

SOBRE EL NUEVO CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EUROPA Y SUS POSIBLES IMPLICACIONES FUTURAS

Luis MARTÍN REBOLLO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sobre el concepto tradicional de servicio público y su crisis*. III. *Excurso sobre el concepto de privatización: ¿a qué llamamos privatizar?* IV. *La nueva concepción del servicio público*. V. *Sobre el futuro del servicio público*. VI. *De la situación de los usuarios de los servicios*. VII. *Final*.

I. INTRODUCCIÓN

El sentido de estas páginas es tratar de acercar al lector mexicano a algunas de las transformaciones que desde no hace mucho tiempo se están produciendo en Europa en torno a un tema clásico del derecho administrativo: el servicio público. Estas transformaciones derivan, sobre todo, del derecho comunitario europeo, pero que no son ajenas tampoco a algunas de las nuevas corrientes liberalizadoras, y que, frente a ciertos planteamientos radicales que niegan al Estado toda función interventora, tratan de hallar un punto de equilibrio estable entre el Estado y la sociedad, entre, como se ha dicho, Estado y mercado. Un punto de equilibrio que, sorprendentemente, ha realzado de nuevo, aunque sea transformado, el viejo concepto de servicio público.

Se trata de una cuestión por lo demás apasionante y, en estos momentos, en pleno proceso de evolución, cuyas consecuencias últimas no se vislumbran aún completamente en el mundo acelerado en que vivimos. Se trata de una cuestión de plena actualidad que conecta directamente, como digo, con las transformaciones de los últimos años, con el auge de las privatizaciones, la liberalización económica, la globalización, el nue-

vo papel del Estado y, por lo que hace a la Europa comunitaria, la incidencia de un derecho nuevo: el derecho comunitario, como derecho supranacional, que superpone al de los Estados que integran la Unión, y que poco a poco se abre paso planteando nuevos interrogantes y apuntando renovadas perspectivas de evolución en el futuro inmediato.

Una cuestión de actualidad, sí, pero que apunta a temas clásicos bien conocidos, porque se refiere a uno de los conceptos tradicionales y, para algunos, el eje mismo del derecho administrativo. Como es sabido, desde el decano de Toulouse, León Duguit, y sus discípulos (Gaston Jèze, sobre todo), el servicio público es un concepto enraizado en la base misma del derecho público europeo continental, en particular en el derecho francés y en los derechos que, como el español, han sido históricamente en este punto recipiendarios de él. La llamada Escuela de Burdeos, también conocida como la “Escuela del Servicio Público”, que encabezaba el citado autor francés, hizo de esa idea la clave de bóveda de todo el derecho administrativo, que para muchos se identificó, desde entonces, como el derecho de los servicios públicos, lo que planteaba la difícil cuestión de perfilar previamente el concepto mismo de servicio público y la respuesta a la pregunta de si de ahí se derivaba o no un régimen jurídico concreto, preciso y específico.

Adelanto ya que, por mi parte, no me sumo a quienes hacen del servicio público la identificación conceptual del derecho administrativo. Pero tampoco estoy con quienes piensan que se trata de un concepto caduco que debe ser enviado, sin más y cuanto antes, al baúl de la historia. Desde mi punto de vista, el servicio público, el concepto, o, mejor aún, la idea finalista que presupone, es algo identificador que puede y debe mantenerse, porque es lo que justifica la existencia de un derecho que deroga las pautas comunes del derecho privado. Pero de ahí a articular el derecho administrativo como el derecho de los servicios públicos hay una distancia, porque la administración, por una parte, hace más cosas que prestar servicios públicos, y, por otro lado, contradictoriamente, existen actividades antes declaradas o consideradas servicios públicos que no son ya prestadas por la administración.

Al tema me he referido por extenso en otra ocasión, hace años, y a ello me remito ahora.¹ Baste señalar que para un sector importante, y aun

¹ Cfr. mi trabajo “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica actual”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núms. 100-102,

mayoritario, de la doctrina el derecho administrativo no se identifica con aquél (el servicio público), ni siquiera con el cómo (la teoría de la *puissance publique*, que definiría la postura de Maurice Hauriou), sino con el quién, es decir, con la presencia de la administración como persona jurídica; criterio subjetivista o personalista que encabeza Eduardo García de Enterría, y que han seguido en España la mayoría de sus discípulos, que constituyen, a su vez, la mayoría de los profesores de derecho administrativo españoles. Sin administración no hay derecho administrativo. Ése es el elemento que permanece, aunque cambien los fines (el qué) o los medios (el cómo). Sucede, sin embargo, que esa presencia no nos dice nada, ni responde, justamente, a esas anteriores dos preguntas (qué y cómo). Y, entonces, hay que echar mano de otros criterios para completar la idea, no para suplantarla. Del criterio de la prerrogativa (el cómo) para articular técnicamente las excepción al derecho común, y del criterio del servicio público (el qué) para justificar y explicar el porqué de la excepción. Pero ni la prerrogativa ni el servicio público identifican por entero a la administración, pues ya se sabe que ésta, a veces, actúa sin prerrogativas, y, como ya he apuntado, no siempre presta servicios públicos.

Es esta una línea de pensamiento que nos llevaría lejos del objeto de este trabajo, que sólo pretende ser sintético y, en lo posible, clarificador, al menos desde la óptica conceptual desde la que se plantean los problemas en el derecho español.

Hablar, pues, del servicio público o de los llamados servicios, económicos o no, de interés general, precisa aclarar algunas ideas. Precisa fijar los conceptos tradicionales para comprender, evaluar o destacar adecuadamente las transformaciones en marcha.

Aludiré, por tanto, en primer lugar, a la idea de lo que se ha venido entendiendo entre nosotros, tradicionalmente, por servicio público, para apuntar después a las consecuencias derivadas de los procesos de cambios a los que acabo de referirme, en particular, las consecuencias de la liberalización económica y las transformaciones impuestas por la integración europea. Adelanto, no obstante, que ni ha habido antes, ni hay ahora, un concepto legal de servicio público o de servicios de interés económico general. Y que son conceptos que con frecuencia se manejan

vol. III (1983), pp. 2471-2542, con referencia a algunos de los problemas y de las derivaciones concretas del concepto (economía, televisión, derechos, reservas...) bien que antes de la entrada de España en la Comunidad Europea, lo que tuvo lugar con efectos del 1 de enero de 1986.

de forma indiferenciada y notablemente ambigua, pero que en el fondo vienen a querer decir sustancialmente lo mismo.

Así pues, ¿qué quiere? o, mejor, ¿qué quería decirse hasta ahora con la expresión “servicio público”? ¿qué contenidos precisos evoca?

II. SOBRE EL CONCEPTO TRADICIONAL DE SERVICIO PÚBLICO Y SU CRISIS

En España fue, hace ya muchos años, el profesor Luis Jordana de Pozas el que trató de sistematizar en una tríada de conceptos clásica las tareas de la administración. Sobre la base de la propia percepción histórica caracterizaba el actuar de la administración por tres funciones que han hecho fortuna: la policía, el fomento y el servicio público. Todas ellas justificadas en la búsqueda, consecución y mejora de lo que vagamente se podían denominar los intereses públicos o generales.

La administración, siempre en aplicación de la Ley y, desde luego, con sometimiento a ella, regula, dicta normas reglamentarias, inspecciona, vigila, controla, prohíbe, sanciona. Es lo que se dio en llamar actividad de *policía administrativa*, en virtud de la cual la actividad privada es sometida a variados tipos de controles e intervenciones públicas. En otras ocasiones, los mismos fines públicos se consiguen sin limitar la libertad de la actividad privada. La administración se limita entonces a estimular la iniciativa privada por medio de incentivos vinculados a la libre adopción de determinadas decisiones privadas. Es la llamada *acción de fomento*, que justifica exenciones y bonificaciones fiscales, estímulos varios, premios, ayudas y subvenciones, que tienen hoy como límite las exigencias derivadas de los artículos 87 y 88 del Tratado de la Comunidad Europea que, salvo excepciones, prohíben las denominadas “ayudas de Estado” para no enmascarar uno de los principios básicos del Tratado, que es el respeto a la idea de competencia. Finalmente, en tercer lugar, hay ocasiones en las que los intereses públicos no se logran sólo ni con la policía ni con el fomento. Es necesaria la intervención administrativa directa. Estamos entonces en presencia de la *actividad de prestación*, o, por decirlo con otras palabras, nos encontramos con el *servicio público*.

Esa actividad de prestación ha adquirido diverso carácter, y se ha orientado en diferentes direcciones. Tiene que ver con las dimensiones del Estado, con el papel del llamado Estado social de derecho a que alu-

de el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 (CE) y es el resultado de un largo proceso histórico que conecta con la propia afirmación del Estado moderno y la sustitución o complementariedad de tareas que hasta entonces llevaban a cabo, sobre todo, órdenes religiosas e instituciones de beneficencia.

Por eso, muchos de esos genéricamente denominados servicios públicos han sido de carácter asistencial (la sanidad, la cultura, la educación...). La beneficencia, como concepto aglutinante de lo que hoy se llama asistencia o acción social y que muchas de las Constituciones modernas configuran como un derecho individual o social, como una obligación del Estado y hasta como un valor fundamental o principio rector de las políticas públicas.² En esa línea se expresan los artículos 39 y siguientes de la Constitución española de 1978, bajo la rúbrica “Principios rectores de la política social y económica”, cuya virtualidad depende ciertamente de la ley, pero cuya idea de tendencia o de principio queda bien esbozada en dichos preceptos, en algunos de los cuales, por cierto, se impide la desaparición de los sistemas públicos protectores.³

² *Cfr.* en tal sentido, el prólogo de Santiago Muñoz Machado al sugerente libro de Marcos Vaquer Caballería, *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de derecho)*, Valencia, IDP-Tirant lo Blanch, 2002, p. 16. Señala allí Muñoz Machado que esta idea de la acción social del Estado que caracteriza a las Constituciones europeas frente a la norteamericana ha sido una constante de la que el constitucionalismo europeo no se desprenderá nunca. “Ni siquiera —añade— en los momentos de más rotunda retirada del Estado hacia posiciones regulatorias y de vigilancia y de entrega a la sociedad de la iniciativa económica y asistencial”.

Cuestión distinta es el nuevo auge del fenómeno asociativo que se engloba bajo el equívoco nombre de “tercer sector” (el que ni es Estado ni es mercado), el de las organizaciones no gubernamentales (ONGs), aunque algunas de estas organizaciones dependan más del Estado y, en general, de los entes públicos por vía de subvenciones de lo que su propio nombre sugeriría. Se trata, en todo caso, de la emergencia de un nuevo papel protagonista de la sociedad que, como señala también Muñoz Machado, “no desplaza al Estado en los asuntos sociales pero sí se ha levantado pretendiendo compartir, participar, colaborar y mejorar las políticas asistenciales”.

³ Tal es el caso, prototípicamente, de los artículos 41, 42 y 50. Según el primero de estos preceptos, “los Poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes, ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. El artículo 42 reconoce “el derecho a la protección de la salud”, cuya concreción queda diferida a la Ley (el apartado 2 del mencionado artículo 42 dispone: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La

Pero junto a los servicios asistenciales (hospitales, centros de salud, teatros, estadios, colegios, universidades...) han convivido también servicios más directamente económicos (los transportes públicos, el abastecimiento de agua, el suministro de energía, los servicios de limpieza, los servicios portuarios, postales, telegráficos, radiofónicos, funerarios, etcétera).

Desde un punto de vista conceptual, cabía hablar de una idea o concepto *amplio* y de un concepto *estricto* de servicio público.

El primero es el que ha justificado, como ya he adelantado, toda una concepción del derecho administrativo como el derecho de los servicios públicos; la concepción que está en la base de la caracterización del Estado de León Duguit. La crisis de la noción de servicio público como caracterizadora del derecho administrativo deriva, como se sabe, de un doble fenómeno, también ya adelantado: la aparición de actividades empresariales públicas de carácter industrial (que no podía decirse que fueran servicio público porque respecto de ellas el Estado se comportaba como un particular) y la simultánea aparición de servicios hasta el momento considerados públicos que estaban gestionados, sin embargo, por entes privados.

Pero, más allá de esa quiebra, la idea finalista de Duguit permanece. Lo que importa retener del concepto no es una idea omnicompreensiva explicativa del derecho público, sino el criterio finalista, que se mantiene y permanece a partir de la propia caracterización constitucional de la administración. Recuérdese, en efecto, que en la actual Constitución española la administración se configura (artículo 103) como un ente que “sirve con objetividad los intereses generales” y que actúa de acuerdo, entre otros, con los principios de eficacia y de “sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Una ley que ha de respetar las ideas de tendencia y los prin-

Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Hoy dichas concreciones están en la Ley 14/1986, del 25 de abril, General de Sanidad). Finalmente, el artículo 50, CE, dispone: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”. El decreto legislativo 1/1994, de junio, aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (es decir, la citada ley, integrada con sus sucesivas modificaciones en un único texto) en el que establece la distinción entre pensiones contributivas y no contributivas y se fijan otras previsiones en materia de asistencia social.

cipios constitucionales, con el margen de fluctuación, eso sí, que se deriva de las distintas propuestas de los partidos gobernantes. Y una administración que sirve. Esa idea servicial —de servicio público, podríamos decir— es lo que queda de la caracterización amplia del concepto.

El concepto estricto de servicio público apela ya a un régimen jurídico. En su acepción tradicional no significaba un servicio “destinado” al público, sino “de titularidad” pública. Esto es —y aquí radica la importancia de la diferenciación conceptual—, apunta a un concepto *subjetivo* de servicio público. El concepto al que se refiere, por ejemplo, el artículo 85.1 de la Ley 7/1985, del 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: “Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales”, servicios que pueden prestarse de forma directa o indirecta. Las formas directas de prestación de servicios públicos aluden a la gestión por la propia administración y con sus funcionarios o a la creación de entes públicos instrumentales dotados de personalidad, así como a la constitución de entes de naturaleza privada encargados de la gestión. En este último caso el servicio se desarrolla conforme al derecho privado, pero el ente gestor (de naturaleza privada, aunque de capital público) no puede entonces disponer de potestades públicas, de potestades administrativas, como, por ejemplo, la potestad sancionatoria, la expropiatoria o la de ejecución forzosa. De entre las formas privadas de gestión de un servicio público la concesión era y es la forma prototípica.

Así, pues, *desde el punto de vista tradicional*, hablar de servicio público en sentido estricto presupone una serie de conceptos e ideas previas. Se trata de una actividad que ha sido formalmente declarada como tal servicio público y asumida por el Estado por razones de orden social o económico. En definitiva, por causa del interés público, como viene a decir el artículo 85 de la citada Ley 7/1985.

Esa declaración supone la *exclusión* de dicha actividad de la iniciativa privada o, dicho de otra manera, el servicio público supone la interiorización administrativa de la actividad. De ahí que se hable de un *concepto subjetivo* del servicio público. Supone que la actividad pública tiene carácter monopolístico. Así, una vez declarado servicio público un sector o una actividad —el abastecimiento de agua, la recogida de basuras, el suministro del gas, ciertos servicios portuarios, las telecomunicaciones...— esa declaración supone la exclusión de la iniciativa privada, y a partir de ese momento la actividad es desarrollada y prestada por la administración ti-

tular del servicio (o, a lo sumo, por un concesionario de aquélla), conforme a un régimen caracterizado por varias notas, entre las que destaca la idea del funcionamiento regular y continuo. De ahí, por ejemplo, que en Francia hasta bien entrado el siglo XX estuviera prohibida la huelga en los servicios públicos, antes de la concepción de ésta como un derecho constitucional prevalente. La segunda nota es la uniformidad del servicio, que será prestado desde la óptica del principio de igualdad. La intervención privada se limitaba, como digo, a la posible gestión indirecta del servicio mediante la concesión.

Pues bien, este concepto de servicio público, que es el tradicional y que no dejaba de plantear problemas, ha entrado frontalmente en crisis en virtud de consecuencias derivadas de un triple orden de factores: algunos datos constitucionales, algunas derivaciones de la entrada de España en la Comunidad Europea y, finalmente, algunas opciones adicionales que conectan con la cuestión más filosófica y política acerca de las dimensiones mismas del Estado, esto es, el fenómeno de los procesos liberalizadores y privatizadores.

Veamos muy brevemente lo que acabo de señalar.

a) Hay una primera crisis de esta idea del servicio público que trae causa de datos constitucionales. Así, el artículo 38, CE, reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Pues bien, si existe esa libertad de empresa constitucionalmente reconocida, las potenciales exclusiones a esa posición de libertad deberían estar constitucionalmente previstas. Pues, efectivamente, desde el concepto de servicio público a que se ha hecho referencia, la declaración del servicio supone la exclusión de un mercado en el que, contradictoriamente, la Constitución garantiza la libertad. ¿Hay algún límite a esa libertad de empresa? Se ha querido buscar el límite, justamente, en el artículo 128.2, CE, donde, bajo el rótulo “Economía y Hacienda” se afirma que “mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales...”. La reserva supondría la exclusión del mercado, pero la reserva tiene el límite el carácter “esencial” del servicio de que se trate. No parece que quepa identificar “servicio público” y “servicio esencial” de modo que, desde este punto de vista, como no cabe afirmar que todos los anteriores servicios públicos sean servicios esenciales se está implícitamente diciendo que el límite a la libertad de empresa no son los servicios públicos, sino sólo aquellos que puedan calificarse de esenciales.

Además, lo que quizá resulte más claro, hay sectores y actividades que estaban declarados servicios públicos y que ahora son considerados parte de las libertades públicas. La educación, la radiodifusión, la televisión... podrían ser los ejemplos. Pues bien, si se trata de libertades, éstas resultan incompatibles con la naturaleza subjetiva típica del servicio público tradicional. Hay aquí ya un choque y una quiebra de los conceptos. Y parece claro que si un precepto ubicado en el título referente a las libertades públicas choca con otro colocado en otro lugar del texto constitucional, debe primar el supervalor del primero. Por tanto, no podría haber libertades que estuvieran declaradas servicios públicos.

Con todo, no es ninguna novedad que ha habido y hay colegios privados no obstante la declaración de la educación como servicio público en una vieja ley, hoy derogada, de 1970. Ha habido y hay radios “privadas”, se puede decir que casi desde siempre, y televisiones “privadas” desde 1990, no obstante la declaración de la radiodifusión como servicio público en una Ley, aún vigente, de 1980. ¿Cómo es posible esto? En el caso de la radiotelevisión, se trata, en realidad, de concesiones que finalmente se fundan no en el servicio mismo, sino en las limitaciones del espacio radioeléctrico, cuya utilización (demanial, pues) es lo que, en realidad, se concede. Con todo, no sería imaginable —al menos para las televisiones privadas— que no se renovaran las citadas concesiones cuando caduquen. Y en el caso de la educación, la respuesta viene por el nuevo concepto de servicio público, apuntado ya hace años y revalorizado de nuevo, al que me refiero en el último epígrafe de este trabajo.

b) Las derivaciones de la entrada de España, a partir de 1986, en la Comunidad Europea, tienen que ver con una de las ideas centrales de la Unión: las libertades de circulación de mercancías, capitales, personas y servicios y el correlato de la competencia, mecanismo central de la economía de mercado. Esas mismas derivaciones están en la base de otras opciones que se dirigen al adelgazamiento del Estado, esto es, a las políticas liberalizadoras o de privatizaciones, sobre las que conviene hacer ahora algunas matizaciones.

III. EXCURSO SOBRE EL CONCEPTO DE PRIVATIZACIÓN:

¿A QUÉ LLAMAMOS PRIVATIZAR?

Aunque nos desviemos un tanto del discurso y del tema principal, permítanseme una palabras aclaratorias de conceptos con frecuencia amal-

gamados. Porque “privatizar” es una idea-fuerza que no siempre tiene bien definidos sus contornos.⁴ En sí misma es más una idea de postulados políticos que de contenidos jurídicos, porque, desde este punto de vista, puede incorporar fenómenos muy distintos.

En efecto, por privatizar se pueden entender, a mi juicio, muchas cosas.

a) Puede aludirse al fenómeno —en España, muy frecuente en los últimos tiempos— según el cual se crean entes de naturaleza pública que someten su actividad al derecho privado. Son las llamadas por la reciente Ley 6/1997, del 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, “Entidades públicas empresariales”, creadas en aras de la eficacia, pero, también, a veces, con la subrepticia pretensión de “liberarse” de los rigores del derecho público y sus controles. Ello no obstante, si la ley les atribuye funciones públicas, cuando las ejerciten necesariamente se someten al régimen público. En tales casos, no cambia la idea de control público, porque la gestión la lleva a cabo un ente público, aunque, como regla y sin perjuicio de la excepción que acabo de mencionar, conforme a pautas de derecho privado.

b) Privatizar puede significar algo más. Puede implicar la adopción de fórmulas organizativas privadas manteniendo, no obstante, el carácter público de las mismas, al menos desde la óptica económica. A diferencia del supuesto anterior, la forma organizativa aquí es privada (societaria, normalmente) y el régimen jurídico, entonces, obviamente, también. Normalmente se trata de entes que adoptan la forma de la sociedad anónima, cuyo régimen jurídico, como acabo de decir, es naturalmente privado. Se trata del mundo de las empresas públicas, de las llamadas sociedades de ente público. A diferencia del supuesto anterior, a este tipo de entes de naturaleza privada no se les puede atribuir nunca el ejercicio de funciones públicas, por lo que actúan en el tráfico siempre conforme a pautas privadas. Y, de todas formas, una consecuencia adicional importante es que no caben, como regla, ayudas o subvenciones del presupuesto público, como era antes frecuente, porque eso viciaría la competencia y resulta ahora prohibido por el derecho comunitario (artículo 92, hoy 87, del Tratado de Roma, de 1957).

⁴ Sobre la privatización, entre una bibliografía muy abundante, destaco ahora la breve pero muy sugerente reflexión de Martín-Retortillo, Sebastián, “Sentido y formas de la privatización de la administración pública”, en el vol. colectivo, *Aos caminhos da privatização da administração pública, IV Coloquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 2001.

c) A veces, por privatizar se entiende la existencia de servicios que se gestionan a través de empresas privadas mediante la técnica, bien conocida, de la concesión.⁵ No puede decirse que estemos en presencia aquí de algo nuevo. La técnica del concesionario interpuesto no excluye la titularidad pública del servicio. Más bien la presupone y trae causa de un momento histórico en el que se consideraba incompatible con las ideas imperantes que el Estado gestionara directamente actividades. En tales casos, la titularidad de la gestión era pública, pero la gestión, privada. Se trata de una situación tradicional, cuya regulación general se halla ahora, por un lado, en la normativa de la contratación pública, puesto que la concesión se articula mediante un contrato (Real decreto legislativo 2/2000, del 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, refundiendo las modificaciones legales operadas sobre esta ley cuya primitiva versión es de 1995), y, por otro, en la legislación local (Ley 7/1985, del 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y el todavía parcialmente vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, del 17 de junio de 1955), puesto que es en el mundo local donde más ampliamente y con mayor precisión se ha contemplado. Además, claro es, de la regulación sectorial del servicio y las concretas cláusulas concesionales donde se han de prever, entre otras cosas, obras, plazos, tarifas, cánones y pautas de la relaciones con los usuarios y en las que la administración puede y debe fijar las cotas de calidad y los estándares mínimos de prestación.

Pero a esto no se le puede llamar, propiamente, privatizar, por más que se trate de una gestión privada. Porque, a la postre, la titularidad del servicio y su control último es, como acaba de verse, público.

d) Queda una última idea de privatización. Y es que, finalmente, privatizar puede significar que el Estado se desprenda, sin más, de la responsabilidad de una actividad, del servicio o del monopolio del mismo.

⁵ Un análisis detallado de la concesión aplicado al ámbito local, pero generalizable, en el libro de Sosa Wagner, Francisco, *La gestión de los servicios públicos locales*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1997. Y, antes, también, Mestre Delgado, Juan, "Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión", *Tratado de derecho municipal*, dirigido por Muñoz Machado, S., Madrid, Civitas, 1988, tomo II, pp. 1223-1300. Cfr. igualmente el trabajo de Morell, Luis, "La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años", *Revista de Administración Pública*, núm. 150, monográfico sobre sus 50 primeros años, 1999, pp. 379-411.

O más sencillamente aún, en el caso de empresas de capital público y forma jurídico-privada a las que me he referido en el apartado b) anterior, privatizar significa sencillamente vender la empresa a un adquirente privado, bien de forma directa, bien en el mercado de valores.

Cuando el Estado se desprende del control o responsabilidad de una actividad o un servicio es cuando efectivamente se apunta a un criterio de más calado político como es el de los límites del Estado en la sociedad actual.

IV. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Pero volvamos al servicio público. El servicio público en su acepción tradicional presuponía, como digo, una actividad que hubiera sido “retenida” por el Estado, excluida del mercado, asumida en cuanto a su titularidad, aunque su gestión podía ser concedida a particulares. Ése era el concepto comúnmente admitido de servicio público. Un concepto orgánico o subjetivo que es al que me he referido en un epígrafe anterior. Un modelo consolidado a partir del cual se han montado buena parte de las técnicas de intervención del derecho administrativo en este pasado siglo. Pero un concepto y un modelo que es, justamente, el que está en crisis. A punto, si no de desaparecer, sí de modificarse de forma sustancial.

Varias son las razones de esta nueva y quizá definitiva crisis. La liberalización económica es una de las principales, pero también las exigencias que se derivan de la normativa comunitaria europea, de obligado cumplimiento en cuanto se impone y rompe, sin excepciones, el derecho interno.⁶

⁶ Para una visión de los nuevos horizontes derivados de la liberalización y de las decisiones de la Comunidad Europea, *cf.* el libro de Muñoz Machado, Santiago, *Servicio público y mercado*, Madrid, Civitas, 1997, 4 tomos, en especial el t. I (los otros tres tomos se dedican a las telecomunicaciones, la televisión y la energía eléctrica). Incluye amplias referencias bibliográficas. Véase, asimismo, el trabajo recopilador de Fernández, Tomás Ramón, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, conmemorativo de sus primeros 50 años, 1999, pp. 379-411.

También, entre otros, Parejo, Luciano, “Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario europeo”, *Anuario de la Competencia 1996*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 87 y ss.; Malaret, Elisenda, “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades,

El proceso de liberalización económica se ha acelerado en Europa en los últimos años. En España, esa aceleración ha sido vertiginosa. Hace menos de quince años, por ejemplo, no había más que una televisión pública, con dos cadenas: la Primera y la Segunda. Ahora existen dos cadenas públicas de ámbito estatal, cinco cadenas privadas de ámbito igualmente estatal, una decena de televisiones públicas de ámbito autonómico (varias de ellas con dos canales), numerosísimas televisiones locales, canales de televisión por cable, plataformas de televisión por satélite que incluyen el abono a numerosos canales, etcétera. No hace mucho tiempo sólo había una única compañía de telefonía. Ahora existen numerosas empresas, todas ellas privadas, en un sector en alza que incluye por un lado la telefonía fija (donde se abren paso varias operadoras) y, de otro, la telefonía de los móviles, cuyo número supera ya el de teléfonos fijos y donde la competencia es muy grande entre las varias compañías que operan en el sector. El correo era formalmente monopolio estatal hasta la Ley 24/1998, del 13 de julio, del servicio Postal Universal y de liberalización de los servicios postales. Y así sucesivamente.

La liberalización supone la ruptura de monopolios, la apertura al mercado de actividades antes “retenidas” por el Estado. Y viene impuesta en numerosas ocasiones, al menos en nuestro caso, no ya por cuestiones ideológicas, sino, como he dicho, por normas del derecho comunitario europeo.

Es a esta incidencia del derecho comunitario a la que me voy a referir brevemente. Para ello comenzaré haciendo tres afirmaciones previas que deben en todo caso retenerse:

a) En primer lugar, que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 1957, es neutral desde el punto de vista de la propiedad. “El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”, dice el actual artículo 296. Esto es, no se im-

transformación del contexto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998, pp. 49 y ss.; Gozi, Sandro, *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione Europea*, Bolonia, 1998; Beltrán de Felipe, Miguel, “Reflexiones sobre el estado actual de algunas políticas públicas y de las formas clásicas de intervención administrativa en la economía”, *European Public Law Series*, Bibliothèque de Droit Public Européen, vol. VI, 1999, con amplia bibliografía.

Un estudio de interés sobre la situación en los diversos países es el volumen colectivo, bajo la dirección de Jacques Vandamme y François van der Mensbrugge, *La regulation des services publics en Europe*. El capítulo dedicado a España, obra de Burgorgue-Larsen Laurence y Cases, Lluís, pp. 162-201, s. f., pero 1998-1999.

pide que haya empresas estatales, pero sí que haya monopolios. Dicho de otra manera, no impone necesariamente privatizar, sino liberalizar, que no es exactamente lo mismo.

b) El Tratado no contiene tampoco una definición normativa de servicios públicos ni de servicios de interés general, conceptos que son mencionados de pasada, pero sin pretensiones codificadoras.

c) Y, por fin, hay que destacar también que el Tratado es ambivalente en cuanto a las finalidades y objetivos que lo presiden, y que son, básicamente, dos: en primer lugar, crear un mercado europeo único y abierto, sin fronteras; pero, además, definir unas políticas públicas comunitarias que se impongan en todos los Estados miembros y que se articulen en función de valores sustantivos comunes, como son la cohesión social, la protección del medio ambiente, la ordenación territorial, la protección de los consumidores, etcétera.

En la evolución reciente de la Comunidad se pueden distinguir, en todo caso, dos periodos. El primero abarcaría desde los momentos fundacionales hasta 1997. El segundo llega a la actualidad.

En la primera etapa destacan, sobre todo, las modificaciones operadas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad en tres momentos decisivos: 1986, 1992 y 1997. En 1986 el Tratado fundacional fue modificado por el llamado Tratado del Acta Única Europea, que constituye, hasta ese momento, la modificación más importante tendente a configurar el mercado único en un espacio sin fronteras interiores y a ampliar las políticas comunes. En 1992 se aprueba el Tratado de la Unión Europea (en la ciudad de Maastricht, por la que a veces se le menciona), que significa un gran salto adelante: pone las bases de la actual moneda única (el euro), amplía las políticas comunes, crea el Fondo de Cohesión, da mayor poder al Parlamento europeo, incide en aspectos políticos, como la ciudadanía de la Unión, posibilita la cooperación y una incipiente política exterior y de seguridad. Finalmente, en 1997 se aprueba el Tratado de Ámsterdam, que consolida, sobre todo, los avances de 1992.

En esa primera etapa, que se prolonga más o menos hasta los primeros años noventa del siglo pasado, la prioridad casi absoluta fue la consecución del llamado “gran mercado”, el mercado único o común, que era el gran objetivo. Un mercado abierto que sólo cabe excepcionar por muy concretos y tasados motivos en atención a razones de interés público. Así, cabe citar las excepciones de los artículos 30, 36, 73, 86, 87 y 92 del Tratado en su numeración actual. El artículo 30 posibilita excepciones a

la libre circulación de mercancías en atención a razones de orden público, salubridad, protección del patrimonio cultural y otras. El artículo 36 admite ciertas limitaciones a la competencia en la producción y comercialización de productos agrícolas, así como ciertas ayudas a explotaciones agrícolas. El artículo 73 declara compatibles con el Tratado las ayudas que respondan a necesidades de coordinación de los transportes “o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público”, siendo ésta precisamente la única vez que en el Tratado aparece la expresión “servicio público”. El artículo 87, partiendo de la prohibición de ayudas de Estado, declara sin embargo compatibles con el mercado común una serie de ayudas públicas que se dirijan a paliar desastres naturales, atender necesidades sociales o subvenir necesidades culturales o de desarrollo. En el artículo 86, por su parte, se contiene, junto con el artículo 16, al que inmediatamente me refiero, la única referencia a los “servicios de interés económico”. Y ello para decir que, como regla, las empresas que gestionen esos servicios quedan también sujetas a las reglas del Tratado “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”, siendo un órgano comunitario supranacional —la Comisión—⁷ la encargada de velar por esa previsión. Pero sin prejuzgar si se trata de empresas públicas o privadas, como se deduce del apartado 1 del mismo precepto.

Así, pues, en esa fase inicial se impuso la idea de la competencia, la ruptura de los monopolios estatales. En definitiva, el gran mercado, aunque no necesariamente la privatización de los servicios. Esa etapa puede darse hoy por concluida. El mercado interior es un hecho prácticamente desde 1993, y a ello coadyuva también la moneda única (el euro) adoptada como moneda exclusiva por trece de los quince Estados miembros desde el 1 de enero de 2002.

⁷ No es posible en estas breves páginas explicar las instituciones comunitarias para quienes no estén familiarizadas con ellas. Pero resulta imprescindible un brevísimo esbozo para poder comprender lo que se dice en el texto. La Comunidad Europea —hoy Unión Europea, aunque a ciertos efectos no es exactamente lo mismo— constituye un modelo organizativo atípico que la separa del modelo estatal tradicional —unitario o federal— y, desde luego, también, de los modelos asociativos internacionales clásicos. Pivota sobre cuatro instituciones básicas: el Parlamento Europeo (de elección directa y simultánea por los ciudadanos de todos los Estados miembros, previa fijación en el Tratado del número de parlamentarios que en cada Estado se eligen), el Consejo de Ministros, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia.

Terminada la fase de la consolidación del mercado, se abre otra etapa nueva, que es en la que ahora estamos. Es ahora cuando se introducen matices y se plantea la cuestión de los llamados “servicios de interés general” como concepto equivalente o, en todo caso, muy similar al viejo concepto de servicio público. Y ello por una razón de principio y hondo calado: porque se duda de que, para lograr los objetivos que se plasman en algunas de las políticas comunitarias y para salvaguardar los valores que subyacen en ellas, sea suficiente con confiar exclusivamente en el mercado.

El punto de partida es el actual artículo 16 del Tratado fundacional, precepto cuya redacción actual procede del Tratado de Ámsterdam de 1997, y que dice así:

Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.

Al aludir a los servicios de interés económico general y a los valores de cohesión social y territorial se apunta a las distintas políticas comunitarias que, como ya dije, se ampliaron sucesivamente en 1986 y en 1992 con ocasión del Acta Única y el Tratado de Maastricht. Es una nueva etapa en la que adquieren más protagonismo las políticas comunitarias propias que se imponen a los Estados y que son el segundo gran objetivo de la Comunidad. Es ahí, justamente, donde y como reaparece la idea del servicio público o, si se prefiere, el concepto de servicios de interés económico general.

El documento fundamental es un Informe de la Comisión Europea, de 1996, preparatorio del Tratado de Ámsterdam del año siguiente, y que está en la base del artículo 16 del Tratado que acaba de reproducirse. En la comunicación de la Comisión Europea del 26 de septiembre de 1996, titulada *Los servicios de interés general en Europa*,⁸ se alude a la función simbólica de los servicios públicos y servicios de interés general

⁸ Se publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*, serie C, núm. 281, del 26 de septiembre de 1996. Puede consultarse ahora también en mi *Código de la Unión Europea*, Aranzadi, 2002, pp. 395-410.

que —dice— “están en la base del modelo europeo de sociedad”. Recuerda la Comisión la neutralidad económica del Tratado y trata, en suma, de propiciar ideas, reflexiones y pautas de acción para poder compaginar el mercado y el interés general a partir de la identificación de los llamados “servicios de interés general” como actividades de tal carácter, que por ello mismo quedan sujetas a ciertas obligaciones que el documento denomina “de servicio público”.

Cinco años después, la Comisión ha vuelto a emitir un segundo documento, complementario del anterior, con el mismo título *Los servicios de interés general en Europa*.⁹ En esta segunda comunicación la Comisión insiste en los mismos planteamientos, establece los principios y objetivos de sus políticas públicas y analiza las modificaciones habidas en ese tiempo en cada sector. Y más recientemente aún, de cara al Consejo Europeo de Laeken, de diciembre de 2001, la Comisión ha vuelto a emitir un nuevo informe, en la misma línea de los anteriores documentos, sobre la situación actual y objetivos de futuro de lo que denomina los servicios de interés general en Europa.¹⁰

Con la idea de los ahora llamados “servicios de interés general” o “servicios de interés económico general” se trata, como digo, de compaginar el mercado y el interés colectivo). ¿Cómo articular ese doble objetivo? Pues rompiendo la identificación entre servicio público y titularidad pública del mismo. Ahí está, justamente, la clave y la diferencia con el planteamiento tradicional anterior del servicio público.

Servicio público, dice la Comisión Europea, no equivale a sector público. Servicio público —añade— ha sido un concepto ambiguo que a veces se ha identificado con el organismo que lo prestaba o con la función de interés general atribuida a dicho organismo. Esto es, lo que antes llamábamos concepto subjetivo u orgánico de servicio público.

En la comunicación de enero de 2001 la Comisión insiste en que no hay que confundir servicio público —“que se refiere a la vocación de prestar un servicio” en unos términos que postula una reglamentación pública—, con el concepto de sector público tradicional. Para la Comisión, servicio público supone, sobre todo, una actividad de interés general, que conlleva ciertas obligaciones, justamente denominadas “obligaciones de servicio público”, que pueden imponer las autoridades a escala nacional o regional.

⁹ *DOCE*, serie C, núm. 17, del 19 de enero de 2001.

¹⁰ Informe (COM) 2001, num. 598, del 17 de octubre de 2001.

Los servicios de interés general se refieren a las actividades —públicas o privadas— que cumplen misiones de interés general y están sometidas, por ello, a obligaciones de servicio público en atención a razones diversas que plasman valores colectivos comúnmente asumidos: la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la igualdad, la garantía de un mínimo común de bienestar... Pueden abarcar todos los servicios —de mercado y no de mercado— que las autoridades públicas consideren de interés general.

Finalmente, servicios de interés económico general —expresión que es la que utiliza el artículo 86 del Tratado— son los servicios de mercado a los que se imponen obligaciones de servicio público en virtud de, o en atención a, intereses generales, y que suelen ser los servicios de red (transportes, energía, comunicaciones...).

Con estas líneas, esbozadas en los últimos seis años (de 1996 a 2002), la situación actual avanza, pues, en la búsqueda de una noción común de servicio público o de servicio de interés económico general comunitario, puesto que en la actualidad se entiende que son aún los Estados los encargados de definir los supuestos, sin perjuicio del control de las instituciones comunitarias para no desvirtuar, por la vía de la excepción, la idea primaria del mercado.

Entretanto se ha abierto paso, como complemento de la liberalización, un nuevo concepto, una nueva idea: la de “servicio universal”, definido como el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas que presten actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles.

Se trata de asegurar la calidad de los servicios para todos los usuarios, según las condiciones nacionales específicas. Se trata de garantizar la prestación de servicios que se consideran de interés público y que puede no sean de interés económico para el operador. Servicios que los ciudadanos deben poder usar, a precios razonables y con una calidad garantizada como un derecho, aunque no en todas partes sean servicios rentables. Servicios considerados básicos y que en cada momento han de poder cambiarse y eventualmente ampliarse. Servicios que se fundan en principios generales fundamentales, como los principios de igualdad, universalidad, transparencia, control, adaptación tecnológica y que, eventualmente, pueden conllevar que el servicio deba ser cofinanciado por todos los operadores del sector.

El siguiente paso es identificar a priori los derechos a los que me acabo de referir. Y para eso es para lo que se abre paso también la fórmula de las llamadas “Cartas de servicio”, a las que haré una breve referencia en el último epígrafe de este trabajo.

El nuevo concepto de *servicio universal* pivota sobre la idea de la igualdad, la regularidad y la generalidad. Debe ser igual para todos. Y con un mínimo de calidad garantizado. Por ejemplo, en el caso de la telefonía, el servicio universal incluye la telefonía vocal, la existencia de guías telefónicas y cabinas públicas. En los servicios postales, la Ley 24/1998 impone como servicio universal, con la consideración de servicio público, el servicio de giro, los envíos ordinarios de cartas y tarjetas postales de hasta 2 kgs. y paquetes hasta 10 kgs., así como los servicios de certificado y valores declarados, aun cuando la citada Ley ha optado por hacer un distingo en el ámbito del servicio universal por cuanto la prestación de algunas de esas actividades se “reservan”, sobre la base del artículo 128.2 de la Constitución, a quien hasta entonces desempeñaba el correo en términos monopolísticos: la entidad pública “Correos y Telégrafos”. El resto de los servicios incluidos en el llamado “servicio universal” los pueden desempeñar entidades privadas previamente autorizadas. Y todo lo que no sea servicio universal queda al juego de la libre competencia y libertad de precios, aunque hace falta la inscripción en un registro público y una autorización reglada.

El “servicio universal” puede financiarse, en parte —puesto que con frecuencia será deficitario— con aportaciones de los demás operadores del sector.

La Comisión concluye diciendo que el servicio universal constituye la expresión de las exigencias y especificidades del modelo europeo de sociedad en el marco de una política que concilia el dinamismo del mercado, la cohesión y la solidaridad.

Al mismo tiempo, mientras todo este proceso se afianza, se va también desnaturalizando poco a poco y va perdiendo nitidez la tradicional distinción entre autorización y concesión. La primera partía de la suposición de un derecho preexistente, cuyo ejercicio estaba sometido, no obstante, a la previa constatación de que el interesado poseía las condiciones y requisitos establecidos. A este modelo autorizatorio obedecen numerosas licencias: la de caza, el permiso de conducir, el pasaporte y otro tipo de autorizaciones en ámbitos más directamente económicos. La concesión, por su parte, y como ya se ha esbozado, no presupone un derecho y, por

tanto, su otorgamiento era discrecional en la medida en que era la propia administración la que podía decidir o no la prestación indirecta del servicio. Pues bien, como digo, esa nítida separación se borra poco a poco. Existen autorizaciones que se parecen a las viejas concesiones; actos autorizatorios que se acercan a la bilateralidad de los contratos; concesiones que son, de hecho, simples autorizaciones...

Todos estos nuevos fenómenos reabren la rancia polémica sobre el servicio público y su devaluado papel como técnica de intervención. Y reverdecen también una vieja idea originaria de Italia: la de los servicios públicos virtuales o impropios. La idea también de las actividades privadas de interés público. Esto es, actividades que son de interés público y que por ello han de estar sometidas a cierta intervención administrativa, pero que no quedan excluidas del mercado, que son incompatibles con el monopolio, que no presuponen la titularidad pública, la asunción por el Estado del “servicio”. La administración no asume la titularidad (concepto orgánico de servicio público), pero tampoco queda a las puras leyes del mercado la gestión de este tipo de actividades económicas.

Esa idea, de hecho, era conocida —y practicada— en España con anterioridad.¹¹ Había, así, sectores formalmente declarados servicio público donde, sin embargo, existían actividades privadas, actividades en cierto modo intervenidas, pero actividades privadas. El paradigma era la educación, formalmente declarada servicio público por la Ley General de Educación de 1970, que no impidió la existencia de colegios privados, aunque éstos estuvieran sometidos a una autorización previa que verificaba y comprobaba el cumplimiento de las normas aplicables en cuanto al número de alumnos por aula, metros cuadrados de superficie, profesores, especialistas, exigencias adicionales. No así universidades. La existencia de universidades privadas se posibilita a partir de la ya derogada Ley de Reforma Universitaria, del 25 de agosto de 1983,¹² excepción hecha de las cuatro universidades de la Iglesia que, al amparo del Concordato y

¹¹ A esa idea de los servicios públicos virtuales o impropios, apostando explícitamente por ellos, me referí con cierto detalle en mi ya citado trabajo *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*. Cfr. una referencia adicional en Alegre Ávila, J. M., “Relaciones especiales de sujeción, legalidad sancionadora y servicios públicos”, *Revista Tribunal Constitucional. Repertorio Aranzadi del TC*, núm. 17, enero de 2002, pp. 29 y ss.

¹² Derogada luego y sustituida por la Ley orgánica 6/2001, del 21 de diciembre, de Universidades.

Acuerdos con la Santa Sede, existen desde hace más tiempo: universidades de Deusto (1886), Pontificia de Comillas (1935), Pontificia de Salamanca (1940) y Universidad de Navarra (1962). Pues bien, como digo, la educación estaba declarada servicio público, pero nada impidió la existencia de colegios privados —laicos o religiosos—, cuya puesta en funcionamiento dependía no de una concesión, sino de una autorización destinada a verificar que el centro cumplía las exigencias reglamentarias (número de profesores, aulas, espacio, medios).

Algo, si no igual, sí parecido, es lo que está sucediendo ahora, con carácter más general, y con el nombre de “servicios de interés general”, tal como hemos visto los define la Comisión Europea.

La conclusión más importante es que quiebra la identificación tradicional entre servicio público y titularidad pública de la actividad, o, dicho de otra manera, que pierde consistencia el concepto orgánico y subjetivo de servicio público para ir identificándose más, poco a poco, con aquel tipo de actividad ejercida bien por el sector público, bien por el privado, que queda sometida a una mayor intervención que el resto de las actividades económicas.

Esa mayor intervención supone, sobre todo, que el acceso al mercado de las empresas privadas se somete a una autorización o licencia —no ya a una concesión— que verifique su idoneidad. Cuando la actividad queda intervenida de manera que sólo se permite el acceso de un número limitado de operadores por razones técnicas, económicas o de decisión, la manera de seleccionar a dichos operadores presupone la aprobación por la administración de un pliego de condiciones y la existencia de un concurso, o incluso una subasta, lo que acerca el mecanismo a la forma de seleccionar contratistas, aunque no se trate de tales. La concesión tradicional pierde, como digo, sentido. Es sustituida, como también he apuntado, por la autorización, aunque esta autorización no equivalga exactamente tampoco a la autorización tradicional. Se abre un mundo nuevo. Y esa novedad supone que el Estado, que prestaba, sin necesidad de abandonar de forma absoluta esa condición, realza sobre todo las tareas de regular y de vigilar. Ésa es la razón de la aparición de las llamadas Autoridades de Regulación, a veces bajo el modelo de las llamadas administraciones independientes, que se diferencian de los operadores propiamente dichos, aunque éstos, en ocasiones, pueden ser también de naturaleza pública.

V. SOBRE EL FUTURO DEL SERVICIO PÚBLICO

Esta situación plantea nuevos retos, nuevos problemas y nuevos interrogantes de futuro.

En primer lugar, genera una nueva reflexión sobre el papel del Estado, cuya presencia, a mi juicio, no sólo resulta útil, sino imprescindible. Un Estado que ahora, sobre todo —aunque no sólo— regula, vigila, inspecciona, sanciona. Seguirá prestando servicios directamente, desde luego, aunque lo que acentuará será su papel vigilante. Prestará servicios de asistencia y acción social sobre la base de políticas de ese tipo y con las limitaciones que en cada caso imponga el presupuesto y la orientación de cada gobierno, pero no sólo servicios sociales. También es perfectamente posible que preste servicios económicos por más que lo que tiene vedado —salvo excepciones que están concretadas y especificadas en el Tratado de la Comunidad Europea— es comportarse monopolísticamente o con una posición de prevalencia.

Ello nos lleva a apuntar una cuestión que a veces interesadamente se confunde. Y es que liberalizar no es equivalente ni a privatizar ni mucho menos a desregular. La administración puede que gestione directamente menos. Pero va a regular más. Va a fijar condiciones, criterios, pautas en beneficio de la competencia, esto es, al final, de los derechos de los usuarios. Y vigilará también el cumplimiento de las condiciones de la autorización otorgada a las empresas que presten el servicio. Se trata de impedir retrocesos en los avances producidos por los Estados europeos en la calidad de ciertos servicios y en su prestación igualitaria.

Así, pues, en adelante, las categorizaciones clásicas pierden eficacia descriptiva. El papel de la administración se desdibuja. Adquiere nuevos aires. Y todo se hace menos dogmático. Existirán algunos servicios públicos tradicionales allí donde es imposible o no convenga introducir las reglas del mercado. Existirán autorizaciones cercanas al régimen de la concesión. Habrá también actividades de interés general prestadas en libertad de competencia. Se garantizará el mantenimiento del principio de igualdad por la vía de la generalización de los servicios universales.

Pero la idea última del servicio público, como quería Duguit, permanece. La finalidad subsiste, aunque cambien los nombres, las naturalezas o el régimen jurídico. Es más, el viejo concepto de servicio público recupera algunos de sus perfiles originarios para justificar y visualizar mejor

la excepción al derecho privado que supone el derecho administrativo: si hay excepciones o derogaciones del derecho privado es porque hay finalidades diferentes.¹³ Si hay intervención pública —regulando o, eventualmente, prestando— es porque hay finalidades que superan lo individual, finalidades de servicio público, actividades de interés general. Se trata, por tanto, de percibir el criterio finalista ínsito en la expresión tradicional que, más allá de las formas y de la titularidad, quiere lograr objetivos reales. Esto es, como dice la Comisión Europea, que, conseguido el gran mercado, se apunte también a un modelo que reequilibre lo público y lo privado no desde la óptica de la titularidad del servicio, sino desde la de los objetivos últimos de la Unión, que no son otros que lograr una sociedad avanzada con prestaciones y mínimos de bienestar realmente garantizados.

VI. DE LA SITUACIÓN DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS

Decisiva importancia tiene hoy, por la creciente sensibilidad hacia las cuestiones de calidad en la prestación de los servicios, el punto de vista externo de los usuarios.¹⁴ En España, pero también en otros sitios, no ha habido, al menos hasta ahora, una regulación uniforme ni de las relaciones del usuario con el titular del servicio (que era la administración) ni de las relaciones con el concesionario en el supuesto de que aquél se prestara mediante concesión. Dicha regulación dependía de la concreta reglamentación de cada servicio, donde la administración podía y puede efectivamente fijar cotas de calidad y consecuencias negativas por su pérdida. Por ejemplo, en la reglamentación del servicio de gas y en otros semejantes solía y suele haber cláusulas penalizadoras por la mala prestación. Dichos servicios se prestaban por concesionarios, articulándose la relación del concreto usuario a través de un contrato con la empresa concesionaria. Pues bien, en las cláusulas tipo la administración imponía la obligación del concesionario de reducir la factura si el servicio se había

¹³ En esa línea de reforzar el papel identificador del servicio público aunque hayan cambiado muchos de sus postulados clásicos, el sugerente trabajo de J. Chevalier, “La place du service public dans l’univers juridique contemporain”, en el vol. colectivo dirigido por Luc Rouban, *Le service publique en devenir*, París, L’Harmattan, 2001, pp. 21-37.

¹⁴ Expresión que, cuando se trata de servicios públicos (sobre todo si éstos los presta la administración) prefiero a la de “clientes”, que es la que se está generalizando desde hace algún tiempo, aunque en el fondo significan lo mismo.

interrumpido, reducción que habría de ser proporcional a la ausencia de prestación.

Pero, antes incluso de la existencia de la relación, cabe preguntarse si existe un derecho del ciudadano a que la administración implante servicios públicos, aunque luego conceda su gestión.

Éste es un tema relativamente poco estudiado, porque depende, claro es, de las pautas de las leyes, que a su vez son tributarias de criterios políticos y de los límites económicos y presupuestarios de cada administración y de cada momento. Pero se trata de un tema de la máxima importancia, que aquí no cabe ni siquiera esbozar. Apunta a la incipiente tendencia a juridificar, en lo posible, las promesas electorales; a la importante cuestión de la necesidad o conveniencia de objetivar a priori las razones que imponen o justifican la implantación de un servicio.

En principio, hay que decir que el ciudadano carece de verdaderos derechos para exigir un servicio. Pero esa carencia lo es porque esos derechos no suelen estar previstos y contenidos en normas que positivamente obliguen a implantarlos. Las leyes se limitan a posibilitar, a habilitar a la administración, no a obligarla si se dan ciertas pautas o condiciones que, obviamente, han de ser coherentes con las disponibilidades económicas.

Hay un ejemplo muy interesante y bien conocido en la regulación del régimen local. La Ley española 7/1985, del 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, prevé las competencias de los municipios, aunque remite a la leyes sectoriales que regulen cada ámbito (tráfico, urbanismo, medio ambiente, salud, mercados, consumo, abastecimientos, transportes, etcétera) la concreción del *quantum* competencial. Pero el artículo 26 establece que los municipios “por sí o asociados deberán prestar, en todo caso”, ciertos servicios mínimos, que varían y son mayores en función de la población. Pues bien, esos servicios mínimos sí pueden ser exigidos en caso de no existir. El artículo 18, g), de la citada Ley, establece como un derecho de *todos* los vecinos “exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio”.

Es la Ley, pues, la que *traduce* la promesa en derecho exigible. Y exigible judicialmente. El asunto puede llegar, efectivamente, a los tribunales por dos vías diferentes. La primera posibilidad se halla ahora en el artículo 151 de la Ley de Haciendas Locales (Ley 39/1988, del 28 de diciembre), pero estaba prevista ya en la legislación anterior a la que esta

Ley sustituye. Se trata de la posibilidad de impugnar el presupuesto municipal “por omitir el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la Entidad Local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo”. Todo el mundo está legitimado para impugnar judicialmente el presupuesto, en vía contencioso-administrativa, por esta omisión. La segunda vía es más reciente, y supone la impugnación directa de la inactividad de la administración; posibilidad novedosa introducida por la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del 13 de julio de 1998, cuyo artículo 25.2 dispone que “también es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración”, y que se trata de pretensiones de hacer, que concreta el artículo 29.

Una vez implantado el servicio, surge el derecho a su uso sobre la base de las específicas reglas que regulen su prestación y en atención siempre al principio de igualdad que aquí se plasma, muchas veces en el también tradicional “régimen de cola”, físicamente patente en el caso de los transportes urbanos, concedidos o no.

En ese sentido, sobre el derecho de acceso, se pronuncia, precisamente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 7 de diciembre de 2000. Un documento de excepcional y hondo contenido simbólico, aunque aún no tenga valor formal directo. Su artículo 36, en efecto, dispone: “La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen la legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”.

Según se ha indicado ya, muchas veces la norma que regula el servicio prevé los detalles de las prestaciones a las que el usuario tiene derecho. Otras veces no sucede eso. De ahí que se abra paso, poco a poco, un instrumento novedoso: las llamadas “cartas de servicio”, un compromiso de niveles de calidad de los servicios que viene a ser la traducción formal de las promesas informales y cuyos primeros ejemplos han aparecido en el derecho español en 1997, generalizándose después en muy variados sectores. Las “cartas” se hacen públicas y sirven, de momento, como digo, como referencia de prestigio. Pero es de suponer que su evolución puede ir poco a poco incidiendo en la práctica judicial entre otros efectos, por ejemplo, como patrón en los supuestos de responsabilidad por mala, defectuosa o tardía prestación.

En cuanto a las garantías, cabe decir que es posible siempre recurrir cualquier decisión de la administración, tanto por parte de los usuarios que gocen de la genérica condición de interesados como por parte de los concesionarios. De otra parte, hay que precisar que las relaciones del usuario con el concesionario, en principio, son relaciones privadas. Pero hay ocasiones en las que es posible “administrativizarlas”, si se me permite esta expresión. La fórmula consiste en solicitar a la administración que ejercite sus poderes de inspección, vigilancia y policía. Si no hay respuesta o la respuesta es negativa, hay ya ahí un acto administrativo que recurrir, y si se obtiene una sentencia estimatoria es posible también precisar el contenido de la inspección o vigilancia en la fase de ejecución de dicha sentencia, ejecución vigilada por el juez, que es quien dirá si es suficiente la intensidad de la inspección. Si de resultados de ello se deducen incumplimientos por parte del concesionario, estaríamos en otra situación, que obligaría a la administración a adoptar las medidas apropiadas.

Queda, finalmente, la garantía de la responsabilidad, que corresponde al contratista, salvo que el daño derive de una orden de la propia administración.

VII. FINAL

Termino ya. En la tarea de hacer un pueblo, como querían los viejos regeneracionistas españoles de finales del siglo XIX,¹⁵ es necesario el papel protagonista de la sociedad, pero también el del Estado. La sociedad constituye la primera piedra de un largo encadenado de eslabones al final de los cuales hallamos al Estado y a las distintas administraciones públicas. Un Estado ciertamente diferente al de épocas anteriores, pero un Estado y una administración aún imprescindibles. Un Estado democráti-

¹⁵ Hay una anécdota muy gráfica que refleja a las claras dos visiones de la sociedad. Cuenta Fernando de los Ríos que caminaban paseando dos grandes españoles de finales del siglo XIX: Joaquín Costa y Francisco Giner de los Ríos. El primero, el gran fustigador del caciquismo, impulsivo, pragmático y obsesionado en la idea de encontrar “un salvador”. El segundo, influido por la filosofía del krausismo, adalid del entendimiento y la vertiente ética y educacional, padre de la institución libre de enseñanza, la más importante aventura educativa del siglo XX sólo frustrada por lo que significó la guerra civil española de 1936-1939. Pues bien, cuenta Fernando de los Ríos, como digo, que decía Costa: “Giner, hace falta un hombre”. Y Giner le respondió: “Joaquín, lo que hace falta es un pueblo”. Y se dedicó a la educación...

co que se ocupa de tareas sociales y colectivas, que presta y que controla, que fomenta y vigila, que socorre y que sirve desde una organización administrativa plural, cercana, descentralizada, diversificada, eficaz y, sobre todo, controlada.

Si de la mirada al pasado nos queda la idea de la educación como tarea colectiva, el futuro se muestra todavía sin perfiles precisos. Pero parece claro que ese futuro no sólo pasa por la sociedad, sino también por las nuevas funciones públicas que he simbolizado en la idea del nuevo servicio público.

El papel del derecho se mueve en esas coordenadas. Y quizá no es un papel protagonista, por más que sea esencial. Es ciertamente esencial la técnica, la forma y la estructura; valores que tienen como eje conductor la idea de seguridad y de solvencia. Pero es esencial también no sólo estudiar el cómo, la forma y la coherencia lógica, sino también el qué. Qué hace la administración, por qué lo hace e, incluso, qué debe hacer. Ahí los juristas como tales juristas tenemos menos que decir. Pero es importante también lo que digamos, aunque para ello se exija una visión global y omnicomprendensiva que ponga la forma al servicio de los valores de fondo, valores de justicia que hoy son también, en muchos casos, valores constitucionales.