

NUEVO SISTEMA CONCEPTUAL

J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Valladolid

SUMARIO. I. Introducción.–II. Aplicación de los conceptos de privatización, desregulación, liberalización y despublicación a las empresas y actividades económicas.–III. Crisis de comprensión del Estado social.–IV. Servicios esenciales, servicios de interés económico general, servicio universal y servicio público.–V. Conceptos amplio y restringido de obligaciones de servicio público.–VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

ESTAMOS analizando en este «Encuentro» la «*privatización y desregulación*» que se vienen produciendo en la economía de nuestro país, y con especial intensidad en los últimos diez o quince años, como parte, sin duda, de una corriente universal y europea a la que no hemos podido sustraernos.

Es mucho lo que en estos años se ha escrito sobre estos temas y desde enfoques muy distintos. Pero el jurista que se encara con ellos sigue sintiendo la necesidad de aclarar y precisar los términos y conceptos que se utilizan para explicar y analizar lo que está ocurriendo, pues sin ello es muy difícil sentar con alguna seguridad principios y reglas de justicia, que es lo que, como tal, le interesa.

Es muy necesario tratar de lograr el máximo grado de acuerdo sobre la significación de los términos que usamos. En todo caso, es imprescindible saber con precisión de qué hablamos en cada momento o de qué hablan los textos legales, los actos jurídicos, los pronunciamientos judiciales. De otro modo, nos instalamos en una laxa inseguridad, caldo de cultivo para el florecimiento de las más diversas manipulaciones y abusos.

AFDUAM 3 (1999), pp. 133-152.

Sobre la habitual dificultad –especialmente presente en el saber jurídico– de tener que utilizar normalmente, para conceptualizar con precisión realidades heterogéneas, una panoplia de términos limitada y con difusa significación vulgar, se añade en nuestro caso la profusión de «prejuicios» e intereses que se acumulan en torno a la semántica de los usados para denominar los importantes procesos objeto de análisis en este «Encuentro», dada la considerable relevancia económica, política, social e ideológica que han alcanzado en esta última etapa del siglo XX.

No sé si es muy acertado hablar en relación con todo esto de un *nuevo sistema conceptual*, que, de entrada, además, puede sonar a cierta dosis de presuntuosidad a estas alturas. Quizás expresara mejor el objetivo de esta reflexión hablar de la necesidad de fijar un sistema terminológico, que sí que tiene, tal vez, algunos elementos nuevos, no asentados hasta ahora. Ocurre, sin embargo, que es bastante innegable que a todo lo que está sucediendo –incluida esta necesidad de restablecer, con las novedades y ajustes que sean necesarios, un sistema terminológico compartido–, subyace una verdadera crisis conceptual de fondo que afecta a las ideas dominantes sobre el papel de las autoridades o de los Poderes públicos y su relación con la libertad y los derechos fundamentales de la persona. Está en juego, en el fondo, la comprensión dominante sobre lo que sea y demande eso que llamamos el *Estado social y democrático de Derecho*, en sí mismo y en su realización histórica actual en un mundo crecientemente globalizado y en el que se vienen produciendo integraciones interestatales o supranacionales en grandes espacios continentales, como la que, paradigmáticamente, protagoniza la Europa comunitaria. Y desde esta perspectiva más honda, sí que nos parece puede hablarse de un *nuevo sistema conceptual*, que, lógicamente, debe tener su correspondencia en el sistema terminológico que haya de asumirse.

Mi contribución quiere instalarse en esta perspectiva, en la línea de cuanto hemos dejado ya por escrito en otras ocasiones (1) y sin otra pretensión que la de intentar proponer fórmulas terminológicas y definitorias que puedan dar cuenta más

(1) Vid. ARIÑO, G., DE LA CUÉTARA, J. M. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 184 y ss., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (*a propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual*)», *Libro Homenaje al prof. Ramón Martín Mateo*, en prensa. Con anterioridad y mayor brevedad, abordamos esta problemática en los prólogos a las obras de RODRÍGUEZ CHIRILLO, E., *Privatización de la empresa pública y postprivatización*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, y GARCÍA DE COCA, J. A. *Sector petrolero español: análisis jurídico de la «despublicatio» de un servicio público*, Tecnos, Madrid, 1996, así como, fuera del ámbito económico, en materia de educación en «El art. 27 de la Constitución: Análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España», *Aspectos jurídicos del sistema educativo* (Cuadernos de Derecho Judicial), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, especialmente pp. 35 y ss. y en el prólogo al libro de DE LOS MOZOS TOUYA, I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995.

exacta de las realidades de que se trata, suministrando instrumentos para un análisis y una crítica jurídicos sobre bases más firmes y seguras, y contribuyendo así a que pueda saberse y respetarse mejor lo que corresponde a cada uno.

No dejo de tener presente además que, como bien saben los economistas, la estabilidad, seguridad y justicia del marco jurídico e institucional constituye uno de los factores más determinantes del desarrollo económico y del progreso social. Nuestra tarea intelectual no es un divertimento academicista, sino que se realiza urgida por esa evidencia.

II. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE PRIVATIZACIÓN, DESREGULACIÓN, LIBERALIZACIÓN Y DESPUBLIFICACIÓN A LAS EMPRESAS Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS

Nos parece conveniente comenzar por algunas breves aclaraciones sobre los términos que enmarcan nuestro «Encuentro».

1. De *privatización* se puede hablar en un sentido muy vago y genérico para referirse a cualquier cambio o proceso que conduzca a poner en manos privadas, de personas físicas o jurídicas particulares, actividades u organizaciones –empresas– antes «en mano pública». Debe advertirse, sin embargo, que es vocablo usado también a veces para referirse a la aplicación de normas de Derecho privado a actuaciones de entidades u organismos públicos que venían sujetándose a normas de Derecho público, incluidos los procesos de transvase de actuaciones de los Poderes públicos a organizaciones creadas y controladas por ellos que adoptan formas de personificación o/y actuación de Derecho privado. Es el fenómeno de la «*huida del Derecho administrativo*» que ha sido tan analizado y fustigado entre nosotros en los últimos años, y generalmente con razón (2).

Debería diferenciarse claramente entre una y otra «privatización», pues esta segunda lo es sólo *jurídico-formalmente*, pero no sustantivamente: es una privati-

(2) *Vid.* destacadamente SALA ARQUER, J. M., «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA* 75, 1992, pp. 399 y ss.; DEL SAZ, S., en su contribución al libro de CHINCHILLA, C., LOZANO, B. y ella misma, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo (tres estudios)*, Civitas, Madrid, 1992, así como en «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP* 133, 1994, pp. 57 y ss., y *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995; LAGUNA DE PAZ, J. C., «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», *RAP* 136, 1995, pp. 201 y ss., y MARTÍN-RETORTILLO, S., «Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo», *RAP* 140, 1996, pp. 25 y ss. De la cuestión se ha ocupado críticamente PARADA, R., en diversas ediciones de su *Derecho administrativo, I y II: vid.* por ejemplo tomo I, 10.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 28 y ss. Nos hemos ocupado de una específica manifestación de este fenómeno en nuestro estudio «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)» *RAP* 144, 1997, pp. 45 y ss.

zación *ficticia*, una *pseudoprivatización*, y con muy considerables problemas de encaje constitucional en muchas de sus manifestaciones.

Hay que añadir aún que incluso dentro de la privatización que en su acepción genérica podríamos considerar como *real* o sustantiva, sería necesario hacer algunas distinciones y precisiones. Habría que diferenciar según la privatización se refiera a las empresas (a las correspondientes organizaciones unitarias prestadora de bienes o servicios), a las actividades o servicios que sean su objeto, o a su gestión. Cabe que se privatice la empresa (una empresa pública municipal gestora del servicio de abastecimiento de agua del mismo Municipio, es transferida al sector privado o puesta bajo la influencia dominante de sujetos, de propietarios privados), sin que la actividad o servicio dejen de ser públicos, tan públicos como lo eran antes de la privatización de la empresa, aunque ahora se preste mediante una fórmula de concesión u otra de gestión indirecta. O cabe que, sin privatización alguna del servicio (caso de la radio y la televisión formalmente en España) ni de la organización gestora pública, se admita una parcial privatización de la gestión del servicio, por la vía de arbitrarse concesiones a algunas empresas privadas de nueva creación (que no proceden de una empresa pública, la cual sigue actuando también en la gestión del servicio). La aplicación, con todo, del término privatización a sólo la gestión de un servicio público, no deja de ser equívoca, pues toda gestión indirecta de un servicio público no es sino una colaboración con la Administración titular de éste, en clara posición de subordinación, y sin la libertad de quien ejerce una actividad que le corresponde como propia, como expresión de un derecho incluso fundamental que le pertenece *a radice* (3).

La aplicación, por lo demás, del término privatización a las actividades o servicios requiere también algunas advertencias. Sólo resulta una expresión apropiada cuando de hecho una actividad o servicio hasta entonces propiamente públicos –bajo *publicatio* en sentido estricto– dejan de estar reservados a la titularidad pública –son objeto de *despublicación*– y de hecho además pasan a ser prestados por empresas propiamente privadas (no sólo formalmente privadas), lo que no ocurre siempre. Cabe que se despublique un servicio, pero que siga siendo gestionado íntegramente o en mayor o en menor medida por una o varias empresas públicas: en el primer caso sólo habría privatización jurídico-formal, y en los otros, sólo podría hablarse de una privatización parcial del servicio en el orden sustantivo. Durante cierto tiempo, en algunas de las despublicaciones a que el Gobierno español se ha visto obligado parecía imperar una estrategia de mantener en los servicios despublicados la presencia dominante de algún grupo

(3) En similar sentido, LAGUNA DE PAZ, J. C., «Televisión privada: gestión indirecta de un servicio público», en CREMADES, J., *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

empresarial público, lo que limitaba en la misma medida la real privatización del correspondiente servicio (4).

2. El término *desregulación* es también usado con alguna ambigüedad. Debería reservarse para aludir simplemente a las actuaciones o procesos de eliminación o reducción de regulaciones jurídicas imperativas por parte de los Poderes públicos. Y, desde luego, hay que señalar que en muchos procesos de privatización y de despublicación no hay, propiamente hablando, desregulación o sólo la hay parcial. Sí puede que haya un cambio en la regulación, y cabría hablar en tal sentido de *neorregulación* o de *rerregulación*. En las despublicaciones, sin embargo, algunos entienden que no hay neoregulación, sino sustitución del servicio público en sentido estricto por la mera regulación del servicio correspondiente. No cabe duda, no obstante, a nuestro juicio, que implicando el régimen de servicio público un cierto tipo de regulación –aunque enraizada en la asunción de su titularidad por una Administración pública–, no hay verdadera razón para no poder hablar en tales casos, efectivamente, de nueva regulación o de *neorregulación*, en cuanto término que goza de una cierta densidad significativa nueva. Y ello, aunque, en efecto, en un sentido más estricto deban diferenciarse los servicios esenciales en razón de su régimen jurídico, según que estén publicados como servicios públicos o estén simplemente regulados, cualquiera que sea la intensidad de esa regulación.

En los últimos años ha habido cierta desregulación en muchos sectores, pero ha sido más importante la neorregulación. E –insistimos– resulta ambiguo y desacertado vincular necesariamente la privatización y la despublicación con la desregulación.

3. Con el término *liberalización* de servicios puede aludirse, en términos genéricos, a todo lo que introduzca más dosis de libertad en la gestión de los servicios, por lo que incluye tanto la *despublicatio*, como la desregulación total o parcial o la neorregulación menos restrictiva de las libertades económicas. Dada su significación eminentemente relativa, en cuanto que caben liberalizaciones mínimas y de muy diversas amplitudes, puede entenderse que abraza incluso a los fenómenos de privatización, por cuanto en la medida en de que hecho las actividades y servicios pasan de alguna manera a manos no públicas sino de particulares, pasan del ámbito de la sujeción propio del Poder público al de la libertad –aunque esté muy limitada– que es exclusivo de los sujetos particulares.

4. La *despublicatio* o despublicación, a la que ya hemos aludido varias veces, se caracteriza, entre todos los vocablos anteriores, por su significación precisa y no susceptible de graduación, por cuanto se trata pura y simplemente de un acto jurídico-público de contrario imperio a la *publicatio*, por el que se suprime la reserva a la titularidad exclusiva de los Poderes públicos sobre un determinado tipo

(4) Dimos cuenta de ello en *El nuevo servicio público*, cit., pp. 202 y ss. Es una estrategia que hoy parece definitivamente abandonada.

de actividad o de servicio, devolviéndolo en consecuencia al ámbito del ejercicio de la libertad de empresa, del derecho de propiedad y del conjunto de las libertades económicas –bajo la pertinente regulación alternativa–. En toda despublicación hay pues siempre, claramente, un antes y un después bien definidos, determinados de ordinario por la entrada en vigor de la ley que la formalice. Y es siempre plena en su aplicación a determinado tipo de actividad o servicio. Lo que no impide que si en un tipo determinado de servicio cabe diferenciar varios subtipos de actividad o servicio, puedan despublicarse sólo uno o varios de éstos y no los otros. Pero sobre aquella modalidad o especie de actividad a la que se aplique la figura, producirá efectos plenos y no parciales. Unos efectos que podrán aplicarse de forma instantánea o a lo largo de un proceso transitorio gradual de adaptación, regulado por la ley despublicadora, pero que no podrán ser en sí mismos sino completos y absolutos.

Es quizás este fenómeno de la despublicación el que más directamente parece estar afectado por las reformas que se están produciendo en los sectores que está previsto analizar en la *Mesa de Comunicaciones Sectoriales* de este «Encuentro», y el que tiene, desde luego, mayor importancia en el actual renovado debate sobre el servicio público, que es quizás el gran asunto que subyace a toda esta problemática terminológica y conceptual objeto de nuestra reflexión.

III. CRISIS DE COMPRENSIÓN DEL ESTADO SOCIAL

Pero antes de entrar de lleno en esa central cuestión, será útil detenernos, si quiera sea con la obligada brevedad que impone nuestro apretado horario, en una cuestión capital que ha quedado apuntada en la *Introducción* y que pudiera pensarse viene a recaer sobre lo tratado por otra de las conferencias de este «Encuentro». El profesor Aragón titulaba, en efecto, su intervención como «*La crisis del Estado social*». Se notará, sin embargo, que me propongo ahora plantear la cuestión de otra manera, lo que probablemente sea suscitar en realidad otro tema. No quiero referirme a la crisis del Estado social sino a la crisis *de comprensión* del Estado social.

Aunque la noción de Estado social ha experimentado diversas interpretaciones, es cierto que ha predominado la tendencia a entenderla en un sentido muy próximo a la del *Welfare State*, el *Estado del Bienestar* o incluso el *Estado-Providencia*, con marcados acentos, no ya intervencionistas, sino incluso dirigistas respecto del conjunto de la actividad económica y social y de la adecuada protección y asistencia igual de los ciudadanos en todas sus necesidades. En tal sentido, con unos u otros matices, ha sido bandera de diversos socialismos y colectivismos que han estado tan presentes en la vida política del siglo XX, y, con limitaciones, ha sido aceptado también, más o menos difusa o eclécticamente, por otros diversos movimientos y

corrientes ideológicas, económicas y políticas, más o menos importantes, con los que aquellas ideologías se han repartido el Poder la mayor parte del tiempo en esta centuria.

Diversos factores científicos y tecnológicos, ideológicos, económicos y políticos, entre los que finalmente el derrumbamiento del llamado «socialismo real» ha jugado un papel decisivo, están llevando desde hace tiempo –más marcadamente en los últimos quince años y sobre todo en esta década final del siglo– a un profundo giro que vuelve la mirada hacia planteamientos sobre la sociedad y el Estado que se creían definitivamente superados pero que de nuevo aparecen –debidamente enriquecidos y desarrollados– como más verdaderamente conformes con las exigencias de la dignidad humana y de un efectivo y estable progreso.

En cualquier caso, la comprensión de lo que sea en realidad y lo que demande el llamado *Estado social*, al que alude nuestra Constitución casi en su frontispicio, como para afirmar algo de su caracterización más fundamental, no puede desvincularse del contexto en el que ese principio se formula, que no es otro que el del *Estado social y democrático de Derecho*. Es esa la fórmula completa y unitaria, en la que ninguna de sus piezas puede interpretarse separadamente de las otras, y en la que, desde luego, el elemento *Estado de Derecho* es la más sustantiva, básica y determinante. Es ella la que asegura a la *persona humana y su dignidad y libertad* el papel radical, central o fundamental que ha de corresponderle en el sistema, como afirma el artículo 10 de nuestra misma Constitución. Es ella la que contiene la rotunda afirmación de los derechos fundamentales, en lo que tiene de más esencial. Es ella la que contiene las exigencias más básicas sobre el Poder y el Estado para hacer que efectivamente sirvan a la persona y a sus derechos fundamentales. Las cláusulas *social y democrática* adjetivan además de forma importante esa caracterización esencial, pero no pueden entenderse correctamente sin ella. Y es éste precisamente el punto que muchas veces ha fallado en la comprensión del Estado social. Es necesario volver a leer nuestras Constituciones de forma completa e integral y no sesgada.

La noción del Estado social emerge, en efecto, para corregir una forma inadecuada de entender el Estado de Derecho, que inhibía excesivamente al Poder público ante la insuficiencias, desfallecimientos o desviaciones de la libertad en su debida y necesariamente activa ordenación al bien común, es decir a la adecuada satisfacción de los derechos y necesidades de todos. Los Poderes públicos, deben, en efecto, atender a cuanto sea necesario para garantizar ese bien común (y deben por ello, como bien dice el artículo 9.2 de nuestra vigente Constitución, promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan su plenitud), pero deben hacerlo siempre sobre la base de la libertad, contando lo más que puedan con la libertad y promoviendo lo más posible esa libertad, de tal modo que su actuación se haga cada vez menos necesaria o pueda reducirse a aquello que sólo el Poder público está en condiciones de ha-

cer. La aspiración del Estado social de Derecho no debe ser perpetuar el máximo protagonismo prestacional y asistencial de los Poderes públicos, sino tratar de conseguir que sea la propia sociedad quien libremente genere las fórmulas eficaces para resolver todas sus necesidades, pudiéndose retirar al mero desempeño de las esenciales funciones que sólo el Poder público puede adecuadamente ejercer. Sin renunciar por ello en ningún momento a estar pendiente de la efectividad de la libertad y la igualdad justa en ella.

Liberalizar o privatizar, por ello, no tiene por qué entenderse como algo que pone en crisis al Estado social. Muy al contrario, son procesos que éste exige en la mayor medida en que en cada país sean realmente posibles, sin suprimir ni recortar la garantía social (aunque cambien las formas de asegurarla).

La historia del siglo xx pone suficientemente de relieve cómo la actuación de un Estado social y democrático de Derecho que se aproxime a esta forma de entender el papel y la función de los Poderes públicos garantiza en realidad el bienestar social generalizado, mejor que los Estados Providencia.

Y en cuanto a la cláusula democrática, que también adjetiva al Estado de Derecho (y al Estado social de Derecho), carece de cualquier título que pueda justificar la sumisión a la dirección del Poder democrático –por el hecho de ser democrático– de más actividades que las que exige el Estado social de Derecho en los términos expuestos. El poder del pueblo sólo debe aplicarse allí donde es imprescindible para garantizar el orden de la libertad socialmente funcionalizado. Pero no puede, no debe suplantar a las libertades.

Nos parece que sin estas bases conceptuales, no será fácil ponerse de acuerdo en otras cuestiones aparentemente más técnicas.

En definitiva, se trata de entender que el interés general no es patrimonio o monopolio del Poder público sino deber de todos los ciudadanos, atributo también del ejercicio de la libertad. Lo específico del Poder público sólo radica en su función de ser el último garante de ese interés, para lo que debe desarrollar determinados cometidos limitados dirigidos a esa garantía. Sólo sobre esta base podrá comprenderse el principio de *subsidiariedad* en todo su rico contenido, descubriéndolo precisamente, en su dimensión más fundamental, como auténtica columna vertebral del Estado social de Derecho.

IV. SERVICIOS ESENCIALES, SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL, SERVICIO UNIVERSAL Y SERVICIO PÚBLICO

1. La Constitución española asume en varios de sus preceptos una expresión terminológica que resulta muy acertada y está llamada a jugar un importante papel en el sistema conceptual necesario: se trata de la noción de *servicios esenciales*, a la que aluden sus artículos 28 –para preservar su mantenimiento en el ejer-

cicio del derecho de huelga–, 37 –para asegurar su funcionamiento en caso de medidas de conflicto colectivo laboral o empresarial– y 128.2 –para limitar a ellos la eventual reserva de unas actividades al sector público– (5). Como hemos escrito en otra parte (6), se trata de *actividades prestacionales* de bienes y servicios a los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción o el ejercicio de los *derechos fundamentales* y el consiguiente desarrollo de una vida digna, mínimamente acorde con las condiciones espacio-temporales del desarrollo o del progreso social, y que, por ello, no pueden dejar de tener un destino *universal* y ser efectivamente accesibles a todos en condiciones básicas de *igualdad*, asegurándose su suficiente *regularidad* y *continuidad*, bajo unos patrones de *calidad* determinados, con adaptación *progresiva* a la evolución técnica y a los cambios sociales (7).

Los poderes públicos tienen que plasmar todas esas exigencias en el marco normativo pertinente y establecer los mecanismos que permitan garantizarlas eficazmente, guiándose siempre por los principios generales que, derivados del de legalidad y del de subsidiariedad han de presidir todas las intervenciones del Poder público en la libertad en un Estado social y democrático de Derecho. Cabe insistir al respecto en principios como el *favor libertatis* y proporcionalidad.

Por vitales que sean para los ciudadanos y sus derechos fundamentales, los servicios esenciales no tienen por qué estar necesariamente en manos públicas, ni

(5) Los arts. 28.2 y 37.2 relacionan los *servicios esenciales* inequívocamente con actividades desempeñadas por *trabajadores no funcionarios*, lo que debe llevar a excluir del concepto las *funciones públicas* propiamente dichas, cuya realización comporta ejercicio de potestades públicas (legislar y dictar reglamentos públicos, administrar justicia, actuaciones para la defensa o para garantizar la seguridad ciudadana, actuaciones de la policía administrativa, etc.).

(6) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., «En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red...», *cit. supra*.

(7) El Tribunal Constitucional, a propósito de la distinción entre tasas y precios públicos, se refirió en su Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre («BOE» 12 enero 1996) a los bienes, actividades o servicios *objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar*, de modo que el no poder acceder a ellos *priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social* [FJ 3,b)]; en otros lugares, la misma Sentencia los denominó *servicios o actividades esenciales o imprescindibles* [FJ 4,c)]. El Tribunal rechazó la consideración de las contraprestaciones por tales servicios como *precios públicos* aunque puedan ser prestados o realizados por el sector privado, por lo que estimó parcialmente inconstitucional la letra c) del artículo 24 de la Ley 8/89, de 13 de abril. Obviamente los criterios de esta legislación sobre tasas y precios públicos no son de aplicación a los servicios esenciales que sólo se presten por empresas jurídico-privadas en régimen de competencia, más o menos intensamente regulada, pero las nociones usadas por el Tribunal son útiles para el acotamiento de los *servicios esenciales*. Además, el alto Tribunal puso en estrecha relación los servicios esenciales con los *derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos* en otras sentencias anteriores, desde la STC 26/1981, de 17 de julio (Sala 2.^a), recaída en recursos de amparo en defensa del derecho de huelga de los agentes ferroviarios (FJ X). *Vid.* sobre esto Avelino BLASCO ESTEVE, «La huelga de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al prof. Eduardo García de Enterría)* (coord. S. Martín-Rectortillo), III, Civitas, Madrid 1991, pp. 2639 y ss.

bajo la responsabilidad gestora de los Poderes públicos. Si los particulares, los agentes económicos privados se muestran capaces de satisfacerlos eficazmente ejerciendo sus derechos y libertades económicas en un régimen de competencia en el mercado, bajo la regulación que se estime adecuada, no hay por qué permitir mayor intervención ni protagonismo público. Piénsese por ejemplo en un servicio tan esencial como el abastecimiento alimentario o en el farmacéutico.

Del artículo 128.2 de la Constitución se deriva expresamente que los servicios esenciales no tienen por qué estar reservados a la titularidad pública y que es más bien incluso excepcional que lo estén. Hace falta que una ley expresamente haga esa *publicatio*.

La nueva Ley del sector eléctrico, 54/97, de 27 de noviembre, acoge con acierto estos conceptos. Su artículo 2.º, sentando con claridad las bases del régimen del sector en su primer apartado, *reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica*, lo que acaba con los equívocos creados por el ordenamiento anterior, desde la época de la Dictadura de Primo de Rivera, y comporta además la despublicación del transporte en alta, convertido en verdadero servicio público por la Ley de 1984 (8). Esta clara afirmación, que coloca las actividades de generación, transporte y distribución de electricidad en el ámbito de las libertades económicas, se acompaña, sin embargo, por otra declaración complementaria y no menos importante, que se efectúa en el segundo apartado y que dice así: *estas actividades se ejercerán garantizando el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de servicio esencial*. Esta calificación resume, en definitiva, el conjunto de exigencias que justifican la especial regulación contenida en la Ley, que impone severas condiciones –auténticos límites negativos y positivos a las libertades– a quienes querrán actuar como operadores en el sector, y los somete a los necesarios controles. Pero, como se dice en la exposición de motivos, *a diferencia de regulaciones anteriores, la Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de transcendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional*.

Nos parece que esta Ley marca certeramente por dónde debe ir la fijación de la terminología adecuada al sistema conceptual deseable.

(8) Vid. en similar sentido, MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado (IV. El sistema eléctrico)*, Civitas, Madrid, 1998, p. 137.

2. Otra expresión que está en juego es la de *servicios de interés económico general*. Su creciente uso en los últimos tiempos se debe, sin duda, a la importancia que les reconoce el artículo 90.2 del Tratado de la Comunidad Europea. Este precepto los vincula conceptualmente de forma bien expresa a su afectación a una *misión específica*, que les ha de ser confiada por las autoridades o Poderes públicos competentes de los Estados miembros. Esa es precisamente la razón de su calificación como de *interés general*, en la perspectiva que de éste pueda o deba tener el Poder público (territorial) correspondiente. Y su relevancia comunitaria –y la razón de su importancia– consiste precisamente en que el artículo 90 del Tratado justifica o permite excepciones al régimen comunitario general propio de su sistema *de economía abierta y de libre competencia* (arts. 3A y 102A TrCE) cuando sean imprescindibles para *el cumplimiento* de esa *misión específica* y, además, en sus efectos sobre *el desarrollo de los intercambios* en el ámbito comunitario, no sean contrarias al superior interés general de la Comunidad Europea, o, dicho de otra forma, sean asumibles en éste. Lo que significa, en suma, que caben excepciones al régimen de libre competencia comunitario por razones de interés público nacional –o territorial–, y en forma de su exclusión o restricción, pero no en cualquier caso ni de cualquier manera. La excepción, en suma, no es administrada autónomamente por cada Estado sino que está bajo el control que el artículo 90.3 atribuye a la Comisión europea (sometida a su vez al Tribunal de Justicia comunitario). Y es precisamente esto, lo que, en particular a partir de los finales años ochenta, bajo el impulso político dado por la voluntad de los Estados en el Acta Única Europea a la consecución definitiva y completa del llamado mercado interior, destacaría la trascendencia del concepto en el progresivo empeño liberalizador que animó a las Comisiones presididas por el Sr. Delors, primero, y luego por el Sr. Santer.

La realidad es que ninguna norma del Tratado permite discernir con precisión el alcance conceptual de estos *servicios de interés económico general* y de la noción de la *misión específica* que les fuera confiada. No obstante, ha prevalecido la tendencia a asociar estos conceptos a lo que en los países latinos se vincula más o menos difusamente con la noción de *servicio público*. Y quizás especialmente al desencadenarse la polémica sobre los *servicios públicos* en Europa, promovida apasionadamente por los franceses y por el Grupo socialista del Parlamento europeo, que, por el momento sólo ha llevado a incorporar, mediante el Tratado de Amsterdam (art. 2), una nueva cláusula en el Tratado de la Comunidad Europea [un nuevo art. 7D] (9), que viene a decir lo siguiente:

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 territo-

(9) En la nueva numeración de los textos consolidados de los tratados de la Unión, que impone el nuevo Tratado, ese artículo 7D se convertirá en artículo 16.

rial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán porque dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.

Se trata, desde luego, de poner la obligación de un nuevo compromiso sobre la Comunidad Europea que tiene ya un papel –aunque difuso– explícitamente activo sobre tales servicios de interés económico general. Si bien probablemente en la práctica este precepto no pase de constituir un elemento hermenéutico para la aplicación de los otros preceptos que cita, cuya inserción en el Tratado tendría sobre todo el objeto de tranquilizar a los inquietos ante las medidas liberalizadoras de la Comunidad, reforzando efectivamente el compromiso de la instituciones comunitarias de no marginar en ellas la perspectiva social (ya, por lo demás, suficientemente asegurada, a nuestro juicio, en los textos anteriores del Tratado y nunca preterida precisamente en la aplicación del art. 90) (10).

El Tratado de Amsterdam une además al Tratado de la Comunidad Europea una *Declaración sobre el artículo 7D del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea* (Declaración n.º 13), que, para lo que estamos aquí tratando, es interesante porque permite observar que –al menos en su versión española– viene a confirmar la tendencia a identificar los *servicios de interés económico general* con los *servicios públicos*. Dice esta *Declaración*, en efecto, que *las disposiciones del artículo 7D del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea sobre servicios públicos, se aplicarán con pleno respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras cosas en lo que se refiere a los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad de dichos servicios*. Unos principios, por lo demás, que de inmediato nos recuerdan a los que son propios de los *servicios esenciales*, con los que tan a menudo tienden a confundirse los *servicios públicos*, entendidos en un sentido objetivo, amplio y vago.

La expresión podría tomarse en un sentido bastante más amplio –como a veces se ha utilizado en la aplicación del ordenamiento comunitario–, porque lo conceptuable como interés económico general incluye, desde luego, la satisfacción de los derechos fundamentales del modo que han de hacerlo los servicios esenciales, pero, en su sentido literal, podría abarcar bastantes más objetivos y acciones. Sin embargo, a la vista de lo expuesto, podemos entender –siquiera sea, por nuestra parte, provisionalmente– que los *servicios de interés económico general* vienen a coincidir en realidad con los *servicios esenciales* que sirvan nece-

(10) En el camino de este nuevo precepto tuvo especial importancia la *Comunicación* de la Comisión europea COM (96) 443 final, de 11-09-1996 sobre *Los servicios de interés general en Europa*, que fue, por cierto, objeto del Dictamen del Comité Económico y Social 97/C 287/18, aprobado el 29 de mayo de 1997 (DO C 287, 22-9-97, p. 85 y ss.) por 44 votos a favor, 26 en contra y 18 abstenciones (obsérvese la considerable falta de consenso).

sidades prevalentemente económicas (no educativas, informativas, culturales, asistenciales, etc).

Normalmente, pues, el empleo por las normas comunitarias de la expresión *servicios de interés económico general* –que no tiene por qué ser utilizada tal cual en los Derechos internos de los Estados– podría y debería traducirse en el Derecho español por la expresión más precisa de *servicios esenciales (económicos, si se quiere)*. Ello evitaría posibles confusiones, pues en el Derecho español evidentemente el concepto de interés general excede lo específicamente propio de los servicios esenciales: lo abarca, pero lo desborda. Y no todo lo que justifica un servicio esencial lo justifica una actividad de interés general, que es, por ello un concepto más genérico y que por sí sólo no puede amparar todas las exigencias que justifica un servicio esencial (11).

Sin embargo, a diferencia de la terminología más certera de la Ley del sector eléctrico de 1997, las más recientes Leyes General de Telecomunicaciones (11/98, de 24 de abril) y del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (24/98, de 13 de julio), siguen al pie de la letra la expresión del Tratado de Roma queriendo decir realmente lo mismo. *Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia*, dice el artículo 2 de la Ley de Telecomunicaciones. *Los servicios postales son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia*, repite literalmente el artículo 1.2 de la Ley Postal. Son, pues, eso: *servicios de interés general*, o, por mejor decir, *servicios esenciales* (algo, como decíamos, que justifica y exige una mayor garantía pública); pero no son ya en su conjunto *servicios públicos*. Lo dicen expresamente las dos Leyes con las mismas palabras: *sólo tienen la consideración de servicio pú-*

(11) No es cierto además que la figura de los *servicios de interés económico general* cuenten con un estatuto jurídico determinado en el Derecho comunitario o en el Derecho español. Si es verdad que falta una regulación general de los *servicios esenciales* lo mismo hay que decir de aquéllos (sean o no la misma cosa). En el Derecho comunitario se usa esa categoría simplemente para legitimar que los Estados puedan establecer en relación con ellos derechos especiales o exclusivos, es decir restricciones o exclusiones de las libertades comunitarias y del régimen de competencia, bajo las condiciones del viejo artículo 90.2 TrCE. Pero es evidente que eso no comporta un estatuto jurídico, un régimen jurídico determinado o medianamente completo para tales servicios. Menos aún existe en Derecho español tal régimen, aunque ello sea quizás de lamentar. Puestos a establecer tal régimen jurídico, como quizás podría hacerse a nivel básico y general (al amparo, por cierto, del título que comporta el artículo 149.1.18.ª de la Constitución), sería mejor hacerlo sobre los *servicios esenciales*.

Carece, en suma, de justificación la crítica que a este respecto se contiene en la tesis doctoral de Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *Regulación eléctrica en España: pasado, presente y futuro*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, p. 559, donde tal vez subyace el prejuicio de entender que el concepto de servicio esencial habría de jugar –para quienes propugnan el uso de esta denominación– el papel que ahora habría de corresponder al concepto de servicio público, según una nueva acepción objetiva y redimensionada, como la que proponen –aun en términos no coincidentes– ARIÑO y DE LA CUÉTARA en *El nuevo servicio público*, cit., *passim*. Pero, como se desprende de todo este trabajo, no es ese el sentido que debe darse al concepto de servicio esencial, que debe poder aplicarse también a actividades muy desreguladas y liberalizadas como lo es hoy el abastecimiento alimentario.

blico o están sometidos a obligaciones de servicio público en los supuestos que una y otra Ley determinan (art. 2 *in fine* de la Ley de Telecomunicaciones, y art. 1.2 *in fine* de la Ley Postal).

En realidad, en el caso de las telecomunicaciones, como hemos expuesto en otra parte, fuera del ámbito de la difusión de televisión, no hay servicio alguno que se mantenga verdaderamente en la *publicatio* como auténtico servicio público (12). Los que la Ley denomina servicios públicos en el artículo 5 no son propiamente tales sino simples servicios administrativos internos.

Por lo que se refiere, en cambio, a los servicios postales se mantienen expresamente algunos servicios básicos bajo la reserva del artículo 128.2 de la Constitución, como verdaderos *servicios públicos*, aunque algunos de ellos en unas curiosas condiciones, que no excluyen su realización por otros operadores si los precios que ellos marquen son, al menos, cinco veces superiores a la tarifa pública (Ley Postal, art. 18.1); además, se habilita al Gobierno para que pueda ir despublicándolos, reduciendo o incluso eliminando el servicio público (art. 18.2). El sistema se complica, por otro lado, porque la Ley dispone que este servicio público postal debe confiarse al operador único de lo que ella llama el *servicio postal universal*, cuyo ámbito acota el artículo 5 en términos sensiblemente más amplios que los que quedan bajo el servicio público en sentido estricto. Las actividades o servicios incluidos en el servicio universal pero no en el servicio público, podrán llevarse a cabo también por operadores terceros, pero la Ley otorga al operador del servicio universal gruesos privilegios y ventajas, lo que explica que el artículo 4 sólo reconozca como servicios postales *en régimen de libre competencia* a los no incluidos en el llamado servicio universal. Para los incluidos en el servicio postal universal y no reservados, el artículo 31 admite sólo cierta limitada competencia.

Habrà que ver cómo funciona toda esta nueva y compleja regulación antes de poder valorar si el viejo y clásico servicio de correos –una pieza tradicionalmente esencial del Estado desde hace algunos siglos– podrá ser finalmente sustituido enteramente por un régimen verdadera y propiamente liberalizado. Por el momento, más allá de la declaración inicial de liberalización, todo parece indicar que la nueva Ley no hace sino respaldar la situación fáctica que se había ido creando, en la que sólo ciertos servicios rápidos o de calidad son los que quedan realmente abiertos a un mercado competitivo. Otra prueba de que *despublicatio* no equivale necesariamente a «privatización» y de que la liberalización admite muchas graduaciones.

3. Cada día se habla más, por otra parte, del *servicio universal*, también como consecuencia de su asunción por la terminología de los organismos comunitarios y precisamente en el proceso de liberalización en marcha. Se utiliza esta ex-

(12) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red...», *cit. supra.*, ap. II.1.

presión para aludir a un conjunto de «*determinadas prestaciones esenciales*» «*específicas*», de determinada «*calidad*», en las que debe garantizarse «*el acceso de todos a un precio asequible*» (13). Lo mismo, a la postre, que el *servicio esencial*, aunque el adjetivo universal aluda más directa y expresivamente a esa accesibilidad general. Pero la exigencia de ésta se justifica precisamente en la esencialidad del servicio que le hace indispensable. En el n.º 33 de la *Comunicación* de 1996, se llega a hablar explícitamente de *obligaciones de servicio universal o de servicio público* como expresiones que significan lo mismo (14). El servicio universal no es, pues, sino aquel tipo de servicio en el que debe garantizarse –precisamente por su esencialidad– que llegue a todos, o que todos puedan usarlo, y obviamente con una calidad y a un precio que permita precisamente a todos ese uso efectivo y bajo básicas condiciones de igualdad. El concepto no contiene, pues, nada que no se encuentre ya incluido en la noción constitucional española de *servicio esencial*, ni vemos razones para usarlo más o con preferencia a éste. Sería más propio, si se

(13) *Vid. Comunicación* de 1996, *cit.*, p. 2. También sus números 28 y ss.

(14) También en los nn. 34 y 64.

Debe advertirse, sin embargo, que una cosa es que determinadas prestaciones deban ser accesibles a todos y otra distinta que el prestador de tales servicios esté necesariamente sujeto por una obligación de no negar tal servicio a quien se lo solicite. Esto dependerá de diversas circunstancias y podrá tener diverso alcance. Lo imprescindible es que todo ciudadano tenga acceso a ese servicio, pero para ello no es igualmente necesario que lo haga a través del operador de su elección, aunque pueda reconocerse el derecho a que también esto sea así, siempre que se acepten sus condiciones. Pero, en todo caso, parece que habrá de respetarse el principio de igualdad y no discriminación.

Para una historia de la obligación de accesibilidad universal en el Derecho británico y norteamericano, *vid.* Juan José MONTERO PASCUAL, «Titularidad privada de los servicios de interés general (Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones)», en REDA, 92, 1996, pp. 574 y ss. En las pp. 582 y ss. se examinan las que serían obligaciones básicas que se imponen a los prestadores privados de servicios de interés general: la de servir a todo el que lo requiera, de modo correcto, sin discriminaciones y a tarifa asequible. Sin embargo, hay que advertir sobre el riesgo de este modo de concebir las obligaciones de servicio público, que no coincide exactamente con el alumbrado en el Derecho comunitario en un sentido más estricto a partir del artículo 77 del Tratado de Roma: el riesgo de no distinguir bien entre obligaciones o limitaciones generales y las especiales, necesitadas de compensación económica suficiente. Nos parece que esto es lo que le ocurre al tratamiento que hacen del tema Juan Miguel de LA CUÉTARA MARTÍNEZ y Andrés GONZÁLEZ SANFIEL, en «Servicio universal y obligaciones de servicio público en la Ley del sector eléctrico», en la revista *Economía Industrial*, 316, 1997, pp. 80-92, a pesar de que en algún momento de su exposición parece que se va a fijar esa importante distinción (p. 84 cuando se oponen a considerar como categorías distintas las de *servicio universal* y la de *obligaciones de servicio público* –aunque se desorientan, a nuestro juicio, al considerarlas como «especies del mismo género»; o p. 85 cuando se hacen conscientes de que no todas las obligaciones que se imponen a los gestores de servicios «universales» deben considerarse «de servicio público», aunque no se apura esa línea); estos autores, en suma, califican como obligaciones de servicio público muchas que no son sino obligaciones generales exigibles a los prestadores de tales servicios por diversas razones vinculadas a su esencialidad, que no conllevan sacrificio especial alguno y no encajan por lo tanto en el uso más restringido o estricto de aquel concepto. Esta misma ausencia de suficiente diferenciación aparece en SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Ed. Comares, Granada 1998, pp. 584 y ss.

quiere, hablar de la *universalidad* simplemente como una exigencia característica del servicio esencial, junto a otras como las de la regularidad, continuidad, igualdad, etc. Y así podríamos hablar mucho más sencillamente de la obligación, por ejemplo, de universalidad en la prestación de tal o cual servicio esencial, evitando la expresión de *obligación de servicio universal*, que parece como si quisiera significar que se trata de un tipo especial de servicio. No. Los servicios esenciales (o los que también se llaman menos apropiadamente, como hemos visto, de interés general) contienen de suyo, globalmente considerados en su determinada tipicidad, una exigencia de universalidad, y ésta puede llegar a imponerse o a contratarse con tales o cuales operadores cuando sea necesario para su efectiva garantía. Es la misma prestación de un servicio esencial por determinados operadores la que asume entonces esa obligación jurídica de hacer llegar el servicio a todos dentro de un ámbito territorial determinado y bajo determinadas condiciones, lo que no cambia en nada la naturaleza del servicio.

La noción de servicio universal –o, mejor, de obligada universalidad de un servicio– nos remite, por todo ello, en definitiva, al tema de las llamadas obligaciones de servicio público de que tratamos más abajo.

4. ¿Qué pasa entonces con el *servicio público*? ¿Qué lugar le corresponde a esta vieja y batallona idea en todo este marco terminológico y conceptual?

Me parece que algunas afirmaciones que ya han resultado inevitables al tratar de las otras nociones, han anticipado en buena medida lo que hayamos de decir aquí. Es conveniente mantener esta noción en la significación estricta que había llegado a ser dominante en la doctrina e incluso en la legislación española no hace aún mucho tiempo. Una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 que ya hemos citado en otras partes (15), recoge bastante bien ese concepto técnico, formulándolo así en su FD 3.º: «*forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua*».

El servicio público debe seguir entendiéndose, en sentido propio, solamente así. Y es entonces bien evidente que para garantizar adecuadamente, en todos sus aspectos relevantes, los servicios esenciales, no es siempre necesario ni la mejor opción convertirlos en servicios públicos. Es más: la aplicación del régimen del servicio público debe considerarse más bien excepcional –por necesaria que pueda ser a veces–, sólo justificada cuando no baste la regulación, con sus diversas técnicas, para garantizar adecuadamente cuanto exige el Estado social y democrático de Derecho.

(15) *Vid.* por ejemplo, ARIÑO, G., DE LA CUÉTARA, J. M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El nuevo...*, *cit.*, p. 190, nota 4. La sentencia fue dictada por la Secc. 3.ª de la Sala 3.ª, ponente: Excmo. Sr. D. Carmelo Madrigal García. Ar. 8390.

Y hay que decir que no son buenas las ambigüedades y la equivocidad con las que los textos legales continúan haciendo referencia al servicio público. No es el mejor modo de servir a la seguridad jurídica. Ya hemos dicho que no son servicios públicos, por ejemplo, los que el artículo 5 de la Ley de Telecomunicaciones califica como tales. Pero los ejemplos podrían multiplicarse, aunque también podrían ser no pocos los que cabría recordar como manifestación de un uso correcto de la expresión.

No debería ser necesario añadir que la supresión de servicios públicos –siempre en sentido estricto– no connota de suyo pérdida alguna para el Estado social, ni para los intereses sociales que éste debe garantizar, contra lo que algunas posiciones doctrinales se empeñan en sostener, a veces incluso con tonos retóricos excesivamente dramáticos. Eso sólo sería así si los Poderes públicos ignoraran con la *despublicatio* las exigencias de su regulación e intervención que deban seguir estando presentes en los servicios esenciales de que se trate. Como venimos explicando, la garantía social de los servicios esenciales puede alcanzarse también mediante una adecuada regulación, sin *publicatio*, como la realidad demuestra sobradamente. ¿Que se quiere seguir calificando a esos servicios esenciales *materialmente* como servicios públicos? (16). Nadie podrá impedirselo al que le guste tal terminología, pero no creemos que ello añada garantía social alguna, comportando en cambio no pocos inconvenientes, como consecuencia de la difusa confusión técnico-jurídica que así se alimenta.

V. CONCEPTOS AMPLIO Y RESTRINGIDO DE OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Sobre la génesis y sentido del renovado uso que se viene haciendo en los últimos años, en materia de regulación económica, de esta idea de las *obligaciones de servicio público*, hemos tratado ya en otras ocasiones y no repetiremos ahora lo ya explicado entonces (17). Recordaremos tan sólo que su utilización en el Derecho comunitario –de donde pasa a la doctrina y a la legislación de los Estados miembros– deriva de la referencia que a ellas hace el artículo 77 del Tratado de la Comunidad Europea en el marco de su preocupación por someter a las distintas modalidades del transporte –en concreto del terrestre–, y en el contexto del mercado

(16) Como propone recientemente, entre otros, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J., de la Universidad Carlos III, en «Liberalización y servicio público, ¿dos conceptos opuestos? El caso de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones», en *Boletín mensual Aranzadi Administrativo*, n.º 5, julio 1998.

(17) *Vid.* nuestra contribución al libro de ARIÑO, G.; DE LA CUÉTARA, J. M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El nuevo servicio público*, *cit.*, pp. 247 y ss., y nuestro estudio «En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red...», *cit.*, II.3.

común europeo, a una competencia en pie de igualdad y sin especiales financiación públicas privilegiadas. Solo habrían de ser *compatibles con el Tratado las ayudas* –es decir más bien, las aportaciones financieras públicas– *que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público* (no a todas, por tanto, como es evidente). Es la única vez que el Tratado de Roma emplea los términos *servicio público* y todo parece indicar que lo hace –bajo la influencia francesa– en un sentido que no es sino el que hemos señalado como propio de la noción de *servicio esencial*.

El Derecho Comunitario –desde el Reglamento de 1969, 1191/69, que desarrolló el citado artículo 77 del Tratado– ha tendido a entender como obligaciones de servicio público solamente esas *determinadas*, que por su carácter *especial*, dice ese artículo 77 del Tratado que podrán ser objeto de reembolso por los Poderes públicos. A veces quizás podrá encontrarse, sin embargo, que emplea la expresión en un sentido más general, para incluir también cualesquiera de las que ha de conllevar o pueden imponerse al gestor de un servicio esencial, aunque no sean compensables. Por eso hay que advertir de la doble acepción amplia y restringida que admiten esos términos, aunque la más frecuente sea ésta.

Es importante llamar la atención sobre esto, porque puede haber y hay muchas obligaciones que se pueden imponer por el Derecho a los gestores u operadores de servicios esenciales que, por aplicarse por igual a todos los del mismo tipo de servicio esencial y por entenderse razonablemente que son exigibles como limitaciones o condicionantes naturales de la libertad de empresa que se ejerce en ese campo –dada la naturaleza de la actividad en cuestión–, perfectamente integrables, por ende, en la común gestión de ese servicio sin que deje de ser económicamente satisfactoria, son calificables como obligaciones *generales* de cada servicio esencial, en un marco espaciotemporal determinado, sin generar por lo tanto derecho compensatorio alguno. Mientras que hay otras obligaciones que, por implicar prestaciones inevitablemente deficitarias o que no se llevarían a cabo con criterios de mercado, y que tampoco puede razonablemente exigirse su integración o absorción en el conjunto de la gestión común del servicio esencial de que se trate, o que han de imponerse o se imponen sólo a unos determinados operadores (o se contratan con ellos) pero no a todos, tienen una evidente naturaleza *ablatoria* y demandan justa compensación con cargo a una aportación financiera pública que puede provenir de los presupuestos públicos o que puede proceder de las cargas económicas que al efecto se impongan a los operadores del sector, mediante la técnica de los Fondos afectados.

Lógicamente estas últimas deben separarse del condicionado de las autorizaciones (las que lo sean verdaderamente; no las que con el mal empleo del término en que incurre por ejemplo la Ley General de Telecomunicaciones, aluden al mero control con posibilidad de veto o suspensión que sigue a una obligación de infor-

mación previa) o de las licencias (que equivalen a las primeras, si se emplea el término correctamente), porque de él sólo deben formar parte las exigencias comunes o generales que derivan del ordenamiento para las actividades o servicios autorizados, o las que, con criterios de igualdad y razonabilidad (proporcionalidad), permita en su caso adicionar a la Administración autorizante la normativa aplicable. Las autorizaciones y licencias sólo son medios de control preventivo del acomodo de un proyecto de actuación o gestión a la legalidad preestablecida, de modo que, si la verificación resulta positiva, la Administración tiene la obligación jurídica de reconocer la legitimidad del ejercicio del derecho preexistente del solicitante y otorgar la autorización o licencia. No son nunca ni deben poder ser instrumento de pactos o acuerdos singulares de carácter contractual; ni medio de imposición de obligaciones especiales que pueda exigir la utilidad pública o el interés social, o en concreto la debida garantía del servicio esencial para determinados ciudadanos sin capacidad suficiente de acceso a él en las condiciones comunes que deriven de su regulación.

La efectiva universalidad del servicio puede ser así, en efecto, como ocurre en alguna de nuestras últimas leyes, objeto de una obligación especial de esta naturaleza, que debe ser justamente retribuida por vía pública. Pero otras veces, esa universalidad puede ser perfectamente integrable como obligación común y general exigible a todos los operadores por igual, sin derecho a compensación alguna.

Es, pues, muy importante que las leyes disciernan y traten con claridad unas y otras obligaciones, en orden a la seguridad jurídica y al justo trato de los operadores de los servicios, lo que redundará siempre en su calidad y en su debida efectividad.

En un régimen de servicio público propiamente dicho todas estas cuestiones no llegan siquiera a suscitarse porque no hay derechos ni libertades económicas en juego fuera de lo que define en cada caso –si la gestión es llevada a cabo por gestores indirectos– la concesión o el contrato de gestión de servicios. Y si en algún caso tienen también relevancia para los servicios públicos en sentido estricto, será por razones de regulación de su competencia entre sí o con otras actividades que, siendo tipos o modalidades distintas de servicio, pueden tener un carácter alternativo en la práctica para que los ciudadanos satisfagan unas mismas o similares necesidades. Es el caso por ejemplo de la competencia entre el transporte ferroviario y el transporte por carretera, sometidos tradicionalmente a distintos regímenes y, sin embargo, muchas veces en competencia entre sí. Precisamente para ordenar esa competencia surgió el uso de las técnicas de las obligaciones *de servicio público* reembolsables en el Derecho comunitario. Al servicio público, en sentido estricto, le podrá, por eso, ser aplicable, en caso necesario, la técnica de las obligaciones especiales reembolsables –con la consiguiente exigencia de separación contable o jurídica de actividades–, pero sólo reflejamente y por razón de esa situación de competencia en la que pueda encontrarse.

VI. CONCLUSIÓN

La reflexión con la que podemos concluir estas consideraciones sobre el relativamente nuevo aparato terminológico y conceptual con el que nos estamos crecientemente manejando en el ámbito de la nueva ordenación de muchos servicios esenciales, es que, en cualquier caso, el servicio público en sentido estricto, que es y puede seguir siendo necesario y aun imprescindible en distintos servicios esenciales, no es desde luego la única ni siempre la mejor manera de asegurar unos servicios esenciales de calidad y efectivamente accesibles a todos los ciudadanos, y que, por el contrario, las técnicas de regulación –con integración de obligaciones o limitaciones negativas y positivas razonablemente exigibles en función de la naturaleza misma del servicio y de su rentabilidad económica– y las complementarias de imposición o contratación de obligaciones especiales de garantía social, debidamente compensables, pueden llegar a demostrar un alto grado de capacidad para una ordenación de muchos servicios esenciales que conjugue armoniosamente del mejor modo posible todos los requerimientos inherentes al Estado social de Derecho. Y en todo caso, lo más necesario es tratar de clarificar y fijar la terminología de forma que podamos entendernos sin prejuicios y pueda lograrse una legislación clara, precisa y estable.