

# DEL SERVICIO PÚBLICO A LA LIBERALIZACIÓN DESDE 1950 HASTA HOY

Por

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

*SUMARIO: I. Una crisis permanente.—II. Una técnica, sólo una técnica.—III. Servicios públicos y servicios de interés económico general.—IV. La liberalización en marcha. Algunas observaciones sobre sus causas y sus ritmos.—V. Del servicio público a las obligaciones de servicio público.—VI. Los servicios públicos en el Tratado de Amsterdam.*

## I. UNA CRISIS PERMANENTE

Cuando esta REVISTA inicia su camino, hace ahora medio siglo, la estrella del servicio público ya había comenzado a declinar en Francia, como testimonia el trabajo de MORANGE (*Le decline de la notion de service publique*, «Recueil Dalloz», 1947), preludio de la más conocida monografía de CORAIL (*La crise de la notion juridique de service publique*, París, 1954), que oficializó su crisis. Una crisis que, como es bien conocido, venía de muy lejos, justo desde el momento en que el concepto de servicio público alcanzó su cénit con la obra del Decano DUGUIT, que hizo de él, más que el centro de gravedad, el objeto único del Estado y del Derecho Público al definirlo como «toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante».

La obra de DUGUIT y de sus continuadores vino a dar consistencia a uno de los significados de la expresión, el más general, que el Consejo de Estado francés venía utilizando desde el *arrêt Blanco*, de 1873, como criterio de deslinde entre la jurisdicción contencioso-administrativa, que acababa de ver delegada legalmente en él un año antes, y los Tribunales ordinarios y oscureció al propio tiempo otro de los sentidos, más modesto y concreto, más técnico también, con que la legislación administrativa lo venía utilizando a lo largo del siglo XIX para designar un cierto tipo de actividad de la Administración consistente en la prestación directa al público (o en el asegu-

miento de su prestación por terceros) de ciertos servicios técnicos cuyo funcionamiento regular y continuo se consideraba indispensable para satisfacer determinadas necesidades colectivas.

Esa dualidad de usos, uno amplio y otro restringido, unido a la proliferación de fenómenos enteramente nuevos al ritmo del progreso del intervencionismo de una Administración que, a raíz de la crisis económica mundial de 1929, salta las antiguas barreras ideológicas que separaban Estado y sociedad y acude allí donde considera necesaria su presencia para evitar verse nuevamente desbordada, sumen a la doctrina jurídico-administrativa en un mar de confusión. Releer ahora la literatura de la época es como chapotear en un terreno pantanoso en el que, además, la neblina no permite distinguir los contornos de la figuras. Cada autor intenta describir como mejor puede lo que ve, pero como no percibe otra cosa que sombras borrosas sin perfiles definidos, lo que acierta a transmitir no es sino una impresión personal, una impresión vaga, por otra parte, que no coincide con las demás sino en su propia vaguedad. Por eso se dice (ALESSI) que del servicio público hay tantas definiciones como autores y que esa multiplicidad de acepciones ha terminado por convertir el concepto en «una expresión equívoca, con la que se arriesga a engendrar las peores confusiones» (COUZINET), que no tiene más valor que el de una simple etiqueta (WALINE).

La doctrina española de los años cincuenta refleja esa misma confusión. VILLAR PALASÍ se esfuerza en el número 3 de esta REVISTA en desglosar del concepto estricto de servicio público, entendido a la manera de HAURIUO como «actividad administrativa de prestación positiva, a través de un servicio técnico, regular y continuo, realizado para y frente al público por una organización pública *nomine proprio* o por delegación», la actividad de la Administración dirigida a la producción de bienes materiales, a la *dación de bienes al mercado*, que ya por entonces ha cobrado notable importancia entre nosotros a raíz de la creación del Instituto Nacional de Industria en 1942. La puntualización de VILLAR PALASÍ, que comparte GARCÍA DE ENTERRÍA, provoca una pequeña polémica, que encuentra reflejo en la primera edición del *Tratado de Derecho Administrativo* de GARRIDO FALLA, aparecida en 1958, pero el fuego se apaga pronto y el tema de la definición del servicio público deja de interesar y poco a poco pierde incluso el sitio en los programas de Derecho Administrativo, aunque lo conserve, ¡cómo no!, en la legislación sectorial y en la práctica cotidiana.

El abandono por la doctrina del terreno pantanoso se prolonga prácticamente hasta fechas bien recientes, en las que resurge a impulsos de la preocupación que suscita la entronización en el altar de

las ideas políticas de un nuevo ídolo, la competencia, a partir de la puesta en marcha por el Acta Única Europea de 1986 de un mercado único sin fronteras interiores en el que las personas, los bienes, los servicios y los capitales son convocados a circular libremente. En ese nuevo escenario el servicio público, con su secuela de monopolios *de facto* y *de iure*, se ve sencillamente como un obstáculo a superar en aras de una liberalización en la que se han puesto todas las esperanzas.

La alarma que produce el proceso de desmontaje (o de reconstrucción, como probablemente sería más exacto decir) del viejo edificio es particularmente grande en Francia por razones obvias, ya que, mal que bien, la idea del servicio público, en su acepción más amplia, sigue siendo una referencia central para su Derecho Administrativo. El *Rapport Public* 1994 del Consejo de Estado (*Etudes et documents*, núm. 46, París, 1995) expresa autorizadamente este estado de opinión y hace, incluso, una llamada a la defensa de la idea a todos los países miembros de la Unión que son, de un modo u otro, tributarios de ella.

## II. UNA TÉCNICA, SÓLO UNA TÉCNICA

¿Está realmente en peligro la idea del servicio público que ha jugado, se quiera o no, tan importante papel en el proceso histórico de construcción del Derecho Administrativo? ¿Lo está igualmente —lo que sería más grave— el propio modo de entender la acción del Estado y el Estado mismo como una organización en la que ha de hacerse efectiva la idea de solidaridad social? Así parecen creerlo —y temerlo— algunos a la vista del rumbo y de la intensidad de los procesos de liberalización en curso.

Un análisis objetivo y desapasionado de la cuestión obliga, me parece, a responder negativamente a estos interrogantes.

En efecto, si se contempla en forma panorámica la historia de los servicios públicos (o de las actividades declaradas tales por las leyes), lo que no se ha hecho entre nosotros hasta fechas bien recientes (vid. las obras de MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, y de VILLAR EZCURRA, *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, Ed. Civitas, Madrid, 1999), se observará de inmediato que detrás de la calificación de una actividad como servicio público hay siempre, desde luego, una necesidad generalmente sentida que no puede ser satisfecha individualmente y que, sin embargo, debe ser atendida para cubrir esa distancia, cada vez mayor en una socie-

dad industrial y urbana, entre el círculo que acota lo que FORTSHOFF acertó a denominar, con insuperable expresividad, el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo en el que realmente se desenvuelve nuestra vida cotidiana.

Pero si este dato es común a todas las actividades formalmente calificadas de servicios públicos, no lo es menos que dista mucho de ser exclusivo de ellas y que hay un buen número de necesidades de porte semejante e, incluso, más primarias y apremiantes (la fabricación y venta del pan, sin ir más lejos) que nunca han sido objeto de semejante calificación y cuya satisfacción se ha asegurado mediante una regulación, especialmente intensa desde luego, que ha hecho innecesaria la responsabilización directa de la Administración que la *publicatio* supone, lo que, como es bien sabido, ha dado lugar a una larga serie de teorizaciones tan sutiles como difusas: actividades reglamentadas, servicios públicos en sentido objetivo, servicios públicos impropios, servicios públicos virtuales, etc., etc.

La calificación legal de una actividad como servicio público tampoco ha supuesto nunca la aplicación de un régimen jurídico diferenciado, ni mucho menos. Ha habido y hay declaraciones hueras, que expresan sólo una vaga intención política, cuando no un mero escrúpulo, como ocurre hoy con la enseñanza universitaria, que es objeto de tal declaración por la vigente Ley de Reforma Universitaria en abierto contraste con las leyes que regulan los demás niveles de enseñanza, que la han evitado supuesto el reconocimiento constitucional de la libertad de creación de centros docentes con el carácter de derecho fundamental.

En este ámbito, la enseñanza, lo mismo que ocurre con los demás servicios llamados sociales, la declaración de servicio público sirve sólo para explicar y dar cobertura a la actividad prestacional directa de la Administración, pero nada más, porque esa declaración ha sido siempre compatible con el ejercicio por los particulares de idéntica actividad al amparo de una libertad que ni *de iure* ni *de facto* podían desconocer los gobernantes. Sólo la Francia de la III República, de la mano de Jules FERRY, estuvo muy cerca de prescindir de la enseñanza privada (religiosa), pero, aunque expulsó de ella a los jesuitas, cuyos colegios de enseñanza secundaria atendían a más de la mitad de la juventud francesa, hubo de admitir excepciones.

En los servicios públicos económicos, la *publicatio* ha sido muchas veces parcial y ha afectado sólo a una fase o aspecto de la actividad (así, con los suministros de agua, gas y electricidad: Real Decreto-Ley de 12 de abril de 1924). En unos casos, el monopolio ligado a la declaración se ha referido tanto a la titularidad de la actividad como a la gestión material de la misma; en otros, en cam-

bio, sólo a la primera, pues la gestión se ha encomendado, a título de concesionarios, a los particulares, a los que en ocasiones se ha convocado *ab initio* con este fin, reconociendo abiertamente la incapacidad del Gobierno para hacer frente por sí solo al problema (así, en los ferrocarriles: Real Orden de 26 de enero de 1850), mientras que en otras se les ha terminado por aceptar a regañadientes cuando ya no había otro remedio (así, en la televisión, con la Ley de Televisión Privada de 3 de mayo de 1988).

No ha habido nunca, en una palabra, un criterio fijo, un patrón y, mucho menos, una regla, ni expresa ni tácita, para determinar ni el *quid*, ni el *quando*, ni el *quomodo* en esta materia. Aquí y fuera de aquí los gobernantes han ido encontrando el camino por tanteos sucesivos, lidiando en cada caso con las concretas —y cambiantes— circunstancias de tiempo y de lugar en función de los apoyos con que contaban y de las resistencias a las que habían de enfrentarse. El problema a resolver ha sido, ciertamente, y sigue siendo siempre el mismo: garantizar a todos la satisfacción regular y continua, esto es, sin interrupciones y con un nivel de calidad determinado, de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para la vida. La forma de hacerlo, la técnica a emplear para conseguirlo, ha sido y es otra cuestión. Su elección ha dependido (y depende) de condicionantes ideológicos, económicos y tecnológicos. Cuando estas fuerzas han resultado convergentes en un momento dado se ha producido la *publicatio* de la actividad y, si esa convergencia ha sido máxima, la *publicatio* se ha traducido en un monopolio *de iure*, comprensivo incluso de la propia gestión material; cuando no, se ha excluido ésta.

Tanto en un caso como en otro se han puesto a contribución todo tipo de argucias jurídicas, desde la vieja teoría del *lien indivisible*, que pretendía aprovechar la inercia de un título indiscutido de intervención como la propiedad (el dominio público y la titularidad de la obra pública) para asegurar la *mâîtrise* del servicio (de tranvías, por ejemplo), hasta la reciente invención de una nueva dependencia demanial, el fantasmagórico espacio radioeléctrico, que sigue operando, aunque de forma más atenuada dado el carácter convencional del propio punto de partida, sobre el mismo esquema.

Ninguna sutileza de este tipo sirve, en cambio, cuando esas tres fuerzas dejan de ser coincidentes y, en lugar de converger, se contrarrestan. En esos casos los gobernantes no han tenido más remedio que buscar otra salida, otra solución distinta a la del servicio público, para resolver el problema. Recuértese el ejemplo de la Ley Cambó de Ordenación Bancaria. La cultura política de la época hacía impensable utilizar, ni siquiera en la variante más *light* de las imaginables, la fórmula del servicio público para organizar desde ella el

sector bancario. En términos de poder, tampoco era posible. Sólo había un modo, por lo tanto, de asegurar la imprescindible disciplina bancaria y la dirección pública última de la actividad: un pacto implícito con los afectados, según el cual, si bien la actividad bancaria quedaba, en principio, abierta a cualquiera, sólo tendrían acceso al respaldo del Banco de España los Bancos inscritos en el Registro de Bancos y Banqueros; inscribirse en ese Registro era formalmente voluntario, quien lo hiciese podría encontrar en el Banco de España un prestamista de última instancia, pero... quedaría sujeto, por el solo hecho de la inscripción, a un control público estricto de su actividad. *Do ut des. Volenti non fit iniuria.*

Al fin y a la postre, ¿cuál es la diferencia entre un banquero de la época y un concesionario de un servicio público? Ninguna apreciable. De ahí que no haya faltado quien al estudiar la ordenación bancaria, que con unas u otras variantes se ha organizado por doquier en esta línea, ideara la tesis del servicio público en sentido objetivo en un afán desesperado de preservar el valor de un concepto inevitablemente equívoco (VIGNOCCHI).

Y es que, como VILLAR PALASÍ advirtió hace muchos años, «las técnicas jurídicas actúan a modo de títeres en la continua farsa histórica de creación del Poder. Surgen para dar forma a una finalidad concreta, pero... el momento finalista de todo concepto jurídico se derrite rápido como la cera».

El servicio público ha sido y es una técnica más, una técnica que pretende dar respuesta a una idea política que también denominamos, por cierto, con esa misma expresión. En otros lugares, ahora bien próximos, a esa misma idea se la denomina de forma diferente y se la da respuesta con una técnica también distinta (las *public utilites*, por ejemplo, del Derecho anglosajón). Eso es lo que acabamos de «descubrir», lo que el Derecho Comunitario y el proceso de liberalización que en este escenario se ha puesto en marcha a favor de una nueva convergencia de los factores ideológicos, económicos y tecnológicos antes aludidos han puesto delante de nuestros ojos. El resto, muestra sorpresa, resulta sólo de una percepción incompleta y deformada de nuestra realidad. Estaba ahí, pero no lo veíamos porque mirábamos a través de un modelo teórico, el servicio público, que era sólo eso y que no daba cuenta de la compleja realidad, sino sólo de una parte, de una pequeña parte de ella (los ferrocarriles, el transporte urbano y algunas cosas más) con cuyos elementos se había construido.

Antes de llorar su pérdida (de protagonismo) hay que mirar hacia atrás, a nuestra propia historia, y alrededor también, al mundo del que formamos parte. Con ello probablemente nos ahorraremos las lágrimas.

### III. SERVICIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

La expresión servicio público brilla, como es sabido, por su ausencia en el Tratado de la Unión Europea (y en sus versiones precedentes; con la única excepción del art. 77 —hoy 73—, relativo a los transportes). No tiene por qué sorprendernos esta ausencia porque el concepto no es general, sino privativo de algunos Estados miembros, que han canalizado a lo largo de su historia preferentemente (aunque no exclusivamente, como ya hemos visto) por la vía de la *publicatio* formal de algunas actividades su respuesta a un problema que sí es general y común a todos ellos, cubrir la distancia existente entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo, y que los demás han salvado por la vía alternativa de la regulación de las actividades en cuestión.

La Comunidad Europea tenía que utilizar, por lo tanto, necesariamente una terminología diferente capaz de comprender esas dos tradiciones (más que sensibilidades, que en este punto no hay diferencia) distintas. Y tenía que hacerlo, como es natural, en la línea de su propia lógica, que fue desde la primera hora la de la libertad, entendida ésta no en un sentido ideológico, lo que no hubiera sido posible en el momento fundacional del Mercado Común supuestas las diferencias políticas existentes entre los Estados —y los Gobiernos— fundadores, ni necesario tampoco en razón de los limitados objetivos perseguidos, sino en un sentido estrictamente funcional, como presupuesto estructural de ese mercado más amplio que pretendía construirse.

Es cierto, desde luego, que la libertad es indivisible y que, una vez aceptada, aunque sólo sea a determinados y limitados efectos, genera libertad y termina por llenarlo todo, saltando por encima de los límites a los que inicialmente hubiera querido acantonársela, como ha venido a ocurrir en este caso y hoy muestran las concluyentes afirmaciones de principio que abren el Tratado de Amsterdam, pero eso es sólo una consecuencia, un resultado, que no formaba parte del proyecto inicial, en el que las cuatro libertades (de circulación de personas, bienes, servicios y capitales) eran sólo instrumentos imprescindibles al servicio de un nuevo mercado más extenso, más allá y por encima de las fronteras nacionales.

La existencia de monopolios nacionales, de ayudas públicas a empresas concretas (públicas o privadas), de posiciones de dominio (jurídicas o fácticas), entraba frontalmente en colisión con el proyecto concebido y, por lo tanto, más pronto o más tarde, tendrían que desaparecer. El reto estaba, pues, planteado desde el comienzo y lo

estaba con carácter general, porque hay objetivos que el mercado y sus leyes —la libre competencia— no pueden alcanzar y a los que ninguno de los Estados miembros, todos ellos instalados en un mismo nivel cultural, podía renunciar, cualquiera que fuese la forma o la técnica con que viniera enfrentando el problema de acuerdo con sus peculiares tradiciones.

El Tratado tenía, pues, que decir esto y tenía que hacerlo de modo que quedaran comprendidos todos los obstáculos a eliminar con independencia de las diferentes fórmulas técnicas que en cada Estado miembro pudiesen darles cobertura, sin olvidar, claro está, que hay necesidades cuya satisfacción escapa al simple juego de la competencia, que podían —y debían—, en consecuencia, generar excepciones. Eso es lo que quiso decir y dijo el artículo 90.2 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 86.2 de la versión consolidada) al afirmar que «las empresas encargadas de la gestión de *servicios de interés económico general* o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la *misión específica* a ellas confiada».

El precepto transcrito se sitúa así por encima de las tradiciones peculiares de cada Estado miembro, tanto de los que han seguido el cauce de la *publicatio* formal de actividades y su consiguiente calificación formal como servicios públicos, como de los que para resolver el mismo problema han seguido la vía de la regulación de las mismas, incorporando a esa regulación los elementos precisos para asegurar la prestación regular e ininterrumpida que reclama la obligada satisfacción de las necesidades generales que están en la base de las mismas. A esas necesidades hace mención la expresión «*misión específica*» que el precepto emplea. Los *servicios de interés económico general* a que éste alude juegan, pues, el papel de un supraconcepto, que no niega ni excluye el nuestro de servicios públicos, sino que simplemente lo engloba y lo comprende, como ha advertido con acierto VILLAR EZCURRA, junto con otros conceptos (y otras técnicas) más o menos próximos que son extraños (aunque no del todo, como vimos) a nuestra tradición, aunque resulten dominantes en otros países.

En unos y otros, la «misión específica» en que se concreta ese interés general no pone a las empresas que realizan este tipo de actividades por encima de las normas de la competencia, fuera del alcance, por lo tanto, de dichas normas, pero sí justifica la modulación o adaptación de las mismas para que el cumplimiento de aquella «misión específica» no resulte impedido.

Con nuestros servicios públicos ha venido a pasar, pues, para decirlo en pocas palabras, lo que ha ocurrido también con nuestros contratos administrativos a raíz de la reciente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995. El contrato administrativo, figura para nosotros familiar, no es, ni mucho menos, general en los Estados miembros de la Unión Europea, aunque en todos ellos, naturalmente, se contratan obras, servicios y suministros por las Administraciones Públicas y sus múltiples y variopintas personificaciones filiales o con cargo a los presupuestos de las mismas, lo que supone un ingente volumen de inversión que, en un mercado único que se quiere libre y sin trabas, no puede permanecer ajeno a la competencia, so pretexto de la singularidad de ciertas técnicas jurídicas nacionales o de la artificiosidad del uso instrumental que en cada Estado pueda hacerse de las fórmulas de personificación.

¿Por qué entonces tanta alarma con la sustitución de nuestros servicios públicos por esos servicios de interés económico general de que habla el Tratado de la Unión?

#### IV. LA LIBERALIZACIÓN EN MARCHA. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE SUS CAUSAS Y SUS RITMOS

El artículo 37 del Tratado (hoy 31 en la versión consolidada) dejó, por así decirlo, entre paréntesis la eliminación de los monopolios nacionales de carácter comercial, lo que permitió la pervivencia de las estructuras tradicionales y, por lo tanto, también de los servicios públicos que contribuían a conformarlas en algunos Estados durante muchos años hasta que la Comunidad dio el salto adelante con el Acta Unica de 1986, que transformó el inicial mercado común en un auténtico mercado único, con la vista puesta ya en la unión económica y monetaria. Con ello se activó el proceso de liberalizaciones que por su fuerza hizo saltar todas las alarmas.

Al respecto quiero hacer aquí algunas, muy breves, observaciones porque la ocasión no da para más.

En primer término, me parece obligado subrayar que se engañaría quien pensara que ese proceso de reconstrucción de las viejas estructuras de los servicios públicos es el resultado puro y simple de un movimiento ideológico de «derechización» del mundo occidental. Quien así piense tiene que aceptar necesariamente que los movimientos de este tipo no surgen de la nada y que su aparición tiene mucho que ver con el agotamiento de las ideas de signo opuesto, agotamiento que resulta en buena parte de su asimilación e incorpo-

ración al patrimonio común de las sociedades en las que prendieron y, en medida no despreciable también, de la falta de renovación de su energía creadora. Las hogueras se apagan porque el frío que obligó a encenderlas desaparece o disminuye de forma apreciable y porque quien cuida de ellas no renueva el combustible.

El componente ideológico no es, por lo demás, el único motor de los cambios que se producen en la sociedad. El progreso científico y tecnológico juega también un papel decisivo y, cuando se acelera, la historia se acelera con él en la misma proporción.

Más atrás dije que la *publicatio* de actividades, esto es, su declaración formal como servicios públicos, con la consiguiente implicación directa de la Administración en su prestación, fue en el pasado el resultado de la convergencia de fuerzas de signo ideológico, económico y tecnológico que operaban en esa dirección. Ahora he de decir que la liberalización de esas actividades es también consecuencia de la convergencia de esas mismas fuerzas, que apuntan desde hace unos años en la dirección opuesta. Verdad de Pero Grullo, pero verdad.

Cuando en 1980 se elabora el Estatuto de RTVE, todavía vigente, y se declara en él que la televisión es un servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado (art. 1.2 del Estatuto), no se levantó, ni a derecha ni a izquierda, ninguna voz en contra de tan categórica declaración y la exigencia de pluralismo en la gestión de tan poderoso e influyente servicio que imponía e impone el artículo 20 de la Constitución se canalizó a través del Ente Público gestor, de acuerdo con la fórmula de pluralismo interno vigente en la época en Alemania, porque se tenía el convencimiento de que «hacer televisión» sólo estaba entonces al alcance de unos pocos, por razones económicas y tecnológicas. El monopolio estatal y el pluralismo interno eran, pues, en 1980 la única salida.

Muy poco tiempo después las cosas empezaron a cambiar y lo que en 1980 era verdad dejó de serlo. Un comerciante de electrodomésticos de Coria lo demostró un día al comenzar a emitir a las doce de la noche desde la trastienda de su local, con la ayuda de su hija y de un empleado, un programa de televisión para su pueblo. No recuerdo de memoria las fechas, pero sí la noticia, que leí en la prensa. Tuvo que ser la Guardia Civil quien pusiera fin a la curiosa experiencia, que, no obstante, vino a demostrar que «hacer televisión» de alcance local estaba a la altura de cualquier persona.

Razones de orden exclusivamente político frenaron la legalización de la televisión privada, que sólo se admitió, tardíamente, manteniendo intacta la declaración de servicio público, y con grandes limitaciones además (tres únicos operadores), en 1988. Las po-

sibilidades técnicas eran ya en esta fecha prácticamente ilimitadas. Según pude aprender en el curso de un proceso de amparo por mí dirigido, «cabían» entonces en España unas 12.000 emisoras de televisión en UHF de alcance local (lo que es como decir infinito si se piensa que para asegurar la libertad de prensa basta con poco más de un centenar de periódicos diarios), y así se pudo probar ante el Tribunal Constitucional, que prefirió, no obstante, cerrar los ojos y evitó romper el *statu quo*. El ejemplo italiano de la televisión local fue entonces el «espantajo» esgrimido para continuar frenando la libertad, que el progreso tecnológico impulsaba de forma imparable.

Y con la televisión por cable vino a ocurrir lo mismo. El Tribunal Constitucional sólo se decidió «a la última» por romper la barrera artificialmente erigida por la pasividad calculada y consciente del legislador, esto es, de la clase gobernante, que se resistía a toda costa a perder el poder que el manejo del servicio público en régimen de monopolio le aseguraba.

Esta es la historia, y es tan reciente que se resiste a cualquier intento de deformación. La enseñanza que proporciona es inequívoca: la liberalización la ha traído el progreso tecnológico, que ha hecho saltar por los aires el monopolio y el servicio público.

No faltará quien piense que éste sigue teniendo justificación desde el punto de vista de los contenidos, y algo —o mucho— hay de verdad en ello, pero ésta es otra cuestión, que pasa por el meridiano de la financiación. Si la fuente de financiación de la televisión pública sigue siendo la publicidad, mal podrá distinguirse la televisión pública de la privada, porque una y otra tendrán que luchar en el mismo terreno y aceptar los mismos condicionamientos.

La fuerza del progreso tecnológico no ha sido, ni es, ni probablemente será la misma en los demás sectores. El impacto en cada uno de ellos es, obviamente, distinto y distinto será también, por esa misma razón, el ritmo del proceso de liberalización o de reconstrucción de las estructuras. Así ocurrió en el pasado con el proceso inverso de *publicatio* de actividades y de ahí las asimetrías que hicieron tan confuso y tan inabordable el problema de la definición del servicio público. Si entonces hubo que aceptar resignadamente múltiples variantes técnicas que hicieron dudar de la utilidad del concepto mismo, hasta el punto de considerarlo una «simple etiqueta», ahora hay que hacer otro tanto con la fórmula de la regulación que ha venido a sustituir a la anterior *publicatio* de esas actividades llamadas a tender un puente entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo.

Cuando aceptemos sin más las cosas como realmente son, sin es-

crúpulos ni prejuicios dogmáticos, podremos comprobar muy probablemente que quizás ahora tendremos las cosas más fáciles.

## V. DEL SERVICIO PÚBLICO A LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Así es, me parece, si se tiene presente cuál ha venido a ser el desenlace del proceso de cambio iniciado a mediados de los ochenta: el paso del servicio público a las obligaciones del servicio público que, en el marco de la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales han venido a imponer a las empresas que operan en los sectores liberalizados para preservar los intereses públicos cuya adecuada satisfacción es irrenunciable y no puede esperarse del libre juego de las fuerzas del mercado.

Este balance final no puede, desde luego, hacer olvidar los sobresaltos padecidos hasta llegar a él, ni puede ocultar tampoco que la reacción de las instituciones comunitarias ha sido tardía y no espontánea, además, como hubiera sido de desear. Pero, finalmente, se ha producido, a partir de la publicación por la Comisión Europea del *Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos (o servicios de interés económico general)*, de 14 de febrero de 1994, a la que siguió la *Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa*, de 11 de septiembre de 1996, para llegar finalmente al texto mismo del Tratado de Amsterdam.

La Exposición de Motivos de la Carta es bien explícita al respecto cuando comienza reconociendo que «algunas necesidades de interés general precisan disposiciones particulares debido a sus peculiaridades y a los límites naturales de eficacia del mercado», problema éste para cuya solución «cada Estado europeo, en función de su historia, de su geografía y de sus tradiciones, ha ideado soluciones diversas, pero que, en realidad, encierran más allá de las apariencias preocupaciones comunes o similares... cualquiera que sea la extensión del sector público en los Estados miembros o aunque la gestión de la mayor parte de los servicios públicos se delegue en particulares».

A partir de este reconocimiento de la insuficiencia del mercado, la Carta se esfuerza en definir los trazos fundamentales de las políticas comunitarias vinculadas a los servicios públicos. El texto adolece, como no podía ser menos, de los defectos comunes a todo documento de compromiso en el que cada párrafo es obra de un autor distinto y se inserta en el lugar que, mejor o peor, convienen confusamente entre todos, pero ahí están, repito, todas las piezas esenciales.

Esas piezas aparecen ya sistemáticamente armadas dos años después en la Comunicación de 1996. En ella los servicios de interés ge-

neral se vinculan expresamente a la solidaridad y la igualdad de trato, que —se dice— «en el contexto de una economía de mercado abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad». Es otro modo de expresar la brillante fórmula expresada por el *Rapport* del Conseil d'Etat más atrás citado: «*El servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando el mercado fracasa, no su contrario.*»

Pero no el servicio público entendido en términos orgánicos o institucionales («la concepción, ámbito y modos de organización de los servicios de interés general varían de un Estado miembro a otro o de un sector a otro, en función de tradiciones o técnicas diferentes»), sino en un sentido funcional, como *misión* de interés general, cuya satisfacción se traduce en la imposición a las empresas, abstracción hecha de su estatuto, de *obligaciones de servicio público*. La Comunicación recupera así la terminología concreta de los artículos 77 y 90 del Tratado (hoy 73 y 86, respectivamente), aprovechándola, con el fin de no tropezar con éste, para construir un sistema con lo que en los preceptos citados sólo eran fragmentos parciales.

Ese sistema, que pretende —y logra— comprender la diversidad organizativa de los servicios de interés general en Europa, responde a dos principios fundamentales: el de *neutralidad* frente al Estatuto, público o privado, de las empresas, que la Comunidad no cuestiona, y el de *libertad de los Estados miembros* para definir las misiones de interés general, otorgar derechos especiales o exclusivos para realizar estas misiones a las empresas responsables, ordenar su gestión y encargarse, en su caso, de la financiación, con respeto, claro está, a los límites que impone el artículo 90 (hoy 86) del Tratado.

La fe en el mercado permanece («las fuerzas del mercado permiten una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la prestación de los servicios, beneficiando a los consumidores que obtienen más calidad a mejor precio»), pero la conciencia de sus límites (que «corren el riesgo de excluir a parte de la población de sus beneficios y de no permitir el fomento de la cohesión social y territorial») obliga a buscar un equilibrio entre la competencia y las exigencias del interés general, equilibrio cuyo hallazgo justifica la exención parcial de las normas del Tratado con sujeción a condiciones de *proporcionalidad*.

En la búsqueda de ese equilibrio en cada país y en cada sector concreto el protagonismo corresponde en primer término a cada Estado miembro, que es, por lo tanto, el competente para definir en cada caso el interés general y sus exigencias en términos de *servicio universal* y de otras *obligaciones de servicio público* y establecer, en su caso, las compensaciones correspondientes a las empresas que

hayan de soportar aquél y éstas con cargo a Fondos nutridos por las aportaciones de los demás operadores que estén libres de estas cargas. A la Comisión y al Tribunal Europeo de Justicia les corresponderá sólo «examinar la compatibilidad de los medios empleados con los compromisos europeos».

Nada está prejuzgado de antemano, por lo tanto, en lo que concierne a la extensión de ese servicio universal, entendido como «servicio de calidad a un precio asequible para todos», y a las demás obligaciones de servicio público. La noción de aquél «*es flexible*, en la medida en que su contenido está elaborado progresivamente en función de las características estructurales y técnicas y las necesidades propias de cada sector», y es también «*evolutiva* en cualquier caso, [ya que] debe adaptarse a los cambios tecnológicos, a las nuevas exigencias de interés general y a las necesidades de los usuarios».

Sobre estas bases, el viejo concepto de servicio público, entendido en un sentido material o funcional al modo de DUGUIT, como «actividad que es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante», se identifica con la noción de servicio de interés general, comercial o no, y con las ideas de servicio universal y de obligaciones de servicio público en cuya definición y garantía se concreta ahora esa imprescindible intervención de la fuerza gobernante.

Cuando ese servicio de interés general tenga carácter comercial (servicios de interés económico general en la terminología del antiguo art. 90, hoy 86, del Tratado), su compatibilidad con la libre competencia queda asegurada también con la expresa aceptación de las derogaciones parciales de ésta que guarden la debida proporción con aquel interés.

En los demás casos —servicios de interés general que no tienen carácter comercial— (como los sistemas obligatorios de escolarización o de protección social o las funciones llamadas «de regalía» que corresponden al ejercicio del poder público, como la seguridad, la justicia, la diplomacia o el estado civil) «las condiciones del artículo 90 del Tratado no se aplican», porque «no pueden tratarse de la misma forma que los servicios de interés económico general». Respecto a ellos, «la acción de la Comunidad únicamente puede ser complementaria».

La capa de teoría general queda así claramente definida en la Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 1996. El resto es ya pura aplicación de esa teoría a cada sector concreto en función de sus circunstancias y encuentra su traducción concreta en nuestras Leyes más recientes: del Servicio Postal Universal y de Liberaliza-

ción de los Servicios Postales, de 13 de julio de 1998; General de las Telecomunicaciones, de 24 de abril de 1998; del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre de 1997, etc.

La terminología y la retórica de éstas, que varía en sus matices de una a otra, no debe despistar tras lo ya dicho. La del Sector Eléctrico, por ejemplo, proclama con particular énfasis que «abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional», y ello a partir del «convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone», ni, menos aún, que «el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integren el suministro eléctrico».

El proclamado abandono de la noción de servicio público afecta, pues, exclusivamente al punto de partida del sistema, pero en absoluto al de llegada, porque la garantía expresa del suministro a todos los que lo demanden (art. 10 de la Ley) y la correlativa imposición a las empresas de las obligaciones correspondientes (arts. 41, 45, 48, 50) dejan en todo caso las cosas donde estaban desde el punto de vista del usuario (con la ventaja para éste de las reducciones tarifarias que eventualmente puedan resultar de la introducción de la competencia en el sector). Puro cambio, pues, de la antigua *publicatio*, que excluía la concurrencia, a la actual *regulación*, que admite ésta conservando, empero, las obligaciones de servicio público que garantizan la efectividad, continuidad y calidad de las prestaciones que antes y ahora eran y son lo esencial.

La Ley de Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales equipara «la consideración de servicio público» al sometimiento a obligaciones de servicio público y articula su regulación sobre este último concepto y el de servicio universal. Semejante es el caso en el sector del gas, en el que también se ha prescindido de las consideraciones de servicio público por estimar la nueva Ley de Hidrocarburos, de 7 de octubre de 1998, que estas actividades «no requieren de la presencia y responsabilidad del Estado para su desarrollo».

La Ley General de Telecomunicaciones se ahorra también el innecesario énfasis de la Ley del Sector Eléctrico, y se limita a decir en su artículo 2 que «las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia», a lo que añade que «sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el

artículo 5 y en el Título III de esta Ley». La expresión servicio público se refiere en este caso a los servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil, cuyas «redes, servicios, instalaciones y equipos» afectos «*se reservan al Estado* y se rigen por su normativa específica», según precisa el artículo 5.1. El apartado 5 del mismo artículo faculta, en fin, al Gobierno para que, con carácter excepcional y transitorio, acuerde «*la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa*» de ciertos servicios para garantizar la seguridad pública y la defensa nacional, asunción de la gestión directa que funciona también como mecanismo último de garantía en el caso de incumplimiento de las obligaciones de servicio público que la Ley impone a las empresas que operan en el sector.

Las obligaciones de servicio público (aspecto funcional o material) han venido así a ocupar el lugar del servicio público en el sentido orgánico-subjetivo que nos era familiar, que ahora o bien se ha hecho desaparecer pura y simplemente en unos casos (electricidad y gas) o bien se ha limitado a supuestos excepcionales.

En el terreno conceptual la evolución ha quedado así consumada.

## VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL TRATADO DE AMSTERDAM

Resta ya solamente hacer una breve referencia al Tratado de Amsterdam, en el que la evolución de la que se ha dado cuenta ha dado lugar a la incorporación de un nuevo artículo, el 7 D (hoy 16 de la versión consolidada), sobre el lugar de los servicios públicos en la Unión Europea, que hay que leer a la luz de la Declaración número 13 adoptada por la Conferencia Intergubernamental.

El texto del precepto no cambia la situación a la que se había llegado, pero indudablemente la da consistencia y cobertura. Dice así:

«Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87 (antiguos 77, 90 y 92), y a la vista del lugar que los servicios de interés 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 aplicación del presente Tratado, velarán porque dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

No parece gran cosa, en un principio, especialmente si se tiene presente el texto de la Declaración incorporada al Acta Final, según la cual «sus disposiciones se aplicarán con pleno respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras cosas en lo que se refiere a los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad de dichos servicios». Sin embargo, su trascendencia es indudable si se tiene presente que el precepto ha quedado finalmente integrado en la Primera Parte del Tratado, como uno más de los Principios de la Comunidad, lo que es mucho si se tiene en cuenta la modesta posición que los servicios de interés económico general ocupaban con anterioridad.

La idea del servicio público, en los términos antes expuestos, ya no es extraña al Derecho de la Unión, una simple excepción a las reglas básicas de la competencia que parecían llenarlo todo, sino que forma parte de «los valores comunes de la Unión» y tiene un papel «en la promoción de la cohesión social y territorial», por lo que tanto la Comunidad como los Estados miembros, cada uno en el marco de sus respectivas competencias, vienen obligados a velar («velarán») por ella y porque las actividades y servicios materiales en que se traduce se presten «con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

El camino a recorrer en el futuro queda así trazado con la necesaria precisión.

