

MERCADO DE SERVICIOS EN LIBRE COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDEN COMUNITARIO EUROPEO

Luciano PAREJO ALFONSO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

I. LA SITUACIÓN INICIAL: EL TRATADO DE ROMA

En el Tratado de Roma de 1957, la diferenciación de los espacios de lo público y lo privado aflora claramente sólo en la consagración de la neutralidad de la Comunidad respecto del régimen de propiedad en los Estados miembros (art. 222 ¹) y en la regulación de la política en materia de transportes (en la que se utiliza expresamente la noción de «servicio público»: art. 77 ²) y de la libre competencia (en la que se alude a las «empresas públicas», las empresas a las que se «concedan derechos especiales o exclusivos» y aquellas que estén encargadas de «la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de

¹ Como señala la reciente *Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1996, p. 9, este artículo garantiza la neutralidad frente al estatuto público o privado de las empresas y su personal. De esta suerte: «La Comunidad no cuestiona el estatuto, público o privado, de las empresas encargadas de misiones de interés general y no impone ninguna privatización. Por ello, los comportamientos distorsionadores de la competencia son objeto de vigilancia por parte de la Comunidad, se trate de empresas públicas o privadas».

Entre nosotros, MUÑOZ MACHADO, S. (*Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Cuadernos de Estudios Europeos, Ed. Fundación Universidad Empresa/Cívitas, 1993, p. 82) incluye el de neutralidad —junto con los de igualdad y solidaridad— entre los principios de la constitución económica comunitaria, entendiendo que dicho principio parte de la aceptación de la economía mixta, sin cuestionarse las formas de propiedad pública y privada y su equilibrio establecidos en cada uno de los Estados miembros. En el mismo sentido, del mismo autor véase también «El derecho de la competencia y el ordenamiento jurídico español», Ponències del Seminari de Dret Local, Setena edició del Seminari (Curs 94-95), Ajuntament de Barcelona 1996, pp. 13 y ss.

² Este art. sigue aún hoy disponiendo que:

«Serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que respondan al reembolso de determinadas *obligaciones inherentes a la noción de servicio público*» (la cursiva es del autor).

monopolio fiscal»: art. 90³). No obstante, está sin duda presupuesta en el Tratado, pues como, a propósito del último de los preceptos mencionados, ha expuesto la Comisión Europea⁴, éste 1) reposa sobre la libertad de los Estados miembros para definir las misiones de interés general, otorgar derechos especiales o exclusivos necesarios para realizar estas misiones a las empresas responsables, ordenar su gestión y encargarse, en su caso, de su financiación⁵; libertad, que implica el necesario respeto por la Comunidad de las opciones nacionales de organización económica y social y supone el reconocimiento en favor de los Estados del papel principal en el orden de la configuración social, correspondiéndole a la Comunidad exclusivamente el examen de la compatibilidad de los medios empleados a nivel estatal con los compromisos comunitarios; y, además, 2) su artículo 90 sólo se refiere a las actividades económicas, es decir, no es aplicable a las actividades que no tengan tal carácter (por ejemplo la educativa o de protección social), ni, por supuesto, a las «funciones» de autoridad, llamadas de «regalía» (por ejemplo, seguridad pública, justicia, diplomacia, etc.)⁶.

La razón de este tratamiento de lo público en el Tratado es obvia. La Comunidad constituida en 1957 tenía —como claramente expresaba su denominación— un objetivo limitado, neta y predominantemente económico: la generación de un verdadero mercado común; objetivo éste, en cuya consecución se concentraron inicialmente los esfuerzos integradores, de suerte que al menos durante los primeros veinticinco años de su existencia la Comunidad ha sido poco más de una unión aduanera en la que la libre circulación interior de mercancías fue progresivamente consolidándose.

³ Este artículo sigue hoy disponiendo que:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las *empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos*, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los arts. 7 y 85 a 94, ambos inclusive.

2. Las *empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal* quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas». (La cursiva es del autor).

Sobre el sistema de defensa de la competencia en la Comunidad Europea y su origen en el modelo norteamericano, véase Ll. Cases Pallarés, *Derecho Administrativo de la Competencia*, Escola d'Administració de Catalunya y M. Pons, Madrid 1995, especialmente en el Capítulo 2.º

⁴ En la Comunicación citada en la nota núm. 1, p. 9.

⁵ Ese respeto encuentra fundamento hoy, además, en el principio de subsidiariedad, proclamado en el art. 3B, párr. 2.º del Tratado, en la versión de Maastricht.

⁶ Los servicios no económicos o de «regalía», sigue diciendo la Comunicación de la Comisión, contribuyen de manera decisiva a distintas políticas comunitarias, de donde se sigue el desarrollo de la cooperación y la asociación a escala europea. Pero como quiera que estos servicios no pueden ser tratados de modo igual que los de naturaleza económica, la acción comunitaria respecto de aquéllos es —por exigencia del Tratado— puramente complementaria de la de los Estados.

Por tanto, no es que, en el momento fundacional, la Comunidad resultara ajena a lo público; antes al contrario, ésta reposa enteramente en un interés público común: la efectividad del orden propio de la economía de mercado, cuyo elemento nuclear es la libre competencia y para cuya garantía se transfiere el necesario poder público al nivel comunitario. Vista la integración inicial como recomposición del poder público, es decir, reparto de competencias:

a) El cometido básico de la Comunidad se define por relación a la ordenación sustantiva de la vida económica en y para el mercado común⁷, quedando expresado este objetivo en la desaparición de todos los monopolios nacionales de carácter comercial para asegurar la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado (art. 37.1 del Tratado); vida económica, que en el modelo de la economía de mercado es primariamente actividad privada o de los sujetos ordinarios y que, aun cuando pueda ser desarrollada igualmente por los sujetos públicos, se caracteriza por la competencia en plano de igualdad de todos los agentes económicos. Esta circunstancia explica la perspectiva sustantiva, funcional o no formal desde la que la Comunidad asume, desde el principio, ese su cometido⁸.

b) Los Estados retienen todo lo demás, lo no transferido, y, en lo que aquí interesa, desde luego la responsabilidad y la competencia en materia de configuración social para asegurar la integración y la solidaridad.

De esta suerte, el campo y la lógica propios del servicio público permanecen casi por completo en la órbita de los Estados miembros, alcanzando sólo tangencialmente la comunitaria, de suerte que la zona secante entre ambas pudo configurarse en términos del binomio prohibición/excepción:

⁷ Sobre la base de las cuatro libertades básicas, libre circulación de mercancías, que es la primera y fundamental [Tít. I], y libre circulación de personas —y establecimiento—, servicios y capitales; y mediante la política de la libre competencia, que ocupa, así, un lugar central en la economía del Tratado.

MUÑOZ MACHADO, S. (*op. cit.* en nota 1, p. 81), siguiendo a Mertens de Wilmars, distingue en la estructura jurídica del ordenamiento comunitario los siguientes tres niveles: 1) las disposiciones relativas a las aludidas cuatro libertades, que tienen por objeto la abolición de los obstáculos que se oponen a la plena realización del contenido que postulan; 2) las políticas comunes sectoriales (entre ellas y junto a las del carbón y del acero, la agricultura y producción y distribución de energía de origen nuclear, la antes citada de transportes); y 3) las políticas comunes de intervención global (armonización de legislaciones, reequilibrio regional y, en lo que aquí interesa, libre competencia), que persiguen no tanto la organización de una gestión común comunitaria, cuanto más bien la coordinación de las acciones sociales y económicas nacionales.

⁸ De ahí, como certeramente advierte MUÑOZ MACHADO, S. (*op. cit.* en nota 1, pp. 82 y 83) la importancia en el plano comunitario del principio de igualdad —en cuanto sobre él, junto con los de neutralidad y solidaridad— se articula la coexistencia de empresas públicas y privadas, que impone la aplicación de las mismas reglas de mercado a todas dichas empresas y que tiene dos manifestaciones principales: la prohibición de la discriminación de las empresas por razón de su nacionalidad y la aplicación de las reglas de la libre competencia indistintamente a las empresas públicas y privadas.

— Los Estados pueden ciertamente continuar definiendo y aplicando su propia política económico-social, pero les está vedado producir perturbaciones o distorsiones en el buen orden de la vida económica, es decir, de la libre competencia (fundamentalmente a través del otorgamiento de ayudas públicas: artículo 92).

— Los Estados pueden igualmente acotar negativamente (vía exclusión o «publicación» de actividades) el ámbito de la vida económica accesible libremente a todos los sujetos, es decir, conservan prácticamente íntegro el poder de intervención social, pero sólo en la medida en que ello sea necesario desde el punto de vista del interés público interno, de la cobertura de verdaderas necesidades colectivas (de ahí las previsiones y las cautelas que se contienen en el artículo 90; no en vano este precepto es el resultado de un compromiso político, sugerido significativamente por Francia, para superar los reparos formulados por los pequeños Estados sobre la base de la desigual competencia entre sus empresas y las grandes empresas públicas beneficiarias de monopolios).

La construcción originaria de la integración responde así cabalmente a la que sin duda puede calificarse de tradición europea, decantada en el último cuarto del siglo XIX y primer cuarto del siglo XX, de lo que ha sido calificado como «compromiso social», que hace de la regulación e intervención públicas de algunos bienes y servicios un verdadero elemento del «contrato social» y, por tanto, un factor básico del proceso de integración y pertenencia y, por tanto, de cohesión sociales⁹. Tal compromiso social resulta de la búsqueda de una fórmula de conciliación entre usos y servicios esenciales, de interés económico general o de utilidad pública, de un lado, y mercado en libre competencia, de otro, que trae causa de una pluralidad de circunstancias de orden económico y social; dicho de otro modo: de un modelo de desarrollo que garantice simultáneamente la eficacia económica y el progreso social. De modo simplificado¹⁰, puede decirse que, en el contexto de este modelo, la intervención pública:

a) Respondía a la necesidad de asegurar la igualdad y la seguridad del disfrute (de bienes no reproducibles o limitados) o del suministro o aprovisionamiento (de servicios) para una pluralidad indeterminada de sujetos (con incidencia en su determinación de la dimensión social, permisiva de discriminaciones positivas);

b) Encontraba su fundamento económico en la consecución de economías de escala —especialmente en el caso de los llamados monopo-

⁹ Véase al respecto el documento Europa, competencia y servicio público, publicado por el Centro Europeo de Empresas Públicas, edición francesa a cargo de Ed. Masson/Armand Colin, París 1995. Existe traducción española, del mismo año, editada por la Comisión Europea.

¹⁰ En este sentido, LADEUR, K.-H., Art. 90 EWG-Vertrag und der öffentliche Charakter der staatlichen Unternehmen, en la obra colectiva Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Zentrum für europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP), Diskussionspapier 7/91, 1991, pp. 25 y 26.

lios naturales, cuya justificación resultaba así reforzada por la teoría de los costes ocultos—, las cuales eran admitidas sobre la base de la suposición tanto de la falta de flexibilidad —por requerimiento de una elevada demanda— de determinadas inversiones (principalmente en infraestructuras) y, al propio tiempo, de la acentuada rigidez de éstas, debida a la situación de no retorno que, por un dilatado período de tiempo, genera su realización, como de las desproporcionadamente altas ventajas de coste por ellas proporcionadas, en la medida misma de un número suficientemente crecido de usuarios.

c) Resultaba legitimada por la ganancia de cotas de bienestar no alcanzables por la sola vía del mercado (por no procurar o cuando menos favorecer ésta ni el acceso de las capas sociales más amplias posibles a determinados bienes o servicios en la superficie territorial más extensa posible; ni la colocación positiva de los ciudadanos en un plano de igualdad en el disfrute).

Es cierto que la evolución difiere en los diferentes países en cuanto a la extensión de la intervención pública y también a los términos de la regulación y la gestión de los servicios, de donde se sigue la diversidad de culturas jurídicas en punto a la categoría de «servicio público»¹¹, pero no lo es menos que en todos ellos aquella intervención acaba presentando nítidos rasgos comunes, desde luego en cuanto al tipo de bienes y servicios afectados, pero sobre todo en punto a la justificación en la idea del interés general apreciado caso a caso por el legislador. Con la heterogeneidad del tratamiento nacional del fenómeno de los servicios públicos se corresponde la falta de precisión técnica en la terminología utilizada por el Tratado de Roma y, en particular, el empleo en su artículo 90 del concepto amplio e indeterminado de «servicios de interés económico general».

En todo caso, la existencia de una sólida tradición de intervención pública en los Estados miembros y la reserva a éstos de la competencia en la materia en los términos ya indicados (con acantonamiento de la Comunidad en la creación y el aseguramiento de un mercado común) hace que, en el dilatado período inicial de vida comunitaria del que se viene hablando, los mundos de lo público y lo privado se comporten, en general, como esferas separadas, encontrándose sólo de forma excepcional. Se explica, por ello, la escasa aplicación práctica que en dicho

¹¹ Mientras en Francia y los países de sistema jurídico latino o influidos por el sistema francés (España, Italia, Grecia, Portugal) se decanta y afirma la noción de servicio público, que pasa a tener importantes consecuencias en el régimen jurídico de la actividad correspondiente, no sucede otro tanto en los restantes países (Alemania, Gran Bretaña y los Países Bajos), en los que dicha noción presenta un perfil mucho menos nítido. Véase el documento citado en nota 9, que contiene -como anexo- contribuciones de distintos autores de diferentes países sobre la situación del servicio público en los mismos. Véase igualmente el número especial dedicado a *Le service public, unité et diversité* de *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, junio de 1997, que contiene también una sección de trabajos de Derecho comparado.

período tuvo el artículo 90 del Tratado y la correlativa relativamente poca atención prestada al mismo. Y también que cuando hubo lugar a su aplicación (Sentencia Sacchi de 30 de abril de 1974), el Tribunal de Luxemburgo (TJCE) no dudara en declarar el monopolio en materia de radio y televisión compatible con el mercado común, por entender que el Tratado en modo alguno impide la concesión estatal a instituciones públicas, por razones justamente de interés general o público, del derecho exclusivo en materia de televisión.

II. LA PRIMERA INTERPRETACIÓN COMUNITARIA DE LA TENSION DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO: EL MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA COMO REGLA; EL SERVICIO PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN PRECISADA DE JUSTIFICACIÓN

Teniendo en cuenta lo dicho no puede sorprender que el primer terreno en que va a concretarse la aplicación del artículo 90 del Tratado sea precisamente el de la igualdad de condiciones en el mercado (libre competencia) de las empresas públicas y las privadas, con entera independencia de si las primeras son o no gestoras de servicios públicos o beneficiarias de derechos exclusivos o especiales. El peso en los Estados miembros, variable, pero importante, de la iniciativa pública en la economía suscita inmediatamente, en efecto y desde la perspectiva del mercado común, su relación con la empresa privada.

La Comisión produce por ello tempranamente pronunciamientos dirigidos a dejar clara la aplicación del precepto y, por tanto, de las reglas de la competencia también a las empresas públicas, lo que vale decir la igualdad de trato de éstas respecto de las privadas, con la consecuente necesidad de la clarificación de las relaciones entre aquéllas y las organizaciones públicas que las crean y sostienen (decisión 91/50 «Isseljcentrale» y decisiones, en respuesta a cuestiones escritas, de 13 de junio de 1963 y 149/1968, así como, ulteriormente, de 26 de noviembre de 1982). Y, usando de la facultad conferida precisamente por el número 3 del artículo 90, acaba por dictar la Directiva 80/723, de 25 de junio de 1980, para asegurar la transparencia de las relaciones financieras entre los poderes públicos y las empresas por ellos creadas; Directiva, en la que se define la empresa pública como aquélla en la que los referidos poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante. Impugnada esta norma, el TJCE —tomando pie en su jurisprudencia anterior (Sentencias Sacchi de 30 de abril de 1974 e IGAV/ENCC de 18 de junio de 1975)— se alinea con el criterio de la Comisión, confirmando la legitimidad de un tratamiento diferenciado de las empresas públicas cabalmente al amparo de la regla de la igualdad, en tanto que ésta exige distinto trato para las situaciones desiguales. Y su doctrina, firme ya en punto a la sujeción de la empresa pública a las

reglas de la competencia (así Sentencia British Telecom 41/1983, sobre prohibición de abuso de posición dominante por parte de una empresa pública), va a decantarse finalmente por un concepto material y no formal de empresa, con la consecuencia de la indiferencia a tales efectos de la solución organizativa adoptada para el desarrollo por el sector público de la correspondiente actividad económica (personalidad jurídica o no; forma jurídico-privada o no), en la Sentencia Comisión c. Italia de 16 de junio de 1987¹². De ahí que, luego, la Sentencia «Telecomunicaciones» 202/88 de 1991 señale que el espíritu del número 1 del artículo 90 del Tratado reside no tanto en prohibir a un Estado la concesión de monopolios, cuanto en imponerle el respeto por las empresas beneficiarias de un monopolio o de derechos especiales, en el desarrollo de sus actividades, de las reglas de la libre competencia; y la Sentencia Francia c. Comisión de 19 de marzo de 1991 deje claro el sometimiento de todas las empresas, incluidas las gestoras de servicios públicos, al Derecho común comunitario¹³.

El resultado de esta primera evolución es, en lo que aquí interesa, la depuración del interés general interno estatal, en términos de servicio público, como un factor de legítima flexibilización de la regla de la igualdad de todas las empresas (unidades que desarrollan actividades de contenido económico en el mercado común), pero en términos de excepción en sentido estricto al orden normal económico; factor y excepción, que sólo afloran expresamente en los artículos 77 y 90.2 del Tratado.

III. LA POSICIÓN CENTRAL DEL ARTÍCULO 90 DEL TRATADO Y LA SUBSIGUIENTE INTENSIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DEL ESPACIO DE LO PÚBLICO

1. LA TRIPLE EVOLUCIÓN QUE ESTÁ EN LA BASE DE LA IMPORTANCIA ADQUIRIDA POR EL ARTÍCULO 90 DEL TRATADO

De esta suerte, el último de los artículos mencionados, en cuanto general, cobra una posición central para la relación entre la empresa pública gestora de servicios públicos y la libre competencia, con independencia de la coincidencia o no con el de servicio público del con-

¹² Sobre el proceso de decantación de un concepto de empresa y de empresa pública en el Derecho comunitario, a través de las decisiones de la Comisión y, sobre todo, de la jurisprudencia del TJCE, véase con más detalle MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.* en nota 1, pp. 88 y ss.

¹³ En el mismo sentido que la sentencia citada en el texto, la posterior recaída en el asunto Reino de España y otros c. Comisión de 19 de noviembre de 1992. A la vista de esta jurisprudencia puede decirse desde luego que el Derecho comunitario ha acabado con un determinado modelo de empresa pública (y desde luego con el modelo español de la misma). No así desde luego con la empresa pública misma y ni siquiera con la gestora de servicios públicos. Sobre ello, concluyendo en el mismo sentido, véase el análisis que hace T. R. Fernández al hilo del Real Decreto-Ley de 16 de junio de 1995, de creación de determinadas entidades de Derecho público y, concretamente, de la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.

cepto de servicio de interés económico general que emplea el precepto. Esta posición y la importancia que de ella resulta comienzan a lucir, en efecto, a partir de la mitad de la década de los años ochenta y decididamente en la de los noventa, como consecuencia de una triple evolución.

A) *El movimiento de liberalización y desregulación*

Por de pronto, el auge de las ideas liberales que, apoyado por la llamada globalización de la economía y preparado por la crítica desde la ciencia económica de la idea basal del servicio público (la necesidad de respuesta a determinadas deficiencias del mercado), conduce desde la década de los años setenta a profundas reformas de sentido privatizador y desregulador en los países anglosajones, que acaban influyendo —con extensión, intensidad y alcance diversos— en los del continente europeo y también en la política de las instituciones comunitarias y que parecen poner en cuestión el modelo europeo de compatibilización específica de las exigencias de eficacia económica e integración social¹⁴. A partir de 1990 la Comisión comienza, en efecto, a hacer uso de las facultades que le otorga el número 3 del artículo 90 del Tratado para lograr la introducción de la competencia en los sectores excluidos de ella a nivel nacional, suministrando el de las telecomunicaciones un ejemplo bien

¹⁴ El derrumbamiento de las economías planificadas de los Estados del Este europeo y de la Unión Soviética supuso un claro refuerzo de la tendencia descrita, evidentemente ligada al debate sobre la llamada crisis del Estado del bienestar o social.

Aunque no es posible, ni oportuno aquí entrar en dicho debate, parece poder decirse ya que la aludida crisis no conduce tanto a una desaparición o siquiera disminución del Estado o de lo público como tal, sino más bien a su profunda transformación, a un Estado y un espacio público distintos. No existe, en efecto una contraposición radical e irreductible, ni siquiera en el modelo puro de la economía de mercado, entre éste y el Estado. El Estado es necesario para la existencia y el funcionamiento mismo del mercado y lo público (que es un concepto histórico y, por tanto, relativo, al igual que lo privado) resulta en realidad complementario de lo privado, por su función infraestructural e incluso de generación de espacios de actividad económica privada. Desde este punto de vista recientemente el Consejo de Estado francés (Rapport public 1994, Etudes et Documents núm. 46, 1995) ha insistido en que el servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando éste fracasa; en modo alguno su contrario.

Desde otra perspectiva, A. Jiménez Blanco, «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», *REDA* núm. 84, pp. 589 y ss. (591), ha llamado la atención sobre lo que de moda u ola, de fenómeno de época, tiene el planteamiento neoliberal privatizador y desregulador.

En realidad puede decirse que la nota característica del momento es la incertidumbre en lo político y lo económico; incertidumbre que, en modo alguno despejada por el desplome del modelo de economía planificada del socialismo de Estado, conduce al aferramiento a concretas certidumbres (equilibrio presupuestario, política monetaria estricta, descentralización del sistema económico-social como fórmula de potenciación de su creatividad y capacidad de respuesta), la gestión táctica o de crisis y, en especial, al desligamiento social —ante la evolución en curso y cara al futuro— del esquema establecido de reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad, de un lado, y los empresarios y los trabajadores, de otro.

Se explica así, en todo caso, la dimensión y la trascendencia del debate, que lucen en las siguientes palabras de REICH, N. (Binnenmarkt und «service public» —einige Überlegungen zu einer aktuellen Kontroverse, en la obra colectiva citada en nota 10, p. 15): «Así como la libertad política se percibió en el siglo XIX como amenaza de tradiciones estatales nacionales —ciertamente autoritarias—, así hoy también la libertad económica, que ataca situaciones establecidas tanto justas como superadas, privilegios sociales y —en el sentido de Lasalle— enteros sistemas de derechos adquiridos».

ilustrativo. La clave de este proceso radica en la progresiva percepción, desde la óptica material comunitaria y en virtud del aludido proceso, de las situaciones monopólicas o de privilegio en el mercado y, por tanto, los servicios públicos, como perturbaciones del orden competitivo propio del mercado ¹⁵.

B) La crisis de la lógica tradicional del servicio público

Paralelamente tiene lugar un fenómeno calificable de manifestación de una específica «debilidad» de los monopolios estatales de actividades con contenido económico. Pues su legitimación en la ganancia de bienestar no alcanzable por el método del mercado determinó históricamente la concepción y el diseño de los sistemas de servicio público como problemas científicos de ingeniería, dando lugar al establecimiento de grandes sistemas técnicos que presentan dificultades de adaptación a los rápidos cambios inducidos por el progreso tecnológico (multiplicación de los servicios posibles, flexibilización de las formas de prestación) y las demandas y el comportamiento de los usuarios. Las empresas públicas gestoras de servicios públicos se ven inmersas así, según apunta certeramente K.-H. Ladeur ¹⁶, en un proceso de erosión interna en modo alguno reconducible sin más a la alternativa entre «interés público» y privatización o desregulación, que puede acabar conduciendo a una verdadera crisis de legitimación por imposibilidad de la consecución del objetivo de satisfacción uniforme y regular de unas necesidades colectivas relativamente estables. Pues la unidad de la red en la que descansan normalmente los servicios públicos, en unión con la regla del tratamiento igual de los usuarios, puede llegar a poner en peligro el desarrollo de las más complejas tareas que son precisas en un mercado más dinámico. En todo caso, el proceso en cuestión parece llevar al sector de los servicios públicos clásico a una suerte de límites a él inmanentes.

C) El desarrollo de la integración europea

Al propio tiempo, sin embargo, el progreso mismo de la integración europea, plasmado primero en el Acta Única de 1986 y luego en el Tratado de Maastricht de 1992, si han contribuido a facilitar los procesos descritos (ampliando las decisiones adoptables por mayoría y reforzando el papel de la Comisión Europea), han transformado cualitativamente la

¹⁵ Esta percepción resulta plausible si se tiene en cuenta la precedente evolución comunitaria, antes descrita, y el dato fundamental, destacado certeramente por De la Quadra Salcedo, T. (Liberalización de la telecomunicación, servicio público y constitución económica europea, Ed. cec, 1995), de la toma por el Tratado de Roma de una clara decisión, limitada, sobre el modelo económico, pero no así sobre el ámbito de lo público y el grado de intervención pública en la economía. De ahí que, como ha señalado agudamente Ladeur, K.-H., (op. cit. en nota 10, p. 23), la centralidad del art. 90, en relación con la delimitación de lo público y lo privado, se acentúa por el hecho elemental de la dependencia de la competencia misma de las instituciones comunitarias de la percepción de un problema en términos cabalmente económicos, especialmente de concurrencia o libre competencia.

¹⁶ LADEUR, K.-H., op. cit. en nota 10, pp. 26 y ss.

instancia europea. Ésta ha dejado de ser una suma más o menos coordinada de tres Comunidades distintas y de objetivos concretos, limitados, en lo que aquí interesa, al mercado común y, por tanto, a la dimensión comercial de la vida económica (recuérdese que el Tratado de Roma prohíbe los monopolios comerciales —art. 37—, pero no así los fiscales —art. 90.2—), para pasar a consistir en un conjunto armónico de Comunidades articulado en una Unión Europea, cuyos fines se extienden al campo político y que experimenta un apreciable crecimiento competencial para el desarrollo de políticas claramente públicas (que se añaden a las tradicionales, asimismo de naturaleza pública, incluida la relativa a la libre competencia). Este desarrollo de la integración europea, en tanto que modificativo del reparto de competencias con los Estados miembros, incide obviamente en la delimitación del espacio supranacional de lo público, ensanchando y potenciando el «interés público común o comunitario», una de cuyas manifestaciones más visibles es la emergencia y el crecimiento espectacular de un verdadero Derecho administrativo europeo¹⁷. El efecto no está siendo otro que el de germinación y decantación de elementos que cabría calificar como servicios públicos de dimensión europea, cual luce especialmente en las actuales regulaciones del Derecho originario sobre redes transeuropeas (en cuya lógica se inscriben planteamientos de ordenación del territorio).

En todo caso, la determinación jurídico-positiva actual de la integración puede ser resumida en los términos siguientes:

a) El artículo B del Tratado de Maastricht, ubicado entre los principios comunes de la Unión Europea, señala a ésta, entre otros, el objetivo de promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria (con moneda única). La dimensión económica, que sigue siendo central, aparece aquí ya enriquecida con los conceptos de equilibrio y sostenibilidad y matizada por el de cohesión económica y social, que acerca aquélla al modelo de desarrollo adoptado por la generalidad de los Estados miembros.

b) El objetivo anterior, definido como principio común, repercute en la determinación por el artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE) de la misión de ésta (de cuya denominación desaparece significativamente el calificativo de «económica»): por de pronto, el mercado común, la unión económica y monetaria y el conjunto de políticas o acciones comunes aparecen ahora como medios y no fines

¹⁷ A este respecto véanse los trabajos sobre la influencia del Derecho comunitario en el Derecho francés, así como en los Derechos alemán, español e inglés, y las perspectivas que de tal influencia resultan en orden a la convergencia de los ordenamientos de los Estados miembros y la formación de un Derecho administrativo europeo, en el número especial —dedicado monográficamente al Derecho administrativo y el Derecho comunitario— por *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, junio de 1996.

últimos; éstos pasan a ser el desarrollo armónico y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, el crecimiento sostenible y no inflacionista, respetuoso con el medio ambiente, el alto grado de convergencia de los resultados económicos, el alto nivel de empleo y protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

c) Aunque como es obvio, los fines enunciados en el artículo 2 precedente implican, conforme al artículo 3A, la inclusión en la acción de la Comunidad y de los Estados miembros de una política económica basada en la estrecha coordinación de las políticas económicas nacionales, el mercado interior y la definición de objetivos comunes y desarrollada con respeto de una economía de mercado abierta y de libre competencia (lo que entronca con el régimen garantizador del no falseamiento de la competencia en el mercado interior de que habla el artículo 3), este último precepto enuncia entre las políticas comunitarias, además de la de transportes (cuya regulación tiene en cuenta, como ya nos consta, las exigencias de servicio público), las novedosas relativas al fortalecimiento de la cohesión económica y social, el medio ambiente, el fomento de la creación y el desarrollo de redes transeuropeas y la contribución tanto al logro de un alto nivel de protección de la salud, como de una enseñanza y formación de calidad.

2. LA ULTERIOR EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LA TENSIÓN PÚBLICO-PRIVADO: LA PERCEPCIÓN DE LO PÚBLICO DESDE LA ÓPTICA DE LA PERTURBACIÓN DEL ORDEN NORMAL DEL MERCADO

Es, pues, en este nuevo contexto en el que se inscribe el mantenimiento desde luego del cuadro normativo establecido desde 1957 y al principio ya descrito, conforme a cuyas coordenadas la relación entre lo público y lo privado —que se hace presente en el artículo 77, pero sobre todo en el artículo 90 TCE— queda, en palabras del Abogado General en el recurso contra la Directiva en materia de telecomunicaciones, en un verdadero claroscuro, que obliga a la adopción de decisiones de trascendencia en un ámbito en el que lo económico y lo público han dejado de estar nítidamente diferenciados o separados, incluso en el plano estatal interno. Precisamente la dificultad que encierra este contacto actual entre ambos mundos es la que está en la base de la distinción por Heilbronner¹⁸ entre la limitación de mercados principalmente abiertos mediante la invocación de intereses nacionales (ámbito propio de la prestación libre de servicios cuya tutela corresponde a la Comunidad Europea) y la decisión organizativa sobre delimitación de los sectores público y privado (ámbito perteneciente estrictamente a los Estados); distinción que, sin embargo, no logra tanto la superación de la dificultad, como la reformulación de la cuestión.

¹⁸ HEILBRONNER, «Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt», *NJW*, 1991, pp. 593 y ss.

Es lógico, pues, que la jurisprudencia del TJCE haya acompañado, ya en los años noventa y yendo más allá de la doctrina que tenía establecida a propósito del artículo 90, la política de liberalización de monopolios estatales emprendida por la Comisión Europea y que se ha centrado, además de en el sector de aprovisionamiento del sector público con bienes y servicios, en las telecomunicaciones, los seguros, la energía y el agua.

Si hasta entonces, centrándose en el número 1 del aludido precepto, había venido respetando los monopolios y derechos especiales de concesión estatal, apreciando todo lo más la existencia de abuso de posición dominante en el supuesto de la extensión de la posición monopólica o privilegiada más allá del ámbito cubierto estrictamente por la correspondiente decisión estatal, ahora da un paso más y, sobre la base del número 2 de idéntico artículo, pone en cuestión el poder mismo estatal de delimitación del espacio público (de contenido económico) excluido del mercado en libre competencia. Dos pronunciamientos son claves a este respecto.

La Sentencia de 23 de abril de 1991, referida a un supuesto de mediación (frustrada) por dos consultores externos en la contratación de un director de ventas por una empresa alemana y en el que se adujo la existencia de un monopolio estatal en la materia, el Tribunal, obviando las limitaciones previstas en el artículo 90.2 del Tratado y la legitimación que resulta de la intervención del legislador democrático estatal, afirma ya que, en el caso enjuiciado, se da desde luego una perturbación del orden de la libre competencia, puesto que ésta resulta ya, no tanto desde luego del hecho mismo de la creación de la situación dominante (concretamente monopolista), cuanto del aprovechamiento mismo de tal situación; aprovechamiento distorsionante de la competencia, que concurre desde el momento en que el beneficiario del monopolio no está en condiciones de satisfacer las demandas reales de prestación de servicios, ya que de ello deriva un impedimento a las iniciativas privadas empresariales de cubrir el espacio de mercado así insatisfecho. Observa agudamente N. Reich¹⁹ que con este pronunciamiento no es ya el monopo-

¹⁹ REICH, N., *op. cit.* en nota 14, p. 19. Este autor sostiene que la comentada decisión del TJCE incurre (no de forma inconsciente) en una tautología perfecta: la explotación de un monopolio supone distorsión del orden de la libre competencia desde que impide a los agentes económicos ordinarios el desarrollo de la correspondiente actividad, a pesar de que justamente éste de la exclusión de tales agentes de la actividad es el sentido del monopolio. A la inversa, no hay abuso de posición dominante cuando por razón de la necesidad de subvención pública es clara la inexistencia de (suficiente) demanda privada del servicio. Pero entonces no debería haber, en términos igualmente económicos, oferta y, con ello, mercado, con lo que no se plantearía conflicto alguno entre lo público y lo privado. Se sigue de lo dicho que la lógica del Tribunal conduce a la conclusión de que todo monopolio implica abuso de posición dominante, pues o bien impide la actuación de oferentes privados del servicio (con lo que se da la hipótesis que motiva el reparo del TJCE), o bien no existe mercado (con lo que el monopolio sería de suyo superfluo).

El Tribunal, siempre según el mismo autor, debería haberse planteado la comprobación de si y en qué medida la decisión estatal de constitución del monopolio entraba en contradicción y, en su caso, lesionaba la libertad de prestación de servicios del art. 59 TJCE (precepto éste, que protege frente a medidas estatales discriminatorias y desproporcionadas, no requeridas desde

lista, sino el mismo derecho exclusivo concedido por el legislador estatal, elegido democráticamente, para asegurar determinados objetivos y fines político-sociales el que queda en el punto de mira a efectos del abuso de posición dominante. La opción entre el interés comunitario en la integración del mercado único y el interés del ciudadano —representado por los Estados miembros— en la integración social queda condicionada así por el prejuicio derivado de un concepto perfilado en términos jurídico-privados y de mercado. Porque la atención del TJCE se centra no tanto en las reservas estatales de servicio público, cuanto en las opuestas posibilidades de mercado, con la consecuencia de una clara jerarquización entre las decisiones referidas a éstas y aquéllas. El resultado final es el acantonamiento del servicio público de contenido económico en las actividades prestacionales altamente dependientes de la subvención pública.

La Sentencia 202/88 de 1991 sobre la Directiva en materia de telecomunicaciones conecta ya el reconocimiento de derechos exclusivos con una suerte de efecto presuntivo, en términos tales que en aquél cabe sin más apreciar una lesión del artículo 30 TCE, cuando el beneficiario del monopolio no esté en situación de: 1) ofrecer en su totalidad el elenco de aparatos y modelos existentes en el mercado; 2) informar a los usuarios sobre el estado y la utilización de todos los aparatos terminales; y 3) garantizar la calidad de todos estos últimos. Se consolida así una perspectiva que coloca lo público y lo privado y, por tanto, los artículos 30 y 90.2 no uno junto al otro (como correspondería a una ordenación de lo público en una esfera estatal separada de la propia de la economía de mercado), sino, antes al contrario, uno bajo el otro, es decir, en clara relación jerárquica²⁰. Con ello, lo público parece quedar confinado a un círculo limitado de actividades, toda vez que la exención del mercado que comporte debe poder superar la doble y sucesiva prueba de su valoración con el rasero del artículo 30 TCE y del examen de la consistencia del fin justificativo y del efecto producido por la colocación de la actividad en mano pública.

La línea jurisprudencial comentada se orienta, en definitiva, a una limitación de la acción estatal en el terreno económico con arreglo a un criterio de preservación del mercado de cualesquiera perturbaciones, ajeno de suyo a la naturaleza misma del objeto —el servicio público— de las correspondientes decisiones, en orden a la integración social, de los Estados miembros, competencia de éstos precisamente por falta de armonización comunitaria en la materia. Y porta por ello mismo el germen de un proceso de progresiva ampliación del campo de aplicación del orden de la libre competencia en detrimento del que corresponde a

luego por el interés general. Y, sin embargo, la aborda sólo tangencialmente, descartándola con el argumento de la irrelevancia interestatal del asunto. La pregunta que surge entonces es la de la razón por la que este argumento no vale igualmente en la aplicación del art. 90.2 TJCE.

²⁰ En este sentido LADEUR, K.-H-, op. cit. en nota 10, p. 28.

la acción estatal tanto empresarial como reguladora o interventora, como consecuencia de una distorsión en la percepción de la política social de los Estados miembros, de la que los servicios públicos son manifestación: su catalogación como potencialmente perturbadora de la libre competencia permite, gracias al impulso del principio de libertad económica, abrir nuevos y lucrativos espacios para la iniciativa privada.

3. LA INFLEXIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 90 DEL TRATADO EN SENTIDO FAVORABLE AL SERVICIO PÚBLICO

Y, sin embargo, otras dos Sentencias ²¹, más recientes, del mismo Tribunal, que entroncan con una de 11 de abril de 1989 que había declarado legítima tanto la aplicación del artículo 90.2 TCE a los transportistas obligados a la explotación de líneas no rentables, como el establecimiento de tarifas para estos servicios, parecen quebrar, a su vez, la precedente línea, cambiar la orientación y apuntar otra en la que la relación de lo público y privado se ofrece más equilibrada ²².

La Sentencia pronunciada el día 19 de mayo de 1993 en el asunto C320/91 Paul Corbeau, en el que se cuestionó el monopolio legal del servicio de correos belga gestionado por la «Régie royale» establecida al efecto, sitúa su argumentación en la lógica del artículo 90.2 TCE ²³ y, en consecuencia:

a) Analiza las características de la actividad encomendada a la «Régie» (obligación de garantizar la recogida, el transporte y la distribución del correo en beneficio de todos los usuarios y en el conjunto del territorio nacional; aplicación de tarifas uniformes y de condiciones de calidad homogéneas, sin consideración a las situaciones particulares ni las condiciones de mayor o menor rentabilidad de las operaciones individuales) y concluye la legitimidad del monopolio, en cuanto tal, por referirse cabalmente a un servicio de interés económico general (tal cual exige el artículo 90.2 TCE).

b) Sentado el anterior extremo, examina la licitud de la exención de las reglas de la libre competencia a la luz del criterio de la medida en que éstas podrían llegar a suponer un impedimento para el cumplimiento de la misión asignada a la «Régie», recurriendo al argumento de la necesidad en los servicios públicos de las «subvenciones cruzadas», es decir, de la compensación por la rentabilidad de algunas actividades la falta de rentabilidad de otras (coincidentes con las obligaciones de servicio público más gravosas) y afirmando con carácter general que la res-

²¹ Véase también la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 1994, asunto 132/93 Ladbroke c. Comisión.

²² Véase el comentario a estas Sentencias de A. Jiménez-Blanco, *op. cit.* en nota 14.

²³ Sobre este precepto y las empresas que operan una red, véase J.-Y. Cherot, «L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau», *L'Actualité Juridique. Droit Administratif* 3-1996, pp. 171 y ss.

tricción o eliminación de la libre competencia es lícita siempre que ésta comporte el riesgo de comprometer el equilibrio económico de la prestación del servicio en su conjunto.

En suma pues, el fallo comentado ratifica que la misión de interés general justifica, no obstante el contenido económico de una actividad, su exclusión del mercado y su calificación como servicio público. Como quiera que la lógica del Derecho comunitario originario gira sobre el principio de economía de mercado, resulta precisa la justificación de la decisión estatal, lo que obliga a su control en sede comunitaria. Desde este punto de vista, si bien en principio no puede considerarse justificada una tal decisión respecto de actividades separables de la principal que motiva ésta, es decir, las económicamente conexas, pero independientes de dicha principal (por contar con internalidades suficientes), si procede apreciar tal justificación en todas aquellas actividades de contenido económico, sin internalidades propias, pero que presenten externalidades sociales y económicas (tipo de actividades éste, además, que hace posibles actividades económicas privadas en el mercado concurrencial). La solución reposa, así, sobre la triple idea de la convivencia de lo público y lo privado en el sistema de economía de mercado; la necesidad de lo público para lo privado (infraestructura social, efectos positivos de cohesión e integración sociales); y la función de sustitución y corrección de los fallos y desfallecimientos del mercado que corresponde a lo público. De donde se sigue que la cuestión se sitúa, lejos de cualquier contraposición o contradicción irreductible, en la correcta delimitación de los espacios propios de lo público y lo privado.

La posterior Sentencia de 27 de abril de 1994, dictada en el asunto 393/92 Municipio de Almelo, relacionado con una cláusula de compra exclusiva de energía eléctrica de la que era beneficiaria una empresa holandesa regional de distribución de dicha energía, insiste en la doctrina de la Sentencia anterior a la hora de cumplir el control sobre la justificación de la cláusula excluyente de la libre competencia, pero da un paso más al sostener que a los efectos del criterio del equilibrio económico de la actividad (determinante para la apreciación de la concurrencia del requisito de afectación del cumplimiento de la misión asignada al servicio) debe tenerse en cuenta los costes que la gestión de aquélla ha de soportar y la normativa —especialmente en materia medioambiental— a la que queda sometida. El criterio decisivo a la hora del expresado control pasa a formularse, pues, en términos, más amplios, de ausencia de condiciones para el funcionamiento espontáneo del mercado, es decir, para el desarrollo de iniciativas empresariales en régimen de libre concurrencia. De esta forma, el espacio propio de lo público, de los servicios públicos, se vuelve a hacer depender básicamente, cual está inscrito en el número 2 del artículo 90 TCE, de las decisiones de la correspondiente colectividad nacional sobre los bienes públicos, el grado deseado de cohesión social y, en definitiva, el *status* de ciudadanía, con el solo requisito de su razonabilidad desde el punto de vista del orden económico común establecido a escala comunitaria.

4. LA SITUACIÓN FINAL: CONVIVENCIA SOBRE BASES INSEGURAS Y EN EQUILIBRIO INESTABLE DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO; Y SURGIMIENTO DE LA BÚSQUEDA DE UN «NUEVO» EQUILIBRIO

Como resulta tanto de la última jurisprudencia del TJCE, como del Derecho comunitario derivado²⁴ —además obviamente del originario, en este punto ambiguo, como se ha podido constatar—, la situación actual es, en el ámbito comunitario, de convivencia de lo público y lo privado, pero de convivencia según un equilibrio inestable por carente de reglas claras, seguras y estables; equilibrio, que se ofrece como resultado más de una concesión excepcional en favor del servicio público que de la aceptación de éste como tal. Es lógico, pues, que, cara a la progresión del proceso de integración, haya ido calando el convencimiento de la necesidad de la clarificación de la situación, la consecución de un nuevo y más satisfactorio equilibrio entre lo público y lo privado. La prueba más evidente de la preocupación a este respecto es la Conferencia Europea convocada en Santiago de Compostela, durante la Presidencia española de la Unión Europea, los días 18 a 20 de octubre de 1995, bajo el significativo título de: «Exclusión social: Un gran reto para los servicios de bienestar públicos»²⁵, en cuyas conclusiones se sientan las siguientes afirmaciones:

a) La exclusión social contradice el modelo social europeo y, ante todo, es incompatible con el objetivo declarado de mantener un nivel elevado de protección social y unas condiciones de vida y de trabajo adecuadas.

b) Es urgente especificar con más claridad qué servicios de bienestar públicos principales deben dedicarse a combatir la exclusión social y cómo pueden afrontar este problema cara a una acción de mejora de la vida diaria de las personas socialmente excluidas y el fomento de su integración.

c) Es necesario aplicar nuevos modelos y soluciones que permitan abordar las múltiples cuestiones relativas a la exclusión social.

d) La experiencia acumulada indica que las estrategias de lucha contra la pobreza y la exclusión social y la reforma del sector público suelen desarrollarse de forma independiente; falta de coordinación, que constituye un motivo de preocupación, porque gran parte de los esfuer-

²⁴ Así lo destaca el documento Europa, competencia y servicio público citado en nota 9 (pp. 27 a 31 de la edición francesa), con indicación de los diferentes textos, normativos o no, en los que aparece ese reconocimiento por lo que hace a los denominados servicios en red: transporte terrestre, marítimo y aéreo, correos, telecomunicaciones, energía y sector audiovisual.

²⁵ El informe completo de la Conferencia Europea está publicado en castellano: Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, Exclusión social: Un gran reto para los servicios de bienestar públicos, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1996.

zos dedicados a la reforma del sector público resultan baldíos si no se aprovechan las oportunidades que brindan en la lucha contra la exclusión social.

e) Debe confiarse en que, en el curso del diálogo entre los agentes principales en el triple orden de los servicios públicos, la reforma del sector público y la exclusión social, éstos se convencen de que la reforma del sector público y el desarrollo de los servicios de bienestar públicos pueden constituir una vía para lograr una integración social mejor y más significativa y que las estrategias de integración social pueden dinamizar y orientar la una (la expresada reforma) y el otro (el aludido desarrollo).

IV. LOS PLANTEAMIENTOS DE REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL MERCADO LIBRE Y EL SERVICIO PÚBLICO O DE INTERÉS GENERAL

Tres planteamientos —uno doctrinal, otro formulado obviamente por el sector de las empresas públicas y un tercero institucional, que recoge la posición propiamente comunitaria— cabe identificar a propósito del nuevo arreglo de la relación público-privado, que por ahora han tenido una parcial, pero significativa, acogida en el texto del Tratado de Amsterdam asumido por el Consejo Europeo celebrado en esta ciudad en junio de este mismo año ²⁶.

1. LA PROPUESTA DOCTRINAL

Planteándose que resta hoy en el plano europeo de la pretensión de lo público, K.-H. Ladeur ²⁷ señala acertadamente que, sin perjuicio de que la desregulación generalizada del espacio de lo público sea un fenómeno problemático en más de un aspecto, a la evolución que ha tenido lugar en sede comunitaria no debe en modo alguno contraponerse una concepción general proestatal favorecedora de la potestad organizativa social para la definición del interés general requirente de la publicación de la correspondiente actividad. Para dicho autor la adecuada construcción de la empresa y del servicio público requiere un nuevo concepto de lo público, que, además de solventar la cuestión de la degradación de la base tradicional de lo público (un ámbito de la igualdad y la uniformidad) propiciada por los procesos técnicos y económicos de fle-

²⁶ El texto del Tratado, tal como fue aprobado por la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ha sido publicado, en versión española: CONF/4001/97.CAB.

²⁷ LADEUR, K.-H., *op. cit.* en nota 10, pp. 28 y ss.

xibilización e individualización o personalización, sea capaz de hacerse operativo igualmente para la interpretación del artículo 90.2 TCE. Los presupuestos de semejante nuevo concepto son: la adaptación a la evolución técnica y económica en curso y la reorientación de la empresa pública. Ésta ha de adoptar una forma distinta a la de la empresa privada —que está obligada a elaborar y procesar la información agregada en el mercado—, orientándose por el valor de la igualdad y la nueva racionalidad de los grandes sistemas técnicos (factores éstos, que han impreso su sello desde siempre en las tareas de la empresa pública y condicionado su perspectiva propia). Pues lo público y lo privado no sólo están diferenciados normativamente, responden a patrimonios de conocimiento distintos y posibilidades de orientación diversas, sin perjuicio de que el marco de orientación de la empresa pública se haya vuelto problemático (imposibilidad de la suposición de la igualdad cualitativa de las necesidades sociales, desplazamiento de la racionalidad técnica tradicional de los grandes sistemas por la diversificación técnica, económica e informativa de las posibilidades). La reconstrucción del sector público debe basarse en el encuadramiento de estos cambios en el proceso más amplio caracterizable como tránsito desde una economía de los recursos hacia una economía de la información, lo que permitiría engarzar lo público-estatal no ya con una racionalidad técnica, sino con una racionalidad informativa, sobre la base de la interrogación acerca de lo que el Estado o, si se prefiere, la empresa pública puede percibir, observar y, por tanto, gestionar mejor que el agente privado. Queda clara, así, la insuficiencia del criterio orientativo tradicional representado por el bien común, sólo superable mediante su complementación con la dimensión temporal de la pertinente decisión sobre el mismo. La conclusión es la de la pertinencia de que el sector público se ciña primariamente en lo sucesivo a la consecución de fines y objetivos de conservación, en el largo plazo, de la diversidad y la flexibilidad de la información en el seno de las posibilidades ofrecidas de suyo por el conjunto plural de la sociedad.

2. LA POSICIÓN DE LA AGRUPACIÓN EUROPEA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS: LA CARTA EUROPEA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Por su parte, el sector europeo de las empresas públicas ²⁸, sobre la base de la doble comprobación de la rapidez de la puesta en práctica de las medidas y disposiciones comunitarias dirigidas a abrir los servicios de interés económico general a la libre competencia y de las dificultades actuales para una adecuada conciliación de dichos servicios con los principios comunitarios del orden económico, sostiene que se impone un reequilibrio de la relación público-privado para conseguir el doble

²⁸ Véase el documento citado en nota 8, pp. 40 y ss. de la edición francesa.

objetivo de la delimitación coherente del espacio que debe corresponder al sector público (con apoyo en la ampliación y diversificación, en Maastricht, de los cometidos comunitarios europeos) y de la actualización del papel del servicio público en la economía de mercado.

El fundamento y la argumentación de este planteamiento puede resumirse así:

a) Los más amplios fines de la actual Unión Europea no pueden conseguirse única, ni principalmente, mediante el respeto de la economía de mercado abierta donde la competencia es libre, de que habla el artículo 3 A TCE, pues las iniciativas privadas en régimen de competencia no aseguran por sí mismas que todos los servicios económicos esenciales cumplen la totalidad de los cometidos económicos y sociales que les son propios. Consecuentemente, el principio de economía de mercado abierta en régimen de libre competencia debe ser complementado con el principio de servicio de interés económico general (expresivo, condensadamente, de la diversidad de los fines de interés general que hoy se hacen presentes en el espacio integrado europeo).

En efecto: de un lado, los servicios económicos «de base» (transportes, comunicaciones, energía, entre otros) se ofrecen como servicios esenciales y, como tales, indispensables para el funcionamiento de todas las empresas de los restantes sectores de actividad, además de todas las Administraciones e instituciones sociales y algunos de entre ellos (exigentes de grandes inversiones a largo plazo y determinantes de externalidades importantes) inducen situaciones de monopolio u oligopolio y han obligado ya, por ello, a reglamentaciones y controles específicos dirigidos a someter sus actividades a exigencias y obligaciones de interés económico general, incluidas las precisas para garantizar la competitividad de la industria o los intereses fundamentales y la independencia de la Unión; de otro lado, los ciudadanos de ésta —para ejercer una ciudadanía digna y plena— deben poder satisfacer las necesidades básicas de la interacción social, entre las que figuran en primer lugar los servicios económicos «de base», y la potenciación de la cohesión económica y social en el seno de la Unión requiere acciones especiales favorecedoras de la inserción de los lugares y los grupos en situación difícil o en riesgo de exclusión, al igual que ciertos territorios, geográficamente periféricos o económicamente secundarios, deben tener acceso a las infraestructuras y los servicios indispensables para su desarrollo y el incremento de su nivel y calidad de vida (art. 77 y Tít. XIV TCE); y, finalmente, el propio Tratado (Tít. XII TCE) impone una intervención específica y permanente de la Comunidad en la economía de las grandes redes: precisamente para permitir a los ciudadanos de la Unión, los agentes económicos y las colectividades territoriales beneficiarse plenamente de las ventajas que derivan de un espacio sin fronteras interiores, la Comunidad ha de contribuir directamente al establecimiento y el desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de los transportes, las telecomunicaciones y la energía, asumiendo, además y en

términos propios de las llamadas obligaciones de servicio público, la conexión de las regiones insulares, enclaves o periféricas.

b) De entre todos los medios a la disposición del poder público para desarrollar políticas en relación con las actividades económicas, destacan los ordinarios reductibles a la regulación (reglamentación general del mercado y de la competencia, establecimiento de normas técnicas, sociales y fiscales e intercambio de información y concertación con los agentes) y los especiales empleados para configurar el funcionamiento y los resultados de las actividades económicas (medidas positivas y negativas, reglas de cooperación entre los agentes, reglamentación del acceso al mercado —incluida la atribución de derechos exclusivos o especiales—, planificación de infraestructuras y participación de los agentes económicos y sociales en la formulación y el control de la política pública). Estos medios pueden combinarse entre sí y con diversos planteamientos financieros, de suerte que no cabe hablar propiamente de contradicción irreductible entre los medios simplemente reguladores y permisivos de la competencia, de un lado, y los especiales con incidencia en ésta, de otro, sino más bien, y como resultado de la combinación y gradación en su empleo, de toda una escala de posibilidades y alternativas, que requieren ser ensayadas, experimentadas y confrontadas.

En todo caso, la organización de los servicios públicos ha de asumir, como condición para que éstos puedan llegar a tener el papel que hoy y en el futuro les corresponde, todo un conjunto de principios, integrado por los de la relatividad (alusivo a la diversidad, el pluralismo y la experimentación, de suerte que las autoridades competentes puedan adecuar sus decisiones a las circunstancias y las necesidades y aspiraciones de la población correspondiente) y la subsidiariedad (exigente de la atribución de la capacidad de decisión a la instancia más próxima a los ciudadanos posible, reservando la intervención europea para necesidades y servicios de escala y alcance supranacionales), de separación de las funciones del regulador, el gestor y el controlador del servicio, de transparencia de las relaciones entre los gestores y los Estados miembros, de cooperación entre los diversos gestores, de modernización social de la gestión (en el sentido del progreso en los siguientes aspectos: la continuidad del servicio y la regulación del derecho de huelga; la calidad del servicio y la implicación de los empleados; la representación de las organizaciones sindicales en los órganos directivos; el estatuto de los empleados y su idoneidad para favorecer la adaptabilidad a la evolución del servicio, especialmente a través de la formación continua; y la nacionalidad de la empresa y la asunción de su responsabilidad en materia de empleo y de inserción de los jóvenes); y la evaluación pluralista (que debe incluir especialmente a los usuarios y los ciudadanos).

Sobre la base de las anteriores consideraciones se propugna un nuevo equilibrio entre lo público y lo privado, cuya formalización debería llevarse a cabo mediante:

1.º) Una modificación del Tratado de la Comunidad Europea, consistente en la introducción de un nuevo Capítulo segundo (tras el actual relativo a la libre competencia) en el Título V de la tercera parte; solución ésta, que se justifica en el hecho de que no se trata tanto de introducir una nueva política europea, cuanto de otorgar su lugar en el Derecho originario a un concepto que, al igual que el de la libre competencia, tiene un carácter transversal u horizontal y puede y debe ser empleado y aplicado en el marco de todas las políticas públicas comunitarias. La modificación misma del Tratado se hace reposar en la necesidad de un reconocimiento expreso y claro de los principios de los servicios de interés económico general (expresión ésta que no se entiende preciso, ni conveniente sustituir ni alterar) y la naturaleza de las obligaciones que a éstos pueden ser impuestas.

El Capítulo mismo de cuya introducción se trata se compone de un solo artículo (que pasaría a ser el 94 A), con el siguiente contenido:

— El reconocimiento a los Estados miembros de la competencia para establecer servicios de interés general en los ámbitos o por razón de consideraciones relativas a la eficacia económica, la protección de los consumidores, la cohesión social o la procura de un desarrollo sostenido que así lo justifiquen.

— El sometimiento de las empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general a obligaciones particulares en materia especialmente de igualdad de trato de los consumidores, continuidad, adaptabilidad, calidad el servicio asegurado, transparencia, eficacia y apertura de su gestión a la concertación.

Y, previsión, ligada a dicho sometimiento, de la posibilidad del reconocimiento a tales empresas de derechos exclusivos o especiales, sin perjuicio de que quedar éstas sujetas a las reglas del Tratado y, en especial, las de la libre competencia, en la medida en que tales reglas no hagan fracasar el cumplimiento, de hecho o de Derecho, del cometido específico que les haya sido encomendado. En cualquier caso, el desarrollo de los intercambios no debe ser afectado en una medida contraria al interés de la Comunidad.

— Sin perjuicio de las previsiones precedentes, los Estados miembros no deben adoptar ni mantener, respecto de las empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, medida alguna que sea contraria a las reglas del Tratado, especialmente a las contenidas en su artículo 6 y en el propio Título V.

— La Comunidad y los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para armonizar las intervenciones de los servicios de interés económico general y seleccionar aquellas que contribuyan a la buena ejecución de las acciones definidas en el artículo 3.

— El establecimiento de un régimen de servicios de interés económico general puede ser definido a nivel comunitario en los ámbitos y en

la medida en que así lo haga necesario la ejecución de políticas comunitarias, debiendo fijarse las condiciones de prestación de tales servicios en pliegos de obligaciones específicas.

— Corresponde al Consejo Europeo, actuando conforme al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones, la adopción de las medidas de carácter general necesarias para la aplicación del artículo de cuya introducción se trata. Y a la Comisión compete ejecutarlas y velar por que sea respetadas.

2.º) La aprobación de una Carta Europea de los Servicios de Interés Económico General, con el contenido ya propuesto por varios Gobiernos de Estados miembros y el propio Parlamento Europeo. Dicho contenido puede resumirse en los términos siguientes:

2.1. Definición del servicio de interés económico general como toda actividad de interés general desarrollada bajo la titularidad-responsabilidad de los Estados miembros o de la Comunidad en función de consideraciones de eficacia económica, protección de los consumidores, cohesión social o procura de un desarrollo sostenido.

2.2. Establecimiento, entre otros ²⁹, del siguiente principio de base: cada Estado miembro define libremente, en el marco del artículo 94 A (antes propuesto) y de las medidas de carácter general adoptadas por el Consejo para la aplicación de éste y de conformidad con las orientaciones de la propia Carta: las actividades de interés general a las que reconoce el carácter de servicio de interés económico general, las obligaciones impuestas a las empresas encargadas de tales servicios y los derechos especiales o exclusivos conferidos a las mismas para el cumplimiento de aquéllas, así como las reglas de organización y de gestión de los mismos servicios.

2.3. Precisión de:

2.3.1. Las razones, motivos o consideraciones justificativas del establecimiento de servicios de interés económico general, mediante su vinculación, en especial, con la necesidad de asegurar ³⁰: 1) la gestión de actividades con efectos externos sobre el conjunto de la economía; 2) la disposición de recursos naturales no renovables o escasos o de un bien público (agua, espacio aéreo, frecuencias hertzianas, dominio público) y

²⁹ Los otros dos principios son los siguientes: 1) la Comunidad y los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para armonizar las intervenciones de los servicios de interés económico general creados por los segundos y seleccionar las que contribuyan a la buena ejecución de las acciones previstas en el art. 3; y 2) la Comunidad puede definir, bajo ciertas condiciones, un régimen de servicios de interés económico general de ámbito comunitario.

³⁰ En ningún caso tales motivos, razones o consideraciones legitima la creación de servicios que afecten el desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad.

la seguridad de su aprovisionamiento; 3) la gestión de actividades cuya financiación exija, especialmente por razón del volumen de las inversiones necesarias para el mantenimiento y el desarrollo de sus infraestructuras, de la naturaleza peculiar de las empresas de redes o de la obligación de cumplir determinadas tareas deficitarias, una contribución pública o cualquier otro mecanismo específico que permita cubrir los costes soportados por el gestor designado; 3) la protección de los consumidores; 4) la organización equilibrada del territorio; 5) la protección del medio ambiente; 6) la satisfacción de una necesidad social de la población (solidaridad social, lucha contra la exclusión); 7) el respeto del pluralismo de la información y de la cultura; y 8) la accesibilidad a bienes esenciales para el ejercicio de la ciudadanía.

2.3.2. El objeto de los mismos servicios, mediante la clarificación de que éstos pueden referirse especialmente a: 1) la gestión de recursos mineros y de las fuentes de energía; 2) los transportes públicos; 3) los servicios urbanos (particularmente el agua y la calefacción); 4) los servicios postales; 5) las telecomunicaciones; y 6) la comunicación audiovisual.

2.4. Enumeración de las obligaciones de los gestores de los servicios de interés económico general, comprensiva de las siguientes:

2.4.1. Equidad en el acceso de los usuarios a las prestaciones ofrecidas (que puede comprender, en particular, el respeto a las exigencias de universalidad del servicio y de neutralidad en las modalidades de tarificación).

2.4.2. Continuidad del servicio, inclusiva, en especial, de la seguridad del suministro³¹.

2.4.3. Adaptabilidad o flexibilidad del servicio, que se traduce en la búsqueda permanente de la mejor atención posible de las necesidades evolutivas del usuario.

2.4.4. Calidad y eficacia del servicio, evaluadas conforme a normas generales o de objetivos específicos fijados por las autoridades competentes de los Estados miembros o de la Comunidad a cada empresa.

2.4.5. Transparencia en la gestión del servicio, especialmente en los aspectos relativos a la financiación y tarificación del servicio.

2.4.6. Apertura de la gestión a la concertación, que debe comprender especialmente al personal, los usuarios y sus organizaciones representativas y conducir a la elaboración de una declaración de derechos de los usuarios.

2.5. Determinación de los cinco principios de organización y gestión de los servicios de interés económico general siguientes:

³¹ Esta obligación tiene como consecuencia la necesidad de armonizar el derecho de huelga con la expresada continuidad del servicio.

2.5.1. Separación entre reguladores y gestores³², con prohibición a la Comunidad —de conformidad con el principio de neutralidad del Derecho comunitario respecto del régimen de propiedad en los Estados miembros (art. 222 TCE)— del dictado de Directivas en materia de alteración del estatuto del gestor (transformación de una Administración en empresa pública, privatización total o parcial de una empresa pública o toma de control público de una empresa privada).

2.5.2. Transparencia en las relaciones entre los gestores y los Estados miembros³³.

2.5.3. Cooperación entre gestores que operen en un mismo territorio o en territorios colindantes o vecinos, en términos de acciones —controladas por el regulador— que promuevan la armonización o la interconexión de sus redes y la oferta de servicios comunes o complementarios³⁴.

2.5.4. Modernización social para la consecución —en concertación con los interlocutores sociales y por medio de la suscripción, siempre que sea posible, de convenios de empresa sobre las condiciones precisas para ello— de progresos en materia de continuidad del servicio y regulación del derecho de huelga; la calidad del servicio y la implicación de los empleados; la participación de los empleados y los consumidores; el estatuto de los empleados y su idoneidad para la mejora de la adaptabilidad de la gestión a la evolución del servicio, especialmente mediante la formación continua; y la nacionalidad de la empresa y la asunción de su responsabilidad en materia de empleo e inserción de los jóvenes.

2.5.5. La evaluación pluralista, es decir, la sujeción regular de las condiciones de cumplimiento de sus cometidos por reguladores y gesto-

³² La explotación de los servicios debe desarrollarse bajo el control de órganos reguladores establecidos por los Estados miembros en la hipótesis normal y dotados de potestades públicas en materia de elección o selección del gestor, el control de las tarifas, el reconocimiento de medios financieros públicos sobre la base de justificaciones de interés general y el control de la actividad misma del gestor. Pueden revestir forma tanto de Administraciones públicas, como de Autoridades o Administraciones uni- o pluripersonales independientes, debiendo precisarse las diversas modalidades que esta última opción puede adoptar según las circunstancias del país y del sector concreto de que se trate.

Por su parte, el gestor, la definición de cuyo estatuto jurídico corresponde a cada Estado miembro como regla general, puede revestir la forma tanto de una Administración o de una empresa pública, como de una empresa privada o mixta.

³³ A este efecto: *a)* el cometido, los principios de la tarificación y las modalidades principales de financiación de las empresas de que se trate deben quedar definidas en pliegos de cláusulas hechas públicos; *b)* sólo son autorizables ayudas públicas a las empresas en la medida en que tengan una justificación de interés general sometida al control del regulador; y *c)* las obligaciones vinculadas a actividades deficitarias o que no puedan ser retribuidas sobre una base comercial normal y que sean impuestas a las empresas por razón de un fin de interés general, deben ser objeto de una compensación financiera equitativa.

³⁴ Con prohibición a la Comunidad de oponerse a una cooperación de tal carácter y alcance, salvo que represente un atentado excesivo a las reglas de la libre competencia.

res a un control por resultados, efectuado sobre una base plural, a fin de garantizar la objetividad.

2.6. Delimitación de la intervención comunitaria en materia de servicios de interés económico general, a través de:

2.6.1. La necesaria ponderación de la naturaleza y las necesidades específicas de los servicios de interés general en las políticas comunitarias, tanto sectoriales (transportes, energía, telecomunicaciones, etc.), como horizontales (libre competencia, medio ambiente, industria, investigación, etc.)³⁵.

2.6.2. El observatorio de los servicios de interés económico general³⁶.

2.6.3. El establecimiento de servicios de interés económico general de ámbito comunitario y sujetos a pliegos de cláusulas específicas, en las materias y en la medida en que la ejecución de las políticas comunitarias lo haga necesario, sin perjuicio de la función de armonización de las intervenciones de servicio público que —concurrentemente con los Estados miembros— corresponde a la Comunidad.

3. LA POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

La Comisión Europea se ha hecho eco igualmente de la inquietud y preocupación por los servicios públicos³⁷ y su futuro, teniendo en cuen-

³⁵ A este efecto, dichas políticas pueden incluir la elaboración de normas dirigidas a asegurar la interoperabilidad de las redes; el fomento de las iniciativas de investigación y desarrollo en los sectores en los que se hayan creado servicios de interés económico general; y la realización de programas de inversión comunes a diversos gestores.

³⁶ De carácter comunitario y con el objeto de evaluar las condiciones en que se prestan los servicios de interés económico general creados por los Estados miembros y contribuir a la reflexión de las instancias comunitarias sobre este tipo de servicios. Para ello debe ser competente para elaborar trabajos de investigación y estudio (especialmente comparados), efectuar con regularidad el seguimiento de los servicios de interés económico general en los diferentes Estados miembros y dar cuenta de tal seguimiento en un informe público periódico, y participar en la organización de debates públicos sobre dichos servicios.

³⁷ La propia Comisión clarifica la terminología en este campo —con efectos potenciales beneficiosos para la aplicación del art. 90 TCE— en el que, además de la lógica comunitaria (que ha desarrollado, por ejemplo, el concepto de servicio universal), concurren diversas culturas políticas y jurídicas nacionales:

— Servicio de interés general designa la actividad de servicio, comercial o no, calificada de interés general por la autoridad pública competente y sujeta por ello a obligaciones específicas de servicio público.

— Servicio de interés económico general designa la actividad de servicio comercial que cumple un cometido de interés general y está sometida por ello, por los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público (así los servicios en red de transportes, energía y comunicación).

ta su peso económico³⁸ y su trascendencia para el modelo europeo de sociedad³⁹ y conectando con pronunciamientos previos del Consejo Europeo⁴⁰. Su Comunicación de Septiembre de 1996 sobre los servicios de interés general en Europa⁴¹:

a) Descansa en la afirmación de los servicios de interés general como elementos clave del modelo de sociedad europeo⁴², de suerte que la acción de la Comunidad debe entenderse inscrita en un modelo de economía abierta basada tanto en la solidaridad y la cohesión social, como en los mecanismos del mercado. De este último modelo resulta no sólo la ausencia de contradicción, sino la existencia de una verdadera interacción beneficiosa entre interés general (en cuanto concepto que está en la base de los expresados servicios) y mercado único (lo que vale

— Servicio público: posee un doble sentido, designando tanto el organismo de producción del servicio, como el cometido o el fin de interés general que se confía a éste, al que se imponen específicas obligaciones de servicio público para favorecer o permitir la realización del fin de interés general.

— Servicio universal define un conjunto de exigencias de interés general a las que deben someterse en toda la Comunidad determinadas actividades (telecomunicaciones y correos, por ejemplo), teniendo por objeto las obligaciones que comporta garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a un precio asequible.

Este último concepto es de elaboración comunitaria: se refieren a él las resoluciones del Parlamento Europeo de 22 de enero de 1993 (DOCE C42, de 15 de febrero de 1993), 6 de mayo de 1994 (DOCE C205, de 27 de julio de 1994) y 15 de junio de 1995 (DOCE C166, de 3 de julio de 1995) y las resoluciones del Consejo Europeo de 22 de julio de 1993 (DOCE C213, de 6 de agosto de 1993), 7 de febrero de 1994 (DOCE C48, de 16 de febrero de 1994) y 22 de septiembre de 1994 (DOCE C379, de 31 de diciembre de 1994) y 18 de septiembre de 1995 (DOCE C258, de 2 de octubre de 1995), habiendo sido aplicado por la Comisión Europea sector por sector en las normas a ellos referidas, constituyendo las telecomunicaciones un buen ejemplo.

Sobre la noción de servicio universal, véase M. Debène, «Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification», *L'Actualité Juridique. Droit Administratif* 3-1996, pp. 183 y ss.

³⁸ Según datos de la propia Comisión, las empresas públicas (que sólo garantizan una parte de los servicios de interés general) representan cerca del 9% del empleo, el 11% de la actividad no agrícola y el 16% de la inversión en la Comunidad.

³⁹ El dictamen de la Comisión Europea sobre la reforma de los Tratados con vistas a la Conferencia Intergubernamental (Reforzar la unión política y preparar la ampliación, COM(96), de 28 de febrero de 1996, señala que: «Edificado sobre un conjunto de valores comunes a todas las sociedades europeas, el proyecto europeo pretende promover dichos valores, que combinan los rasgos característicos de la democracia —derechos humanos, Estado de Derecho— con los de una economía abierta, basado en el dinamismo del mercado, la solidaridad y la cohesión. Entre estos valores figura el acceso de los ciudadanos a servicios universales o a servicios de interés general, que contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato».

⁴⁰ En su composición de Jefes de Estado y de Gobierno. El Consejo de Cannes de 26 de junio de 1995 destacó la importancia de las funciones de interés general y la pertenencia de éstas al elenco de valores comunes a los Estados miembros; elenco constitutivo de la peculiaridad del modelo europeo. Véanse las conclusiones de la Presidencia: SN 211/95, punto A.I.1.7.

⁴¹ Citada en nota 1.

⁴² Los citados servicios aparecen vinculados a una serie de valores comunes a escala europea, relacionados, a su vez, con el status de ciudadano, sin perjuicio de la variedad de formas de organización de tales servicios y de las transformaciones y los retos a que se ven expuestos como consecuencia de las recientes evoluciones técnicas, económicas y sociales.

decir reglas de la libre competencia)⁴³, de modo que el objetivo de la Comunidad en la materia debe ser precisamente el de lograr un equilibrio adecuado entre uno y otro en la doble escala nacional y europea⁴⁴. Lo que realmente está en juego son, pues, las condiciones de la aludida interacción y, por tanto, de este equilibrio, que se concibe en términos dinámicos en cuanto dotado de naturaleza evolutiva. De ahí que la acción comunitaria deba responder a un enfoque «progresivo» que conduce:

— en la escala estatal interna, a la sujeción de los servicios de interés económico general (incluidos los monopolios) a las reglas de la libre competencia, en términos compatibles con su existencia, de suerte que el beneficio por las actividades correspondientes de la exención de dichas reglas se entiende sujeto a condiciones de proporcionalidad (principio subyacente al artículo 90 TCE); y

— en la escala comunitaria, a la promoción del «interés general europeo» en forma del servicio universal y de otras posibles obligaciones de servicio público, entendiendo aquél como la expresión en Europa de las exigencias y especificidades del modelo europeo de sociedad en el marco de una política que concilia dinamismo del mercado, cohesión y solidaridad⁴⁵.

b) Fija los objetivos comunitarios para el futuro, centrados en el fomento de servicios de interés general a nivel europeo en los siguientes tres aspectos:

— Aprovechamiento al máximo de las acciones emprendidas en aras de la competitividad europea, continuando la apertura a los mercados —iniciada sector por sector— de servicios económicos, especialmente en red, con introducción en ellos de exigencias de servicio universal⁴⁶ y observando al efecto los siguientes principios: 1) creación de instrumentos de evaluación del funcionamiento y resultados, así como la competitividad de los servicios de interés general⁴⁷; 2) enfoque gra-

⁴³ Las fuerzas del mercado, aunque permiten una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la prestación de los servicios, tienen sus límites y presentan el riesgo de la exclusión de parte de la población de sus beneficios, así como del descuido del fomento de la cohesión social y territorial.

⁴⁴ Con apoyo en la diversidad del modelo europeo de sociedad, que está garantizada por los principios de neutralidad proclamado en el art. 222 TCE y de libertad de los Estados miembros para la determinación de los fines de interés general consagrado en el art. 90 TCE y encuentra cabal expresión en el principio de subsidiariedad del art. 3B TCE.

⁴⁵ El documento enumera y describe sintéticamente las iniciativas ya adoptadas en tal sentido en materia de telecomunicaciones, correos, transportes, electricidad y radio y televisión.

⁴⁶ Pues la referida apertura se valora positivamente en sus consecuencias, toda vez que contribuye de forma decisiva a la modernización de los servicios, el aprovechamiento por Europa de sus ventajas competitivas y la colocación de las empresas en situación de obtener servicios de calidad a precios menos elevados.

⁴⁷ La evaluación expresada se realizaría sector por sector, permitiendo la divulgación de las mejores prácticas y favoreciendo la adaptación de las actividades a los cambios tecnológicos y las nuevas necesidades y exigencias de los usuarios y del interés público. Al efecto la Comisión ha promovido ya un estudio para contar con un balance sobre las formas de regulación, los métodos de organización de los servicios en «redes» en los Estados miembros y los medios financieros empleados para sostenerlos.

dual y concertado con los diferentes actores, incluidos los usuarios; y 3) enfoque transparente en virtud de una comunicación sobre la aplicación de los procedimientos del artículo 90 TCE.

Para la continuación de la apertura de los diferentes sectores se confía en la rápida adopción por los órganos competentes de las iniciativas planteadas en relación con el mercado interior de la electricidad, los mercados internacionales, el transporte ferroviario de pasajeros, los mercados de gas natural y los mercados de flete ferroviario (culminación, en este caso, de la apertura ya en curso).

— Reforzamiento de la solidaridad y la coordinación europeas (por ejemplo, la de la acción de los organismos nacionales de interés económico general en materia de condiciones de financiación pública y sistemas de control), alcanzando incluso formas más avanzadas de cooperación (en materia, por ejemplo, de control del tráfico aéreo, mediante la creación de un órgano reglamentario para su gestión)⁴⁸.

— Potenciación de la utilización de los instrumentos comunitarios⁴⁹, en concreto mediante las siguientes medidas: formulación de un plan de desarrollo del espacio comunitario, que otorgue a los servicios de interés general el lugar que les corresponde⁵⁰; desarrollo de las redes transeuropeas⁵¹; la reorientación de los programas marco en materia de investigación y, en concreto, del formulado para el período 1999-2003, para su puesta al servicio del ciudadano europeo; y aplicación de los medios de acción comunitarios —cooperación, ayuda financiera y coordinación— en favor de los servicios estatales de salud, protección social, educación, agua y vivienda para favorecer la igualdad de oportunidades y luchar contra la marginación.

c) Propone, finalmente, incorporar al Tratado —aún considerando plausible la opción por el mantenimiento sin más del actual artículo 90 TCE y con motivo de la reforma de las instituciones comunitarias y el planteamiento de una nueva etapa política en la integración— tanto una referencia suficiente a la función propia de los servicios de interés general en el proyecto europeo, acorde con su vinculación a los valores comu-

⁴⁸ Sobre la base de la siguiente doble constatación: la dimensión transnacional que presentan determinados sectores y que impide la satisfacción adecuada del interés general a nivel nacional; y la dependencia de ciertos sectores de intereses a nivel europeo (así la ordenación del territorio y el medio ambiente).

⁴⁹ Con fundamento en el hecho de la existencia de objetivos comunes entre ciertas políticas comunitarias horizontales (cohesión económica y social, desarrollo armonioso del territorio y conservación del medio ambiente) y los servicios de interés general y la consecuente conveniencia de la continuación de tales políticas para el aprovechamiento de sus sinergias con estos servicios.

⁵⁰ A presentar al Parlamento, el Consejo y el Comité de las Regiones y a elaborar sobre la base de las recomendaciones del documento Europa 2000 plus.

⁵¹ Con arreglo a los compromisos ya asumidos por los Jefes de Estado y de Gobierno y con objeto de no retrasar por más tiempo su creación.

nes sobre los que descansa la construcción de las sociedades europeas, como la fijación para dichos servicios de un horizonte claro y el encuadramiento de los medios utilizables en una perspectiva de conjunto.

La propuesta se concreta en el añadido al artículo 3 TCE de una nueva letra u) —es decir, de una nueva acción comunitaria— con el siguiente tenor literal: «Una contribución a la promoción de los servicios de interés general»⁵².

V. LA ÚLTIMA EVOLUCIÓN: EL TRATADO DE AMSTERDAM Y LA CLARIFICACIÓN DEL ESPACIO Y LA FUNCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDEN COMUNITARIO

Los trabajos de la Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros convocada para la reforma de los Tratados prevista para 1996 y los acuerdos efectivamente alcanzados en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en junio de 1997 en Amsterdam, aunque no asumen en sus términos ninguna de las propuestas formuladas y antes examinadas, traen causa de los planteamientos en que las mismas descansan.

Conforme al texto acordado para el Tratado de Amsterdam, su Sección II —referida significativamente a «La Unión y el Ciudadano»— incluye un Capítulo 8 en el que, bajo la rúbrica genérica —pero también significativa— «Otras políticas comunitarias», aparecen:

a) Un apartado f) titulado «Servicios de interés económico general», comprensivo de:

— Un nuevo artículo 7 D, con el siguiente tenor literal:

«Sin perjuicio de los artículos 77, 90 y 92, 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 aplicación del presente Tratado, velarán porque dichos servicios funcionen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido»

— Una Declaración para el Acta Final, del siguiente tenor:

«Las disposiciones del artículo 7 D del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre servicios públicos se aplicarán con pleno

⁵² Entiende la Comisión que con este retoque, el Derecho originario confirmaría expresamente que los servicios de interés general forman parte de los ámbitos de acción de la Comunidad, por más que continúen residenciados primariamente en los Estados miembros; es decir, constituyen una dimensión a tener en cuenta en la definición de las acciones propiamente comunitarias y, por tanto, en la elaboración de las políticas de esta naturaleza.

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».

b) Un apartado *j*) relativo al «servicio público de radiodifusión», que contiene un protocolo (de finalidad interpretativa del Tratado y carácter de anexo a éste) en el que las altas partes contratantes convienen que:

«Las disposiciones del Tratado constitutivo se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia de la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de las competencias de dicho servicio público».

c) Y un apartado *m*) titulado «Redes transeuropeas» y comprensivo de una modificación del texto del tercer guión del párrafo primero del artículo 129 C TCE, con el siguiente tenor literal:

«A fin de alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 129 B, la Comunidad: [...]

— podrá apoyar proyectos de interés común apoyados por Estados miembros y determinados de acuerdo con las orientaciones mencionadas [...] (sin cambios en el resto del texto actual)».

La compleja evolución comunitaria en materia de servicio público o de interés general que se ha venido describiendo en sus líneas más esenciales concluye por ahora, pues y en la línea pretendida por la Comisión Europea, en un reequilibrio de la tensión entre lo público y lo privado, más que innovador, clarificador de los espacios propios de uno y otro, que —más allá de la declaración formal del respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su conjunto— se sitúa, consolidándola, en la línea de los últimos pronunciamientos de éste e implica una reafirmación del papel y la función del servicio público o de interés general en el doble nivel estatal y europeo (de la que son manifestaciones específicas el protocolo anexo sobre el servicio público de radiodifusión y la modificación de la regulación de las redes transeuropeas, pero que se expresa principalmente en el reconocimiento expreso y general del aludido tipo de servicio). Tal clarificación del equilibrio ya subyacente al Derecho comunitario, especialmente después de Maastricht, se apoya en cuatro pilares: 1) la formulación positiva de la acción del poder público —estatal y comunitario— respecto del servicio público o de interés general, en tanto que vinculado éste al objetivo de la cohesión social y territorial; 2) la acotación indirecta del espacio público o propio de dicho tipo de servicios, mediante la proyección al plano comunitario de los valores comunes a la Unión (es decir, desarrollados y decantados en

los diferentes Estados miembros) y la conexión de la acción concurrente de los poderes públicos comunitario y estatal con un régimen de funcionamiento de los servicios públicos adecuado para el cumplimiento por éstos de sus fines específicos; 3) la consecuente clarificación del juego del orden jurídico del mercado en competencia y, en concreto, de los artículos 77, 90 y 92 TCE con el estatuto del servicio público; y 4) la precisión de que el mantenimiento en adecuado equilibrio de la tensión entre lo público y lo privado y, por tanto, de la armonía entre los ordenamientos estatales y el comunitario dependen del juego combinado, pero con respeto de sus límites respectivos, de las competencias de las autoridades nacionales y comunitarias.

Santiago MARTINEZ LAPE
 Institut d'Estudis Jurídics
 Madrid

1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se analiza la posibilidad de que el Estado pueda ser considerado como un proveedor de servicios públicos en el mercado de servicios en libre competencia.

En primer lugar, se define el concepto de servicio público y se analiza su relación con el concepto de servicio público en el Derecho comunitario. Se analiza la posibilidad de que el Estado pueda ser considerado como un proveedor de servicios públicos en el mercado de servicios en libre competencia.

En segundo lugar, se analiza el concepto de servicio público en el Derecho comunitario y se analiza su relación con el concepto de servicio público en el Derecho nacional. Se analiza la posibilidad de que el Estado pueda ser considerado como un proveedor de servicios públicos en el mercado de servicios en libre competencia.

1. Véase, en este sentido, el artículo 101 del Tratado de Roma.

