.

<sup>11</sup> Asunto C-393/92, *Municipio de Almelo c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, de 27 de abril 1994, Rep., pg. I-1477.

la regulación de las OSU en el sector de las telecomunicaciones<sup>12</sup> donde se define como servicio universal el acceso a la red desde una ubicación fija, servicios de información sobre números de abonados y guías, teléfonos públicos de pago, y acceso a usuarios con discapacidades.

En el Derecho comunitario parece evidente que la intervención pública vía SIEG está basada en el derecho fundamental al acceso a servicios básicos (tal como recoge la Carta europea de derechos fundamentales) más que en la obligación de suministrar el servicio. Por eso, en la regulación de los SIEG y de las OSU, se presta atención a la protección y promoción de los derechos de los ciudadanos, superando ya el esquema más limitado de defensa de los derechos de los consumidores. Efectivamente, cuando el Derecho comunitario vaya a regular el contenido de las OSU y las OSP en el marco de los SIEG verá en el destinatario de los mismos no sólo a consumidores, sino también a ciudadanos con derechos de participación en el proceso de toma de decisiones. En este sentido, nos recuerda MARALET que, cuando la acción de los poderes públicos está destinada a la garantía del ejercicio de derechos fundamentales de la persona, «se contribuye a afianzar la identidad política de la Unión Europea» (MALARET GARCÍA 1998, 98).

Que el destinatario de los SIEG sean los ciudadanos europeos revitaliza el papel del Parlamento Europeo en la regulación comunitaria de los SIEG, que recibe de los ciudadanos su legitimidad democrática. Una muestra del interés del Parlamento Europeo en torno a los SIEG y los servicios públicos en general, la ofrece su activa participación en la preparación de la CIG que aprobó el Tratado de Ámsterdam donde se introdujo el artículo 16 TCE. El Parlamento Europeo se mostró entonces de acuerdo en introducir los servicios públicos en el Tratado y en la creación de una «Carta Europea de los Servicios Públicos». En una de sus resoluciones (de 13 de marzo de 1996) llegó a defender la inserción en el Tratado de «los principios fundamentales del servicio público, a saber, accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad, calidad, transparencia y participación»<sup>13</sup>. Junto a los valores tradicionales de los SIEG –accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad, y calidad– elaborados tanto por la doctrina del TJCE como por la Comisión, el Parlamento Europeo incluye otros nuevos, los de transparencia y participación, que son típicos de la estrecha vinculación de los SIEG a los ciudadanos y no simplemente a los consumidores.

### 3. INTERVENCIÓN ESTATAL: SERVICIOS PÚBLICOS

Los poderes que el Derecho público y en particular el Derecho constitucio-

<sup>12</sup> Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOCE L108/51.

<sup>13</sup> La CEEP realizó propuestas muy similares a las del Parlamento Europeo, destacando igualmente los valores de transparencia y concertación como valores nuevos que se deben incorporar a los SIEG.

nal confieren a los Estados están justificados mediante la noción de interés público. El interés público es el núcleo del Estado: los Parlamentos definen qué es interés público en términos generales; la Administración pública concretan su contenido; los jueces y tribunales controlan que las actividades públicas satisfagan los intereses públicos<sup>14</sup>. A pesar de ser un elemento nuclear en el concepto de Estado, la noción de interés público es abierta e indeterminada. Ello permite que las Administraciones públicas, en el margen de apreciación que les corresponde, puedan adaptar su intervención a las necesidades de la sociedad (TORRES LÓPEZ 1998, 380), sin olvidar que su intervención es siempre servicial al interés general.

Una forma de intervención para la realización del interés público es el servicio público. Éste expresa la relación entre las autoridades públicas y la sociedad civil, y entre la Administración pública y los ciudadanos. El servicio público evoluciona constantemente adaptando la forma y el contenido de la intervención estatal a los requisitos de la sociedad, a las condiciones económicas, al desarrollo tecnológico y al modelo institucional existente.

Siguiendo la noción de servicio público elaborada por el Derecho administrativo francés, los servicios son ofrecidos por la Administración pública, en régimen de monopolio, en condiciones similares y para todos los miembros de la sociedad. Esta forma de intervención está destinada a una sociedad rural y con grandes desigualdades entre sus miembros; la finalidad de la intervención pública será la promoción de la igualdad (ARIÑO 1999, 550). Una vez que se alcanza cierta igualdad, los servicios públicos deben adaptarse a la nueva sociedad cuyos miembros demandan ahora una activa participación en áreas que tradicionalmente han pertenecido exclusivamente al ámbito de lo público.

Los cambios económicos y tecnológicos influyen en el contenido de servicio público. Desde los años '70 la forma tradicional de regulación pública en la economía ha acumulado demasiados errores debido a la pésima gestión pública, a la pobre planificación económica, a la falta de incentivos para las empresas privadas, y al uso político de las empresas públicas (ARIÑO 1999, 553). También los desarrollos tecnológicos han erosionado la tradicional justificación de la intervención pública en la economía. Así, mientras que inicialmente razones tecnológicas justificaban la creación de monopolios naturales para la provisión de servicios públicos -sólo el Estado podía hacer frente a los costes de las redes necesarias para el suministro de electricidad, las telecomunicaciones o el transporte ferroviario- actualmente, en algunos sectores como el de las telecomunicaciones o el de la televisión, el nivel de desarrollo tecnológico produce el efecto opuesto: las redes pueden ser establecidas por empresas privadas, y la competencia entre proveedores privados genera innovación tecnológica.

La integración europea es, finalmente, un factor institucional crucial que

<sup>14</sup> Se trata de un control de compatibilidad con el interés general y no de un control de sustitución (BELTRÁN DE FELIPE 1995, 260).

ha desembocado en la necesidad de revisar el concepto de servicio público. En el marco del mercado interior, las actividades públicas y privadas están gobernadas por las cuatro libertades: libre circulación de mercancías, de capital, de trabajadores y libre prestación de servicios. Estas libertades promueven la creación de un mercado libre en el cual los monopolios públicos (para la prestación de servicios públicos) es cuanto menos anacrónica. De hecho, el artículo 31.1 TCE establece que «Los Estados miembros adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado». Esta disposición presupone, de un lado, que los monopolios públicos son legales para el Derecho comunitario, y de otro lado, que no son del todo compatibles con el Derecho comunitario porque causan restricciones discriminatorias en el mercado. Este carácter esquizofrénico del artículo 31.1 TCE y su deliberada ambigüedad son el resultado de un problema muy espinoso que el Tratado intenta resolver: Mientras que los monopolios nacionales son un instrumento de política pública ampliamente utilizado por los Estados fundadores y los Estados miembros, son incompatibles con la idea de la creación de un mercado único libre de restricciones y de barreras creadas por los propios Estados miembros. El artículo 86.2 TCE apunta a una solución: Al compromiso entre el interés general que satisfacen las empresas privilegiadas –entre ellas, claramente, los monopolios de titularidad pública– y el Derecho de la competencia. Así, la actividad pública en el sector de los SIEG es compatible al Derecho comunitario si no es contraria a las reglas de la competencia, lo que deja en manos del TJCE la definición del margen de discrecionalidad de los Estados miembros en este sector.

Todos estos factores sociales, económicos, tecnológicos e institucionales apuntan a la misma dirección: los servicios públicos –típicamente anti-competitivos– tienen que ser ajustados a una economía competitiva. Este requisito, sin embargo, ha tenido un impacto distinto dependiendo del objeto comercial o no del servicio público. Entre otros, servicios no comerciales como la educación (donde un monopolio sería contrario al pluralismo social y a la libertad de pensamiento), la seguridad social, y la salud parecen quedar exentos del estricto control judicial por parte del TJCE en lo que se refiere a su compatibilidad con las reglas de la competencia. Por otro lado, los servicios públicos de interés económico o de interés comercial (por no usar una expresión que confunda éstos con los SIEG) serán distribuidos y suministrados de acuerdo con las reglas del mercado, sin olvidar la imposición de OSP y OSU para garantizar el acceso a los mismos. Respecto a estos servicios, la Administración tiene una doble obligación: La obligación de garantizar su acceso y la obligación de garantizar que su provisión se ofrezca en condiciones de libre competencia.

Sin embargo, las categorías utilizadas no son pacíficas ni tienen contornos bien definidos. Por ejemplo, la educación es un servicio público de naturaleza no comercial; pero, debido a valores como la libertad de pensamiento o la libertad ideológica este servicio no puede cerrarse a la competencia. El

servicio de comedor de algunas escuelas es un servicio público de naturaleza comercial. ¿Debería estar abierto a la competencia? ¿Debería ser considerado servicio público? Estas cuestiones apuntan al núcleo mismo del servicio público –a su dimensión constitucional– porque la definición de servicio público está estrechamente relacionada con el papel del Estado en la sociedad y con los límites de la intervención pública en la economía.

#### 4. CUANDO LOS SIEG Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS SE ENCUENTRAN

Hasta ahora se ha argumentado que los SIEG y los servicios públicos son técnicas de intervención pública, la primera elaborada por el Derecho comunitario y la segunda por los Estados. Son distintas técnicas en cuanto a su método: la prestación de SIEG se realizará permitiendo siempre la competencia, mientras que la prestación de servicios públicos la excluye, al menos en su concepción tradicional.

Estas diferencias no han impedido que haya una mutua influencia entre SIEG y servicios públicos caracterizada por la incorporación de valores no de mercado en el concepto de SIEG y la incorporación del carácter funcional-material a la noción de servicio público. Estudiar esta influencia mutua nos permitirá definir ambas técnicas de intervención pública a la vez que distinguir los SIEG de los servicios públicos.

##### 4.1. El servicio público influye al SIEG

La influencia de la noción de servicio público sobre el SIEG ha operado por la vía política y judicial.

La vía política de influencia es, evidentemente, la incorporación del artículo 16 al TCE con el Tratado de Ámsterdam. En primer lugar, el artículo 16 TCE establece la importancia de los SIEG como valor compartido de la Unión. Como consecuencia, esta técnica de intervención ya no puede ser definida en términos negativos, es decir, no puede ser considerada exclusivamente como un instrumento que crea mercado eliminando los obstáculos a la libre competencia; ahora el SIEG debe ser definido en términos positivos, es decir, como una técnica de intervención que contribuye a la cohesión territorial y social de la Unión.

En segundo lugar, el reconocimiento de la naturaleza no de mercado de los SIEG ha conducido a un control judicial más relajado sobre la intervención de los Estados miembros en la economía, particularmente después de los asuntos *Corbeau* y *Almelo*. En ambos asuntos, el TJCE tuvo que valorar la legalidad bajo el Derecho comunitario de los derechos exclusivos y especiales otorgados por los Estados miembros en el sector postal y el eléctrico respectivamente. El TJCE concluyó que los Estados miembros pueden conferir derechos exclusivos, que ciertamente constituyen un obstáculo en la aplicación de las normas de la competencia, en tanto que, «las restricciones a

la competencia, o incluso la exclusión de toda competencia por otros operadores económicos, sea necesaria para asegurar la prestación de la misión asignada a las empresas titulares de los derechos exclusivos» (asunto *Corbeau* parágrafo 14).

Por lo tanto, la cuestión clave en estos asuntos es si las restricciones a la competencia son necesarias para la prestación de los servicios ofrecidos por las empresas privilegiadas. Aunque corresponda a los jueces nacionales establecer tal extremo, el TJCE ofrece los criterios que deben guiar la actuación judicial. En concreto, se refirió a las *condiciones de equilibrio económico* (parágrafo 17) o a las *condiciones económicamente aceptables* (parágrafo 16) bajo las cuales las empresas privilegiadas deben llevar a cabo la misión pública que les ha sido encomendada.

A pesar de la aparente tecnicidad de los mencionados criterios, el TJCE adoptó una definición lega de las condiciones de equilibrio económico: En tanto que la estabilidad económica de la empresa esté asegurada, no se aplicarán las reglas de la competencia. Por lo tanto, las restricciones a la competencia, como la atribución de derechos exclusivos o especiales a ciertas empresas, están justificadas en la garantía de la estabilidad económica de la empresa y en la garantía de la misión pública asignada a la empresa privilegiada. En el asunto *Almelo*, además, el TJCE sostuvo que para decidir si las restricciones a la competencia son necesarias para la prestación de un servicio, había que tener en cuenta «la condiciones económicas en las que opera la empresa, y en particular los costes que tiene que soportar y la *legislación*, particularmente relativa al medio ambiente, a la que está sujeta» (parágrafo 49, énfasis añadido).

Si en el asunto *Corbeau* el TJCE ha mostrado una actitud deferente hacia los poderes discrecionales de los Estados miembros en la prestación de SIEG, esta actitud es reforzada con el asunto *Almelo* donde el TJCE hace referencia explícita a la regulación nacional del servicio público a la hora de determinar su compatibilidad con el Derecho comunitario. Esto significa que las opciones económicas, sociales y políticas de los Estados miembros cuando regulen servicios públicos, serán tenidas en cuenta cuando el juez comunitario o el juez nacional examinen el contenido de los SIEG<sup>15</sup>. Todo ello favo-

<sup>15</sup> Fuera del ámbito de los SIEG también parece que el interés general toma la delantera a la política comunitaria de competencia. En el Asunto C-38/97, *Autotrasporti Librandi c. Cuttica spedizioni e servizi internazionali*, de 1 de octubre de 1998, Rec. pg. I-5955, el TJCE valoró la compatibilidad con el Derecho comunitario de una norma italiana de acuerdo con la cual, un comité central compuesto en su minoría por representantes del sector del transporte de mercancías por carretera, establecía las tarifas a aplicar en las operaciones, si bien, la Administración pública italiana retenía el poder de controlar, modificar y hacer ejecutivos los acuerdos alcanzados por dicho comité. El TJCE considera que tal sistema no viola ni el derecho de la competencia, ni la libre circulación de mercancías porque el comité central, aunque integrado por asociaciones de transportistas, deben establecer el régimen tarifario de acuerdo con los criterios de interés general indicados por la Administración; además, los acuerdos alcanzados necesitan ser aceptados por la Administración italiana para que sean operativos, lo que significa que el Estado no abandona sus prerrogativas. Con el Asunto *Autotrasporti Librandi* se opera un abandono de los

rece la regulación por parte de los Estados miembros, ya que las medidas introducidas por éstos no serán objeto de un sistemático control judicial por el TJCE, a la par que los poderes de regulación de los Estados miembros son defendidos frente a la Comisión.

**Tabla 1:** El servicio público influye el SIEG.

Características del <i>servicio público</i>	Resultados de la influencia sobre el concepto de SIEG
<ul style="list-style-type: none"> <li>• El interés público justifica la intervención del Estado.</li> <li>• Naturaleza subjetiva del servicio público.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Políticas no de mercado (cohesión territorial y social) se incorporan a los SIEG.</li> <li>• SIEG como instrumento de corrección del mercado.</li> </ul>

#### 4.2. El SIEG influye el servicio público

Hoy en día, contamos con un concepto de servicio público nuevo. Como sintéticamente aprecia MOLINA DEL POZO, «La revisión conceptual consiste, fundamentalmente, en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusión, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, es decir, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial en la que hay que luchar por el cliente» (MOLINA DEL POZO 1999, 145-6).

ARIÑO ha indicado los caracteres de este nuevo servicio público (ARIÑO 2002, 95-96):

\* La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto sino de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de él.

\* El abandono del concepto de reserva con el régimen jurídico que lleva consigo: la titularidad a favor del Estado, la concesión como transferencia del título, etc.

\* Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva por un régimen abierto. La imposición de obligaciones es necesaria para asegurar la prestación del servicio.

mecanismos de mercado –en el establecimiento de tarifas en el sector del transporte de mercancías– que obliga a la limitación de la competencia en el nombre del interés general (LEROY 2001, 56), y un desequilibrio en la tensión protagonizada por el interés general y la política comunitaria de la competencia.

Este nuevo concepto de servicio público se ha beneficiado de la influencia del concepto comunitario de SIEG.

La noción de SIEG ha ido introduciéndose en el Derecho interno por la vía judicial, ya que cuando el TJCE o el juez nacional juzgan la compatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia de las medidas introducidas por los Estados para la prestación de servicios públicos, el contenido de este servicio público se determinará atendiendo al Derecho comunitario y en concreto el concepto de SIEG. Además, el SIEG, aunque sea un concepto comunitario, se ha incorporado al Derecho interno mediante medidas legislativas y muy especialmente mediante las directivas de liberalización sectores como el de telefonía o el energético. Por lo tanto, un concepto elaborado por las instituciones comunitarias, y particularmente por el TJCE, se incorpora al Derecho interno.

Sostiene DEHOUSSE (1998) que el Derecho comunitario tiene un efecto desarmonizador más que armonizador porque genuinos conceptos jurídicos como el de servicio público deben adaptarse al Derecho comunitario. En concreto, los siguientes cambios son producto, directa o indirectamente, de la armónica desarmonía que es el proceso de integración jurídica europea.

#### 4.2.1. *La juridificación del servicio público: técnicas de policía administrativa*

El Derecho comunitario ha influido la definición que reciben en el Derecho interno los servicios públicos, y en particular, ha determinado la definición de los servicios públicos de interés comercial o económico: estos conceptos han devenido más juridificados (BELTRÁN DE FELIPE 1999).

Efectivamente, el impulso de los valores de mercado y de la libre competencia, la desregulación de determinados sectores económicos, junto con la idea de un Estado que no rema sino que lleva el timón (OSBORNE 1992) han conducido, paradójicamente a la denominada re-regulación o neo-regulación: La regulación de un servicio público es preferida a la provisión directa del mismo. De ahí, que las técnicas de policía administrativa se incorporen a un ámbito que era exclusivo del servicio público, es decir, de la provisión directa del servicio por las autoridades públicas.

Con la neo-regulación surgen también una nueva administración: las autoridades o agencias independientes. Se trata de «instituciones no mayoritarias» (AMATO y LAUDATI 2000) que reciben su legitimidad constitucional de las reglas procesales, los principios que incorpora y la transparencia de su proceso de decisión. Suele distinguirse aquellas autoridades de regulación ex-ante, es decir, que regulan un sector específico, de las autoridades de regulación ex-post, con escasas competencias regulativas e importantes poderes de adjudicación. En todo caso, la existencia de estas instituciones administrativas persigue la reducción de la discrecionalidad de los Estados tanto a la hora de regular una actividad como a la hora de controlar su compatibilidad con el Derecho.

¿Cuál es contenido de esta regulación, de esta modalidad de intervención pública?

Las corrientes neo-liberales identifican la juridificación de los servicios públicos con la ausencia de consideraciones relativas a políticas públicas en su provisión y con la supremacía de los valores de mercado. Para estas corrientes, los servicios públicos quedarían reducidos a servicios básicos; la intervención pública sería sólo posible allí donde el mercado no puede ofrecer determinados servicios, aunque la función primordial del Estado no es la de corregir el mercado sino crearlo, es decir, crear las condiciones de mercado necesarias para que la provisión de servicios públicos sea lo suficientemente atractiva. En definitiva, la juridificación de los servicios públicos vaciaría la técnica de intervención «servicios públicos» de cualquier consideración política ajena al mercado.

Ésta no ha sido la corriente abrazada por el Derecho comunitario, porque la regulación de los SIEG no está dominada por la exclusión de consideraciones de políticas públicas; más bien, está dominada por un equilibrio (inestable) entre el mercado y los valores no de mercado. Cuando el TJCE tiene que determinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de ciertas prácticas introducidas por los Estados miembros para garantizar la prestación de servicios universales, no sólo pondera la libre competencia contra los fines legítimos que persiguen los Estados; también reconoce que la provisión de servicios universales (de servicios a los que se les imponen obligaciones de servicio universal) es un valor no de mercado que debe ser ponderado contra el principio de libre competencia. El resultado, como muestra el asunto *Corbeau*, es que las opciones de política pública de los Estados miembros así como el entramado institucional creado para la provisión de servicios públicos no ha resultado erosionado por la doctrina del TJCE.

La neo-regulación que experimentan los servicios públicos no puede resultar en el vaciamiento de contenido político –en términos de políticas públicas– de esta técnica de intervención pública. No puede ser de otro modo porque cualquier forma de intervención, incluso la más técnica y neutral como la fijación de los precios del servicio universal, tiene un fuerte contenido político (BELTRÁN DE FELIPE 1999, 56). Liberalización y neo-regulación son, en definitiva, procesos políticos y procesos con un contenido de políticas públicas (AKKERMANS 1994, 19).

#### 4.2.2. *El contenido del servicio público como técnica de intervención*

Los SIEG también ha modificado el servicio público como técnica de intervención pública. De acuerdo con el Derecho comunitario, no existe ninguna correlación entre el servicio público y la titularidad pública del mismo: el concepto comunitario de SIEG no hace depender el servicio con la Administración pública (MALARET GARCÍA 1998, 58). Las empresas privadas pueden operar en sectores de servicios públicos porque éstos no quedan vinculados a la Administración o a las empresas de titularidad pública.

Debido a la misión pública que los operadores en los sectores de servicio

público realizan, el Estado les impone obligaciones de servicio público y obligaciones de servicio universal. Ambas han sido elaboradas por el Derecho comunitario y luego trasladadas al Derecho interno. Estas obligaciones, cuya regulación forman parte del fenómeno de la neo-regulación, han conducido a un rechazo de la noción subjetiva de servicio público (MUÑOZ MACHADO 1998, 318) tan extendida en tradiciones jurídicas como la española, y a la adopción de un concepto funcional de la intervención pública (T.-R. FERNÁNDEZ 1999, MALARET GARCÍA 1998): Los servicios públicos ya no habilitan al Estado para que intervenga directamente en la economía con la finalidad de garantizar el interés general. Más bien, habilitan a las empresas privadas que operan en los sectores de servicio público para que actúen en el mercado siempre sometidas a ciertas obligaciones (las OSP y las OSU) impuestas por el Estado.

La relación entre la autoridad pública y la empresa que provee un particular servicio público también evoluciona. Tradicionalmente, esta relación adoptaba la forma de un contrato entre la Administración pública y el operador: la concesión del servicio, por la que la Administración delega en la empresa (normalmente de titularidad pública) la provisión del servicio, reteniendo en todo momento la titularidad del mismo. En un mercado liberalizado, como el impulsado por el Derecho comunitario, esta relación contractual es demasiado rígida, a la vez que obliga a una relación demasiado estrecha entre la autoridad pública y la empresa. Incluso en Francia, cuna del servicio público, esta relación ha sido abandonada, y en su lugar, los proveedores privados son ahora autorizados a operar en sectores antes de exclusiva titularidad pública. Ahora, la Administración pública ya no delega la provisión del servicio sino que autoriza la actividad de las empresas.

El Derecho comunitario ha representado un fuerte impulso en la evolución de la relación entre el proveedor de un servicio y el Estado. En la Directiva 2002/20/EC del Parlamento y del Consejo relativa a la autorización de las comunicaciones, redes y servicios electrónicos se establece una única forma para habilitar a los proveedores privados en el sector de las telecomunicaciones: la autorización que puede adoptar una forma general o bien la forma de una licencia individual<sup>16</sup>.

#### 4.2.3. *La justificación del servicio universal*

El servicio público ha sido utilizado con fines electoralistas, pensando más en un ciudadano-votante que un ciudadano-participante de la vida pública. AMATO ejemplifica este extremo en Italia con la Posta Italiana. Esta empresa pública convocaba ofertas de empleo en el norte de Italia, donde eran contratados empleados provenientes del sur, puesto que es allí donde se concentra la demanda de empleo público. Los trabajadores contratados, después de pocos meses solicitaban ser trasladados al sur, de manera que las

<sup>16</sup> Las autorizaciones generales establecen las condiciones generales para la provisión de un servicio, mientras que las licencias individuales establecen los derechos y las obligaciones de las empresas habilitadas para operar en un determinado sector.

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

Por otro lado, y de acuerdo con una postura neo-liberal, la liberalización del mercado facilita la realización de los fines (de interés general) que persiguen los servicios públicos, porque el recorte de los precios permite un mayor acceso a estos servicios. El destinatario del proceso de liberalización es un actor económico: el consumidor o el «ciudadano del mercado» (FREEDLAND 1998, 9). Pero, un sujeto así definido puede invocar para la adecuada prestación de un servicio derechos propios del ordenamiento jurídico privado, porque es el Derecho privado el que regula las relaciones entre proveedor y consumidor.

¿Hasta qué punto ha asumido el Derecho comunitario la noción de ciudadano-consumidor o ha mantenido la de ciudadano-votante?

La noción de OSU y la de OSP están estrechamente relacionadas con las del *derecho* al acceso a servicios públicos. Este derecho debe ser garantizado para todos los ciudadanos, teniendo en cuenta las necesidades específicas de determinados grupos de la población (las personas con minusvalías, con escasos recursos económicos, los inmigrantes, etc.) y la obligación de cubrir todo el territorio, independientemente de los beneficios o pérdidas que tales operaciones puedan producir.

La consecuencia es que los actores políticos y sociales son los sujetos del servicio público y del Derecho público: el ciudadano constitucional (FREEDLAND 1998, 9) quien demanda el derecho al acceso a los servicios básicos en condiciones suficientes para la realización de otros derechos fundamentales (libertad de pensamiento, libertad de opinión y de expresión, participación en la vida pública, acceso a la cultura, etc.).

#### 4.2.4. *Judicialización del servicio público*

Para el Derecho comunitario, la intervención del Estado en el sector de los servicios públicos necesita ser examinada conforme a las normas de libre circulación de mercancías (artículos 28-31 TCE) y competencia (artículos 81-86 TCE). Esto conduce a la judicialización de la intervención pública: los jueces nacionales y los tribunales comunitarios determinarán la legalidad de las medidas estatales introducidas para la provisión de servicios públicos, en particular, cuando éstas tengan una naturaleza comercial o industrial. Este control debe realizarse ponderando las políticas y principios que justifican la intervención: igualdad en el acceso a servicios públicos y promoción de la cohesión social y territorial.

La judicialización de los servicios públicos tiene una inmediata consecuen-

cia<sup>17</sup>: Ya que importantes políticas redistributivas van a ser evaluadas en la arena judicial, los jueces nacionales verán reforzada su posición institucional. Es poco probable que los jueces y tribunales nacionales, ante la judicialización de los servicios públicos, erosionen el diseño institucional creado por los Estados miembros para la provisión de servicios públicos, o los poderes del Ejecutivo y Legislativo para adoptar decisiones sociales, económicas y de políticas públicas en torno a los servicios públicos. Sin embargo, la obligación de ponderar consideraciones económicas –libre circulación de mercancías y competencia– contra consideraciones sociales cuando se evalúa la legalidad de la intervención pública enfrenta a los jueces con el contenido de la función judicial. Por un lado, los jueces deben ponderar consideraciones económicas, sociales y de política pública, mientras que por otro lado, carecen de legitimidad para sustituir sus opciones por las realizadas por el Ejecutivo o el Legislativo.

**Tabla 2:** SIEG influyen los servicios públicos.

Características de los SIEG	Resultados de la influencia sobre los servicios públicos
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Intervención pública en un contexto competitivo.</li> <li>• Naturaleza funcional de los SIEG</li> <li>• El derecho de acceso a ciertos servicios justifican los SIEG</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Revitaliza las técnicas de policía (competencia y regulación de sectores) como alternativa a la técnica de intervención <i>servicio público</i></li> <li>• Naturaleza funcional genera múltiples relaciones jurídicas:                         <ul style="list-style-type: none"> <li>• Estado/ciudadanos</li> <li>• Proveedor/consumidor</li> <li>• Estado/proveedor</li> </ul> </li> <li>• Judicialización del servicio público.</li> </ul>

## 5. CONCLUSIONES

La necesidad de salvaguardar la primacía del Derecho comunitario y el papel atribuido a los jueces y tribunales en este sentido (el juez nacional es también juez comunitario de acuerdo con la expresión acuñada por Dámaso RUÍZ-JARABO) ha promovido cierta convergencia entre el Derecho público interno y el comunitario y entre los distintos Derechos nacionales. El Derecho interno se ha hecho permeable a la influencia del Derecho comunitario, algo especialmente cierto en la recepción de principios administrativos como el de proporcionalidad, confianza legítima, la obligación de motivar los actos administrativos y la adopción de medidas cautelares que garanticen

<sup>17</sup> También tiene una crucial consecuencia constitucional: las normas de la libre circulación de mercancías y de la competencia establecen los límites a los poderes discrecionales de los Estados miembros, puesto que ambos tipos de normas protegen al mercado interior de la intervención de los Estados miembros.

la efectividad del Derecho comunitario (SCHWARZE 2000). Igualmente, la institución jurídica de servicio público se ha abierto a la influencia del Derecho comunitario, afectando a su fundamento, a su naturaleza y a su contenido. Pero también el Derecho comunitario ha recibido una fuerte influencia del Derecho interno, y en concreto, los SIEG han dejado de ser un instrumento de intervención negativa para impulsar la actuación comunitaria en ámbitos ligados no sólo a la defensa del mercado interior sino a la promoción de políticas sociales comunitarias. A pesar de esta mutua influencia, no se debe hablar de convergencia. Servicios públicos y SIEG son conceptos distintos, acuñados por ordenamientos distintos y que responden a fines distintos: el interés general comunitario en el caso de los SIEG y el interés general nacional en el caso del servicio público.

### Referencias

- AKKERMANS, P. W. (1994) «Privatisation: a Survey». *Revue Européenne de Droit Public*.
- AMATO, G. (1998) *Il gusto per la libertà*. Milano, Enaudi.
- AMATO, G., y LAUDATI, L. (2000) «The Protection of Public Interests and Regulation of Economic Activities», en *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, OUP, Oxford.
- ARIÑO, G. (2002) «Derecho Público y mercado». *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ARIÑO y Asociados (Dir), Granada, Comares.
- (1999) *Principios de Derecho Público Económico*. Granada, Comares.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. (1999) «Reflexiones sobre el estado actual de algunas políticas públicas y de las formas clásicas de intervención administrativa en la economía». *European Public Law Series*, Vol. VI.
- (1995) *Discrecionalidad administrativa y constitución*, Madrid, Tecnos.
- DEHOUSSE, R. (1998) *The European Court of Justice*. London, MacMillan.
- FREEDLAND (1998) «Law, Public Services, and Citizenship-New Domains, New Regimes?». *Public Services and Citizenship in European Law*, M Freeman y S. Sciarra (eds). Oxford: OUP.
- FERNÁNDEZ, T. R. (1999) «Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy». *RAP* 150, pgs. 57-73.
- GUGLIELMI, G., y KOUBI, G. (2000) *Droit Du Service Publique*. Paris, Montchrestien.
- LEROY, Ch. (2001) «L'intérêt général comme régulateur des marchés», en *RTD eur*, 37(1), pgs. 49-61.
- MALARET GARCÍA, E. (1998) «Public Service, Public Services, Public Functions, and Guarantees of the Rights of Citizens: Unchanging Needs in a Changed

LEONOR MORAL SORIANO

Context». *Public Services and Citizenship in European Law*, M. Freeman y S. Sciarra (eds.). Oxford: OUP.

–(1998b) «Servicios públicos y Unión Europea». *Leviatán*, pgs. 95-105.

–(1996), «Le droit administratif espagnol entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire». *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*. G. MARCOU (ed.). pgs. 101-147.

MOLINA DEL POZO, C. (1999) «Los servicios de interés general en el Derecho Comunitario: Especial referencia a su regulación en el Tratado de Ámsterdam». *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 21, pgs. 125-160.

MORAL SORIANO, L. (2002) «The Case of Public Mission *against* Competition rules and Trade Rules». *The Provision of Common Goods: Reinventing European and International Governance*, A. HÉRITIER (ed) Rowman & Littlefield.

MUÑOZ MACHADO, S. (1998) *Servicio público y mercado. Los Fundamentos*. Madrid, Civitas.

OSBORNE, D., y GABLER, T. (1992) *Reinventing Government*. Addison-Wesley.

PAREJO ALFONSO, L. (2000) «El Estado Social Administrativo: Algunas Reflexiones sobre la "Crisis" de las prestaciones de los Servicios Públicos». *REDA*, 153, pgs. 217-49.

SCHWARZE, J. (2000) «The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States», en *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, OUP, Oxford.

TORRES LÓPEZ, M. A. (1998) *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico*. Madrid, Civitas.