

## EMPRESA PÚBLICA Y SERVICIO PÚBLICO: EL FINAL DE UNA ÉPOCA

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ

*SUMARIO: I. Réquiem por la empresa pública: el Real Decreto-ley del 16 de junio de 1995. II. Ideología y Comunidad Europea. III. El ideario de la Unión Europea y el lugar reservado en ésta a la empresa pública. IV. Excursus sobre el debate entre derecha e izquierda en la Europa actual. V. La reivindicación del concepto de servicio público, nueva frontera del derecho europeo.*

### I. RÉQUIEM POR LA EMPRESA PÚBLICA: EL REAL DECRETO-LEY DEL 16 DE JUNIO DE 1995

El *Boletín Oficial del Estado* del 20 de junio de 1995 publicó un real decreto-ley del 16 de junio de 1995, de creación de determinadas entidades de derecho público, que contiene, bajo esta anodina denominación, un auténtico certificado de defunción de la empresa pública española.<sup>1</sup>

El Decreto-ley en cuestión deroga, en efecto, la Ley del 25 de septiembre de 1941, que creó el Instituto Nacional de Industria, y suprime este Instituto, que durante medio siglo protagonizó el esfuerzo industrial del Estado español, así como el Instituto Nacional de Hidrocarburos, creado por Ley del 28 de diciembre de 1981, para aglutinar al sector petrolero estatal en el marco surgido de la crisis energética de los setenta, reagrupando las empresas de uno y otro en dos entes de nueva creación: la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones

<sup>1</sup> Este Decreto-ley, una vez convalidado, fue tramitado como proyecto de Ley, y dio lugar a la Ley 5/1996, del 10 de enero, que reprodujo el texto de aquél con muy ligeras modificaciones que no merece la pena reseñar.

Industriales, aquélla como gestora de las empresas en proceso de reconversión y reestructuración o sujetas a regímenes especiales al margen de las normas comunitarias sobre competencia (minería del carbón, siderurgia, astilleros e industrias militares, fundamentalmente), y ésta como cabeza del grupo de empresas rentables o susceptibles de serlo.

No importa aquí demasiado detenerse en los detalles de esta reestructuración global del sector público español, que no son, por lo demás, particularmente interesantes. Lo que importa resaltar ante todo es el nuevo espíritu que anima esta decisiva operación, del que da fe expresivamente el preámbulo de la norma:

La racionalización del sector público —dice— es, pues, un proceso continuo *cuyo fin último no es otro que la obtención de mayor eficiencia...* Este objetivo de eficiencia también exige distinguir, funcionalmente, las actividades sometidas a una regulación comunitaria específica de aquellas otras que actúan en mercados de libre competencia. Lejos, pues, de volver a concepciones ya superadas, se pretende configurar un sector público menos diversificado, que concentre sus esfuerzos en grupos industriales potentes de titularidad nacional y, sobre todo, más competitivo. *Porque un sector público rentable económicamente, también lo es socialmente. Y la rentabilidad social de la empresa pública exige adoptar cuantas medidas favorezcan el aumento de su eficiencia y competitividad.*

He aquí, en muy pocas palabras, el nuevo “credo” para una etapa también nueva, que sucede a la protagonizada durante medio siglo por el Instituto Nacional de Industria, ahora suprimido.

A ese nuevo “credo” responde fielmente el articulado del Decreto-ley. La nueva Agencia Industrial del Estado, que se hace cargo de las empresas pertenecientes a sectores en reconversión o excluidos de las reglas de la libre competencia, sigue conectada a los presupuestos generales del Estado, a los que se incorporarán, a través de la Agencia, los presupuestos de explotación y capital de aquéllas en la forma prevista en la Ley General Presupuestaria (artículo 6.1 del Decreto-ley), y en los que figurarán, dentro del límite máximo de avales del Estado que fije la Ley que apruebe los de cada ejercicio “el importe que podrá destinarse por este concepto a las sociedades participadas” por ella (artículo 6.3).

La Agencia representa así la vieja política, una política en periodo de liquidación en el estricto sentido del término, que hace de la nueva Agencia un ente temporal llamado desde ahora a desaparecer en el mo-

mento, precisamente, en que su gestión dé los frutos apetecidos y satisfaga los objetivos que justifican su propia creación.

Son particularmente explícitos en este sentido los artículos 11.6 y 5.3 del Decreto-ley. El primero de ellos dispone que

los recursos obtenidos por la Sociedad estatal en el ejercicio de sus cometidos podrán ser destinados, preferentemente, a atender los vencimientos del principal y de los intereses, comisiones y otros gastos de operaciones financieras formalizadas hasta el día 31 de julio de 1995 por parte de los Institutos Nacionales de Industria y de Hidrocarburos, así como de la que pudiera generarse en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de este Real Decreto-ley.

El segundo, por su parte,

prevé que “finalizados los planes de reconversión o reestructuración a que estuvieran sujetas dichas sociedades (las integradas en la Agencia), o bien cuando se hubieran alcanzado los objetivos establecidos en los regímenes especiales que les afecten, o cuando hubieren sido suprimidas las derogaciones parciales de las normas comunes sobre competencia, recogidas en el capítulo I del Título V del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, las participaciones de la Agencia Industrial del Estado en dichas sociedades podrán ser transferidas a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales a que se refiere el Título III del presente Decreto-ley,

transferencia que podrá tener lugar cuando las sociedades de que se trate hayan obtenido beneficios en los tres ejercicios últimos anteriores a la fecha de su transmisión, siempre que, además, su patrimonio neto sea igual o superior a la cifra de su capital social.

Liberada así la deuda acumulada anterior de las empresas que recibe, que será saldada progresivamente con cargo a los beneficios de las empresas rentables integradas en la nueva sociedad estatal, la Agencia se configura como un ente transitorio, encargado de sanear las empresas estatales dañadas y ponerlas a flote, en cuyo momento habrá consumado su misión y habrá de desaparecer. Así lo subraya el preámbulo del Decreto-ley cuando excluye expresamente la operación opuesta a la descrita, esto es, la eventual transferencia de empresas desde la sociedad estatal a la Agencia, operación que —dice— “no sería coherente” con la filosofía que inspira la racionalización del sector público que el Decreto-ley persi-

gue, “por cuanto que ello pondría en cuestión los principios básicos de un modelo organizativo, abierto y flexible, necesario como fundamento de políticas que consoliden la rentabilidad de la empresa pública”.

Que esto resulte finalmente así o no el tiempo lo dirá. Lo que no tiene duda, sin embargo, es la voluntad de la norma legal, que es inequívoca. La empresa pública termina así su larga trayectoria entre nosotros o, al menos, un determinado modo de concebir y manejar la empresa pública, absolutamente general en toda Europa, y totalmente interiorizado hasta el momento en la sociedad europea y española. La Agencia Industrial del Estado resulta ser el albacea testamentario de un mundo que muere; la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, el heredero a beneficio de inventario que afronta el futuro con lo que queda de esa herencia.

## II. IDEOLOGÍA Y COMUNIDAD EUROPEA

El motor que ha impulsado este espectacular viraje es, sin duda, el ordenamiento jurídico y la política comunitaria, que han terminado “barriendo” literalmente la ideología que alimentó desde la crisis económica mundial de 1929 el intervencionismo del Estado en la economía y el consiguiente protagonismo del sector público estatal, que ha sido, en buena parte, el buque insignia de aquél.

¿Cómo ha sido posible tal cosa? Es algo que merece una reflexión en este momento, reflexión que ha de comenzar inevitablemente por un breve recordatorio de la historia que ahora termina.<sup>2</sup>

Prescindiendo de precedentes históricos, remotos y próximos, que no tendría sentido rememorar aquí, porque son bien conocidos, es lo cierto que la empresa pública cobra impulso en Europa a partir de la primera ola de nacionalizaciones promovida en 1936 por el gobierno frentepopulista de León Blum, a la que, tras la Segunda Guerra Mundial, siguió una nueva ola en Gran Bretaña y Francia, impulsada por el gobierno laborista al que le tocó gestionar la reconstrucción postbélica en el Reino Unido y

<sup>2</sup> Este recordatorio tiene algo de nostálgico para el autor, que inició, precisamente, su carrera académica con el estudio de lo que fue la primera fase del proceso de desideologización de la empresa pública, que ahora ha culminado. *Cfr.* Fernández, Tomás R., “Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 46, enero-abril de 1965, pp. 95 y ss. Como la historia de la empresa pública es sobradamente conocida, basta con la cita de este antiguo trabajo y sus referencias para respaldar lo que se dice en el texto.

por las fuerzas que soportaron el esfuerzo de la Resistencia en el país vecino. Porque no fue sólo el socialismo de uno u otro signo el que alimentó la doctrina de las nacionalizaciones, sino el conjunto de las fuerzas políticas que gobernaron Europa en la posguerra, todas las cuales se impregnaron en una u otra medida de la ideología socialista.

Justamente de esa impregnación y del consenso político básico entre fuerzas ideológicas dispares, pero comprometidas en la misma medida en las tareas de reconstrucción y acostumbradas a colaborar frente al enemigo común felizmente vencido, es de donde surge lo que la teoría y la práctica de las nacionalizaciones tiene de singular frente a los conceptos afines de socialización o estatalización de los medios de producción.

El preámbulo de la Constitución francesa de 1946 expresa lapidariamente esa teoría en ese célebre pasaje tantas veces repetido: “todo bien, toda empresa que tenga o adquiera las características de un servicio público o de un monopolio de hecho debe convertirse en propiedad de la *nación*”. ¿Qué se entiende por *nación* a estos efectos? Aquí, precisamente, radica la clave del concepto de nacionalización que impulsa desde entonces el proceso de expansión de la empresa pública. La *nación* es el conjunto de los trabajadores del sector nacionalizado, los consumidores y usuarios y los funcionarios del Estado. Sobre este trípode se construye la mística de las nacionalizaciones, y sobre él se hace descansar también la gestión de las empresas nacionalizadas.

El voluntarismo de la fórmula no necesita ser subrayado. Tampoco requiere énfasis alguno la constatación de su fracaso. Los funcionarios del Estado dieron de sí como gestores de las empresas nacionalizadas lo que en cualquier otro caso cabe esperar de ellos; los consumidores y usuarios, fuerza difusa siempre y mucho más en aquellos momentos, tampoco pudieron aportar gran cosa a la gestión; los trabajadores, por su parte, fueron, como cabía esperar, sólo eso: personas preocupadas ante todo por su empleo y por sus condiciones de trabajo, que vieron en las empresas nacionalizadas una seguridad adicional para aquél y una oportunidad de oro para mejorar éstas frente a un patrono menos resistente a sus reivindicaciones que los anteriores propietarios privados, ya que en último término tenía siempre tras de sí en cualquier tipo de conflicto el blando colchón del presupuesto.

La historia cotidiana de cada empresa pública y, por supuesto, de las nuestras, abona esta apreciación, por lo demás obvia, en la que no hay por qué insistir.

El entusiasmo inicial fue así descendiendo, tanto más cuanto que el objetivo de asegurar un sector público fuerte parecía conseguido en lo sustancial. La progresiva dilución del espíritu de consenso de la inmediata posguerra y la consiguiente normalización de la política partidista hicieron el resto, contribuyendo a la rectificación formal de la política de nacionalizaciones a finales de los “cincuenta”, que tiene su expresión en los Congresos de Blackpool y de Bad Godesberg, en los que el Partido Laborista británico y la SPD alemana adoptaron un nuevo rumbo, abandonando dicha política y sustituyéndola por otra diferente basada en la utilización estratégica de la empresa pública como instrumento puntual de la política económica, una política que sigue siendo de izquierdas por su origen e inspiración, aunque se asuma sin mayor dificultad por la derecha.<sup>3</sup>

En este marco general se ha forjado la que ha sido hasta hoy nuestra cultura de la empresa pública. ¿Cómo ha podido cambiar tan bruscamente algo que, como acabo de decir, fue siempre algo más que la expresión de un programa político singular, esto es, el exponente de una auténtica cultura común en toda Europa occidental?

Hay que decir, para ser exactos, que el cambio no ha sido brusco realmente, aunque sí subrepticio; tanto, que durante muchos años logró pasar desapercibido hasta su estallido final.

Digo esto porque es también, precisamente, a finales de los “cincuenta” cuando se gesta el Tratado de Roma y se alza en el escenario europeo el Mercado Común. Nadie, que yo sepa, acertó a ligar entonces ambos fenómenos, esto es, la rectificación de la doctrina de las nacionalizaciones y la aparición del Mercado Común Europeo. Es explicable que así ocurriera, porque nada había en el Tratado de Roma de 1957 que diera pie para una tal vinculación.

El Mercado Común Europeo nació sin ninguna ideología, salvo, claro está, la democrática, no sólo porque no la necesitaba para sus fines últimos —desactivar el peligro alemán, integrando a la República Federal de

<sup>3</sup> Sobre el cambio formal del rumbo del Partido Laborista británico véase, en nuestra lengua, la obra del ex premier, recientemente fallecido, H. Wilson, *Una política socialista*, trad. de A. Latorre y prólogo de J. Raventós, Barcelona, Ariel, 1964. La obra recoge al final la declaración de la política Interna del Partido Laborista aceptada por la 60 Conferencia anual de Blackpool, del 2 al 6 de octubre de 1961, que bajo el título *Objetivos para los años sesenta* define, entre otras, las líneas maestras del nuevo planteamiento al que se hace referencia en el texto.

Alemania en un conjunto de organizaciones comunes, que empezó, no se olvide, con la relativa al carbón y el acero, plataforma del riesgo que pretendía evitarse—, sino porque, de haber intentado incorporar alguna, hubiera abortado la empresa, habiendo como había en los Estados fundadores fuerzas políticas tan dispares cuya colaboración no era ya tan fácil de lograr como pudo serlo a la salida del conflicto bélico, doce años atrás.

Sin embargo —el tiempo ha contribuido a demostrarlo—, el Mercado Común así nacido llevaba dentro el germen de una nueva era. Su propio diseño lo dotaba de una lógica interna, institucional, implacable, basada en la libertad, que, aunque encubierta bajo el manto modesto y aparentemente neutral de la libre competencia para lograr un gran mercado general y común, en el que las mercancías, los servicios, los capitales y las personas pudieran moverse sin trabas, estaba llamada a llenarlo todo. Y es que la libertad es indivisible, y una vez introducida en un sistema cualquiera tiende inevitablemente a agrandar la brecha, por pequeña que ésta sea, que ha permitido su introducción y a hacerlo estallar, más pronto o más tarde, para reconstruirlo a continuación en su totalidad a su propia imagen.

Eso es lo que ha ocurrido, al cabo, claro está, de no pocas peripecias, en el curso de los treinta años que median entre el Tratado de Roma y el Acta Única Europea de 1986, que anunció ya el horizonte de la Unión Europea al que el Tratado de Maastricht terminó dando forma.

### III. EL IDEARIO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL LUGAR RESERVADO EN ÉSTA A LA EMPRESA PÚBLICA

Lo que hace casi cuarenta años nació sin ninguna ideología definida responde hoy a un ideario muy concreto y muy claramente definido también en la versión actual del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea resultante de Maastricht. En efecto, el artículo 3.A del mismo establece que

para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2o. la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá... la adopción de una política económica... que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al *principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*. La misma fe se proclama en el artículo 102.A, primero de los dedicados a la polí-

tica económica, a cuyo tenor los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el *principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*, favoreciendo una eficiente asignación de los recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 3.A.

La expresión subrayada se reitera en el artículo 105, con relación al Sistema Europeo de Bancos Centrales, eje de la política monetaria que a él corresponderá diseñar y ejecutar con plena autonomía cuando se llegue a la tercera fase del proceso, que ha de culminar en el establecimiento de una única moneda.

Este principio tan reiteradamente proclamado encuentra luego fiel traducción en las determinaciones concretas del Tratado, que prohíben categóricamente

la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros en favor de instituciones y organismos comunitarios, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas y otros organismos de Derecho público o *empresas públicas* de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el BCE o los bancos centrales nacionales (artículo 104.1).

Así como “cualquier medida que no se base en consideraciones prudenciales que establezca un acceso privilegiado a las entidades financieras para todas las instituciones, organismos, autoridades o empresas mencionadas” (artículo 104.A.1).

El Tratado no tiene empacho alguno en ser reiterativo en este punto. Así, cuando el artículo 104.B afirma que “la Comunidad no asumirá, ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas y otros organismos de Derecho público o *empresas públicas* de los Estados miembros, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos”, declaración que el precepto repite literalmente para los Estados miembros.

Toda posible ayuda, directa o indirecta, comunitaria o nacional, a las *empresas públicas*, queda así radicalmente excluida, porque falsearía el principio de economía de mercado abierta y de libre competencia al que dichas *empresas* quedan estrictamente sujetas en la misma medida que las *empresas privadas*. A unas y a otras les eran ya de aplicación antes de

Maastricht y lo siguen siendo las normas de competencia que el Tratado establece, ninguna de las cuales se endulza o mitiga por razón de su pertenencia al Estado o a las demás administraciones o entidades públicas o del carácter, más o menos público, de su objeto. El artículo 90.2 del Tratado es a este respecto categórico cuando establece que también

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

Hay que advertir, frente a lo que la lectura del precepto que acaba de transcribirse pudiera sugerir, que la Comisión Europea, a la que el artículo 90.3 del Tratado asigna la función de velar por la aplicación de las disposiciones de dicho precepto y, en tanto fuere necesario, dirigir a los Estados miembros las directivas y decisiones apropiadas, ni el propio Tribunal de justicia han sido generosos a la hora de interpretar la cláusula de excepción que contiene el artículo 90.2. Muy al contrario, su rigor en este punto ha sido extremado, tanto en lo que concierne al reconocimiento a estos efectos de la calidad de servicio económico de interés general como en lo que respecta a las otras dos condiciones determinantes de la eventual excepción, a saber: que las reglas de concurrencia impidan a dichas empresas el cumplimiento de sus misiones, y que el desarrollo de los intercambios no sea afectado en una medida contraria al interés de la Comunidad.

Para reconocer a una empresa el carácter de servicio económico de interés general el Tribunal de Justicia exige no sólo que haya sido adoptado en un acto expreso de la autoridad pública en este sentido (*Port de Mer tret* del 14 de julio de 1971), sino también que esté claramente determinada la naturaleza del interés o de los intereses a proteger que justifiquen la asignación a una empresa de un tal servicio, el impacto que ello haya supuesto en la organización del mercado en el que actúe y que las especificaciones técnicas de los productos o servicios distribuidos por ella sean establecidas por un organismo independiente de la propia empresa (RTT del 13 de diciembre de 1991).

No es suficiente tampoco que las reglas de competencia hagan más complicado o difícil para una empresa de servicios de interés económico general el cumplimiento de su misión, sino que es preciso que no exista ningún otro medio técnico o económico utilizable que la excepción a aquellas reglas para que dicha misión resulte satisfecha, o que el obstáculo resultante de la aplicación de las mismas sea insuperable, circunstancias que, por lo demás, deben ser probadas por la empresa que las alegue.

Son contadas las empresas que han superado estos filtros sucesivos y se han visto exceptuadas de las reglas generales de la competencia.<sup>4</sup>

No hay, pues, ningún espacio específico propio para las empresas públicas en el marco de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. La cuestión de la propiedad de las empresas es para el Tratado absolutamente indiferente, porque, como proclama su artículo 222, éste “no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros”. Desde esta perspectiva, es evidente que nada impide que sigan existiendo empresas públicas en el sentido más primario de la expresión, esto es, empresas propiedad del Estado o de algún ente público. Pueden subsistir tantas cuantas sean capaces de sostenerse por sí mismas en el mercado en igualdad de condiciones con las restantes empresas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que en él operen, pero ni una más que éstas.

La empresa pública posible en el espacio de la Unión Europea es desde ahora algo distinto a lo que durante más de medio siglo ha venido siendo. A partir de ahora sólo puede contemplarse como un puro instrumento fiscal productor de rentas para las arcas públicas, en ningún caso como una herramienta de política económica o de política social.

A este planteamiento responde el artículo 10.a) de nuestro Decreto-ley del 16 de junio de 1995, cuando asigna a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales la función de “tenencia, administración, adquisición y enajenación de acciones y participaciones sociales en las entidades mercantiles incluidas en el Anexo II” y de gestionarlas “con criterios empresariales, según las reglas de la economía de mercado”.

<sup>4</sup> La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia sobre este asunto ha sido cuidadosamente analizada por el Consejo de Estado francés en su *Rapport Public 1994*, “études et documents”, núm. 46, París, 1995, al que más adelante hago referencia en el texto.

#### IV. *EXCURSUS* SOBRE EL DEBATE ENTRE DERECHA E IZQUIERDA EN LA EUROPA ACTUAL

La evolución, que culmina en Maastricht, del aparato institucional de la Unión Europea no sólo ha terminado con la empresa pública, como acabamos de ver. Su impacto en la sociedad, la cultura y la política europeas va mucho más lejos, hasta el punto que resulta auténticamente asombroso que haya pasado prácticamente inadvertido no sólo para el ciudadano medio, sino para los politólogos y para los propios profesionales de la política, y ello a pesar de los *referenda* convocados en varios países para la ratificación del Tratado de la Unión.

En esos *referenda* pesó sobre todo el argumento nacionalista, pero brilló por su ausencia el ideológico, aunque era en este campo, más que en aquél, donde el Tratado proyectaba con mayor fuerza su influencia. Me explico. El tema estrella de Maastricht ha sido desde el principio, sin duda alguna la moneda única, con cuyo establecimiento se materializará la cesión de una pieza históricamente emblemática y hasta, si se quiere, consustancial a la idea misma de soberanía. Por tremenda que esta cesión de soberanía pueda parecer a primera vista, no es difícil darse cuenta de que el asunto dista mucho de ser tan dramático en el orden práctico. A poco que se reflexione sobre ello, se convendrá en que no hay mucha diferencia entre la situación que hoy estamos viviendo y la que nos tocará vivir cuando lleguemos a la tercera fase de la unión monetaria. Hoy los mercados viven pendientes de la reunión quincenal del Consejo del Bundesbank, especulando sobre los gestos, las declaraciones y los silencios de sus principales ejecutivos con el propósito de adivinar con unas horas de adelanto sus futuras decisiones. Pues bien, mañana ocurrirá exactamente lo mismo, aunque el objeto de nuestras miradas será el Banco Central Europeo. ¿Dónde está la diferencia? La única advertible es que la música monetaria a cuyo son bailamos hoy y seguiremos bailando mañana la toca en este momento un solista ajeno a nosotros y mañana, en cambio, la tocará una orquesta en la que habrá un músico por cada Estado miembro. No es despreciable la diferencia, desde luego, pero habrá de reconocerse que tampoco es tan grande y, menos aún, decisiva.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> El Consejo de Gobierno del futuro Banco Central Europeo estará formado por los miembros del Consejo Ejecutivo (presidente, vicepresidente y cuatro miembros más) y por los gobernadores de los bancos centrales nacionales (artículos 109.A del Tratado y 10.1 del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco

El impacto del Tratado en el plano ideológico ha sido, sin embargo, infinitamente mayor. Ya hemos visto con detalle lo que ha supuesto para la empresa pública, es decir, para lo que a lo largo del último medio siglo ha sido uno de los grandes estandartes de la izquierda europea, la existencia de un sector público fuerte a partir del cual poder dirigir y ejecutar una política de este signo.

Pues bien, lo mismo ha ocurrido con todos los demás. En el escenario dibujado en Maastricht ya no habrá en el futuro —y de hecho ya no lo hay en razón de la convergencia a la que el Tratado fuerza a todos los Estados miembros so pena de no ser de la partida— espacio para políticas significativamente diferentes. No podrá utilizarse el presupuesto ni la deuda para mantener políticas sociales generosas, porque el déficit presupuestario y el endeudamiento vendrán limitados taxativamente desde fuera. Tampoco podrá mantenerse una política laboral más protectora para los trabajadores que la de los demás países, porque los costes laborales añadidos impedirían en tal caso soportar su competencia en un mismo y único mercado. Y de la política fiscal puede decirse otro tanto, mucho más en nuestro caso, en el que la progresividad ha tocado techo ya al convertir al Estado en acreedor de un 56% de las rentas de una gran parte de los contribuyentes.<sup>6</sup>

Central Europeo), todos los cuales dispondrán de un voto, salvo en las cuestiones relativas al capital del Banco y asignación de beneficios y pérdidas en las que el voto será ponderado por serlo la participación en el capital de los distintos bancos nacionales (artículo 10.2 del Protocolo citado).

6 Los Estados miembros —dice el artículo 102.A del Tratado— “llevarán a cabo sus políticas económicas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Comunidad, definidos en el artículo 20, y en el marco de las orientaciones generales contempladas en el apartado 2 del artículo 103”, y están obligados a considerar sus políticas económicas “como una cuestión de interés común” y a coordinarlas en el seno del Consejo.

No son estas palabras vanas, como resulta con toda claridad del artículo 103 del Tratado. El Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, elabora un proyecto de orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros, que elevará al Consejo Europeo para su aprobación en forma de recomendación.

Aprobada ésta, el Consejo supervisará de acuerdo con ella la evolución económica de cada uno de los Estados miembros, de forma que “cuando se compruebe que la política económica de un Estado miembro contradice las orientaciones generales o supone un riesgo para el correcto funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria, el Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, podrá formular al Estado miembro en cuestión las recomendaciones necesarias”, que por igual mayoría podrá decidir hacer públicas, dando cuenta al Parlamento Europeo.

Así las cosas, es difícil, si posible, afirmar con seguridad en qué consiste en la Europa de hoy ser de derechas o de izquierdas. Bobbio ha dicho en un libro reciente que ha hecho fortuna, que la clave de la distinción radica en la igualdad o, para ser más exactos, que la mayor sensibilidad para lo concerniente a la igualdad ha sido históricamente la característica distintiva de la izquierda, y sin duda tiene razón. El problema es si a partir de ahora podrá seguirse diciendo lo mismo o si, por el contrario, habrá que prescindir de esa distinción o reconstruirla de arriba a abajo a partir de bases diferentes.<sup>7</sup>

El ilustre profesor italiano, que en la segunda edición de su libro, responde cuidadosamente a las objeciones y a las críticas que desde distintas perspectivas se hicieron a su tesis a partir de la primera aparición del texto, no analiza ni cita siquiera el Tratado de la Unión Europea, que, como ha podido verse, nos ha hecho liberales de un golpe, nos guste o no, a todos los ciudadanos europeos, aunque permita a cada uno conservar las viejas etiquetas políticas con las que pueda sentirse encariñado. Pura apariencia ésta de las etiquetas, como lo serán dentro de poco, cuando se formalice la unión monetaria, los billetes en marcos, francos, florines o coronas, que expresarán sólo durante un breve periodo transitorio, aunque con diferentes “colorines” nacionales, simple concesión a nacionalistas ingenuos y coleccionistas numismáticos, una única moneda efectiva, la que emita o autorice a emitir el Banco Central Europeo.

En cuanto al déficit público, el artículo 104.C ordena evitar los déficit excesivos y sitúa también bajo un régimen de supervisión la evolución de la situación presupuestaria y el nivel de endeudamiento público de los Estados miembros. Si el Consejo, por mayoría cualificada, llegase a declarar la existencia de un déficit excesivo en un Estado miembro, podrá dirigir a éste recomendaciones con vistas a poner fin a esta situación en un plazo determinado, recomendaciones que podrá hacer públicas si el Estado concernido no las sigue o no respeta el plazo fijado. Si dicho Estado persistiere en no llevar a efecto las recomendaciones recibidas, el Consejo podrá dirigirle una “advertencia” para que adopte las medidas necesarias para reducir su déficit y, si tampoco ésta resulta suficiente para corregir la situación, el Consejo podrá recomendar al Banco Europeo de Inversiones que reconsidere su política de préstamos respecto al Estado incumplidor, obligar a éste a que publique la información adicional que se estime necesaria antes de emitir obligaciones y valores, exigirle que efectúe un depósito sin devengo de intereses por un importe apropiado hasta que el propio Consejo considere que se ha corregido el déficit excesivo o imponerle multas de una magnitud apropiada.

La disciplina común está, pues, bien asegurada, y cuenta con medios para corregir las eventuales desviaciones de los Estados miembros.

<sup>7</sup> Bobbio, N., *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, traducción de la 2a. ed. italiana, Madrid, Taurus, 1995.

Todo invita a pensar que en el inmediato futuro, si se quiere mantener la vieja distinción a la que estamos acostumbrados, va a ser inevitable dotarla de un nuevo contenido, a partir de la actitud, radical o contemporizadora, a adoptar ante cuestiones fundamentales de la sociedad en que vivimos, como los derechos humanos, la autenticidad de la representación ciudadana, la recuperación del *ethos* democrático, la lucha contra la arbitrariedad del poder, la ecología y la calidad de la vida, el respeto a los demás, la tolerancia, la valoración del trabajo bien hecho y tantas otras cosas que no pasan necesariamente por el meridiano del dinero, porque éste va a estar rigurosamente contado, mal que nos pese, para todos.<sup>8</sup>

La Unión Europea avanza cada vez a mayor velocidad por la misma vía que los Estados Unidos de América, y allí las distinciones políticas son otras.

#### V. LA REIVINDICACIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO, NUEVA FRONTERA DEL DERECHO EUROPEO

El panorama que acabo de dibujar tiene tintes preocupantes, cualquiera que sea la sensibilidad política del observador. La aplicación automática de las normas de competencia por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia a todo tipo de empresas, sin excepciones prácticamente, no sólo se ha llevado por delante la empresa pública como instrumento de política económica, sino que amenaza también con eliminar a la empresa pública gestora de servicios públicos, concepto este último que carece de carta de naturaleza en el derecho comunitario, porque ni siquiera la expresión misma “servicio público” figura en el Tratado.<sup>9</sup>

Esto es, sin duda, muy grave, como acaba de advertir lúcidamente el Conseil d’État en su *Rapport Public* de 1994, para el que ha tenido el acierto de elegir el servicio público como tema de reflexión.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Véase desde otra perspectiva la crítica formulada al libro de Bobbio, que juzga patético, de Ayala, Francisco, “A diestro y siniestro”, *Saber Leer*, núm. 87, agosto-septiembre de 1995.

<sup>9</sup> La distinción en el conjunto variopinto del sector público entre empresas públicas que sirven fines de política económica y empresas públicas que gestionan servicios públicos, que yo propuse en el viejo trabajo citado en la nota 1, se revaloriza ahora notoriamente en la medida en que sólo las de esta última clase pueden aspirar a verse reconocidas y aceptadas en el escenario europeo actual.

<sup>10</sup> Citado en nota 3.

El trabajo, admirable por su meticulosidad, equilibrio y ponderación, analiza el problema bajo el expresivo rótulo *Service public, services publics: declin ou renouveau*, proponiendo formalmente el retorno a las fuentes y la recuperación de un concepto central de nuestra cultura jurídica, que resulta imprescindible mantener para asegurar la indispensable solidaridad social que el mercado por sí solo no puede asegurar.

No me parece oportuno, ni conveniente siquiera, entretenerme aquí en comentar el contenido del estudio, que debe ser leído con atención, y no simplemente conocido por referencias. A los fines de este trabajo basta resaltar una frase afortunada del mismo, que compendia muy bien su intención y sus propuestas: el “servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando el mercado fracasa, no su contrario”.<sup>11</sup>

Sobre la base de esta idea se están articulando los esfuerzos en este momento de quienes entienden que la lógica del mercado se está llevando demasiado lejos. En esa línea se mueve también el intento de una Carta Europea de los Servicios Públicos, que poco a poco va haciendo su camino.

No es fácil, sin embargo, la tarea, porque no es unívoca la expresión “servicio público”, ni idénticas sus evocaciones en los quince Estados de la Unión Europea. El retorno a las fuentes que el Conseil d’État propone es, en concreto, un retorno a Duguit más que a Hauriou;<sup>12</sup> esto es, a una idea amplia de servicio público como “actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de dicha actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”, que por sí sola no prejuzga ningún régimen jurídico concreto.

<sup>11</sup> P. 63.

<sup>12</sup> No es este el momento de profundizar en las diferencias entre ambas figuras. A los fines perseguidos en el texto basta recordar la definición que da Hauriou en la 12a. y última edición de su *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1993, p. 64: “una organización pública de poderes, competencias y costumbres que asume la función de prestar al público, de una manera regular y constante, un servicio determinado en un pensamiento de policía, en el sentido elevado de la palabra”. Advierte Hauriou al explicar esta definición, obviamente más restringida y más técnica también que la del decano de Burdeos, que los servicios públicos “son para crear orden y utilidad públicas, no para crear riqueza económica, puesto que la riqueza no es una necesidad pública, sino por el contrario una necesidad privada” (p. 66).

Cualesquiera que puedan ser, sin embargo, las dificultades conceptuales, los problemas de identificación de las actividades merecedoras de dicha calificación y la concreción de las reglas específicas que reclame como indispensables su regulación, es indiscutible, me parece, la necesidad de afrontar el reto. Ahí está, sin ninguna duda, la frontera actual del derecho europeo, y en ella nos jugamos un determinado modo de entender el Estado del que, ideologías aparte, no me parece razonable prescindir, sacrificándolo sin más en el altar de la competencia, que hay, ciertamente, que promover y estimular, desatando los muchos nudos que innecesariamente la atenazan en nuestro perjuicio, pero que no puede ser adorada como un ídolo.