

# Constitución y modelo económico liberalizador

Tomás de la Quadra-Salcedo  
*Catedrático de Derecho Administrativo*  
*Universidad Carlos III*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE EL CONCEPTO DE LIBERALIZACIÓN.—III. ORIGEN Y CAUSAS DE LA LIBERALIZACIÓN.—IV. LIBERALIZACIÓN Y CONSTITUCIÓN.—I. PROBLEMAS ACTUALES DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN. 1. El servicio universal. 2. La garantía de la competencia.

## I. INTRODUCCIÓN

No pretendemos aquí explicar las razones que hoy día pueden justificar la liberalización económica en el contexto de las economías del Estado del bienestar de los países europeos y, especialmente, de aquellos que en el pasado, antes de la caída del muro de Berlín, integraban lo que se conocía como la Europa Occidental. Por el contrario, se pretende examinar la liberalización desde otra perspectiva que consiste en indagar acerca de si las Constituciones han dejado de ser neutrales —desde el punto de vista económico— o, si se prefiere, abiertas al pluralismo político, para pasar a no tener más que una sola lectura que haría inevitables los procesos liberalizadores <sup>1</sup>.

Dejando de lado las ventajas que presenta un modelo liberalizador en estos momentos, lo que conviene someter a crítica desde un punto de vista

---

<sup>1</sup> La lectura del Título VII de la Constitución parece dar a entender que ésta se inclina más hacia una economía dirigida de mercado en la terminología de GARCÍA PELAYO «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», p. 2865, *Obras Completas*, t. II, CEC, 1991, en donde propone para entender los modelos económico-constitucionales y dentro del sistema capitalista un modelo de economía libre de mercado, de economía social de mercado y, finalmente, un modelo de economía dirigida en el que cree que puede ser incluido el modelo económico de nuestra Constitución.

constitucional es la eventual representación de ese modelo como el único posible en el ámbito de los países de la Comunidad Europea.

Durante muchos años hemos vivido en la creencia de que las Constituciones europeas de posguerra —y más recientemente, con motivo de su acceso a la democracia, la Constitución española— sentaban un modelo económico que, acorde con los valores del pluralismo, podía permitir diversas opciones económicas, dentro del principio de respeto a la libertad de empresa en una economía de mercado. Por ello, tal libertad de empresa en una economía de mercado resultaba conciliable con las apelaciones que en el Título séptimo de nuestra Constitución —o en capítulos similares de las distintas Constituciones europeas— se hacían a la planificación o a la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales.

En el plano económico se entendía que las Constituciones debían permitir gobernar a distintas opciones políticas con distintos programas, según las exigencias indeclinables del pluralismo. En ese sentido las Constituciones eran relativamente neutrales, salvando algunos principios esenciales como los recogidos, por ejemplo, en el Título Primero de nuestra Constitución en torno a los derechos y libertades fundamentales.

Los procesos de liberalización de la economía presentan en este sentido diversos perfiles y perspectivas desde los que pueden ser abordados. Pero el primero y principal sobre el que es preciso ponerse de acuerdo es el relativo a si se trata del único modelo posible, pues en tal caso se habría producido una transformación de las creencias acerca de la naturaleza abierta al pluralismo de los textos constitucionales <sup>2</sup>.

Adelantando el contenido de las posteriores reflexiones que han de hacerse, pero también en esta perspectiva central, radical y constitucional, de lo que se trata es de verificar si la liberalización entendida como pura apelación al mercado y a las reglas de la competencia —sin prejuzgar si ello se corresponde con el sentido exacto del concepto de liberalización <sup>3</sup>— es compatible con el mandato y, por tanto, con la obligación de los poderes públicos de hacer que «la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integran sean reales y efectivas» (artículo 9.2 de la Constitución). Verificar si es compatible con la obligación que el mismo artículo impone a tales poderes de «remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud» de los derechos y libertades y el derecho a la igualdad; así como la participación de los mismos en la vida económica, política, cultural y social.

Tradicionalmente hemos entendido que, al servicio de esta obligación impuesta a los poderes públicos, se dotaba a éstos en el artículo 128 del texto constitucional de los instrumentos adecuados para conseguir —ya sea a tra-

<sup>2</sup> *Vid.*, sobre ello, mi comentario «Riqueza, iniciativa pública y reserva de recursos y servicios esenciales». Comentario al artículo 128 de la Constitución española en *Comentario Sistemático de la Constitución*, obra dirigida por el prof. ALZAGA. Ed. EDESA Y CORTES GENERALES.

<sup>3</sup> *Vid.* J. E. SORIANO en *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, pp. 26 y ss.

vés de la participación de los poderes públicos en la actividad económica, ya sea a través de la reserva de recursos o servicios esenciales para la comunidad— la satisfacción de determinadas necesidades y bienes de carácter básico o fundamental<sup>4</sup>. En esta perspectiva la cuestión tiene que ver con la compatibilidad con ese modelo de Estado de bienestar —que parece hacer garante al Estado de la eficacia de los derechos y libertades— con otro en el que el Estado se limita a invocar al mercado, ya sea con la simple esperanza — más o menos ingenua— de que por el normal desenvolvimiento de las cosas este mercado satisfaga esas necesidades del artículo 9.2 de forma espontánea, ya sea con la convicción —menos ingenua— de que lo importante no es que el Estado asegure o garantice nada, salvo garantizar el derecho fundamental a la libertad de empresa en una economía de mercado. Este derecho pasaría, así, de algún modo, por delante de los demás derechos sociales en las preferencias del Estado liberalizador, de acuerdo con ciertas concepciones ideológicas.

Los procesos de liberalización son, así pues, una ocasión de repensar con mayor profundidad aspectos constitucionales de bastante fuste y entidad. En las páginas que siguen, nos proponemos hacerlo empezando por una breve reflexión acerca del sentido del concepto de liberalización (II), para, a continuación, examinar el origen y las causas profundas de ese impulso liberalizador (III). Ello nos permitirá afrontar, finalmente, la cuestión del encaje de la liberalización en el texto constitucional (IV) para acabar con algunas reflexiones actuales en torno al modelo de liberalización y sus características.

## II. SOBRE EL CONCEPTO DE LIBERALIZACIÓN

La palabra liberalización alude, primariamente, sin duda, a la idea de dejar libre o suprimir las trabas que puedan existir para el desarrollo de cualquier actividad económica. Habría que precisar que el tipo de trabas que pueden existir en las distintas clases de actividades son de muy diferente naturaleza. Así, por ejemplo, irían desde la modesta —aunque a veces dilatoria y retardataria— necesidad de pedir una licencia de apertura de un establecimiento comercial en una ciudad, hasta la prohibición de desarrollar una actividad que está configurada como reservada al sector público por tratarse de recursos o servicios esenciales.

Intervención pública en la vida económica la hay siempre, de una u otra forma. Todo ese conjunto de intervenciones pueden ser vistas como trabas o limitaciones al ejercicio de actividades económicas. En esa perspectiva «liberalizar» consistiría en la supresión de tales trabas. Llevando las cosas al

<sup>4</sup> Por todos, puede verse Rafael GÓMEZ-FERRER, «La reserva al sector público de servicios o recursos esenciales» en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Ed. Civitas, Madrid 1991, pp. 3803 y ss.

último extremo, el sueño de la máxima liberalización consistiría en la anarquía que permitiría que cualquiera desarrollase todo tipo de actividades sin sujetarse a reglas de ningún tipo. Es evidente que nadie defiende este sentido absoluto de liberalización. Otra cosa es que se piense que las necesarias intervenciones administrativas no deben ser motivo de retrasos innecesarios que comprometen gravemente las posibilidades de desarrollo económico de un país. Casi nadie duda, sin embargo, de la necesidad de comprobar si, por ejemplo, una industria molesta o peligrosa se instala en el lugar permitido por la normativa vigente o si los ascensores se fabrican respetando unas normas mínimas de calidad y seguridad o si los vehículos de transporte con más de un determinado número de años han pasado las oportunas revisiones.

La necesidad de comprobaciones de todos esos aspectos por un órgano administrativo —o por un particular con facultades delegadas— es difícilmente discutible. Lo que puede discutirse, en cambio, es la exacerbación de esos controles o la lentitud de los procedimientos, los retrasos, la multiplicación de informes, permisos, etc., en lugar de agilizar los trámites con procedimientos expeditivos en que la ventanilla única o el silencio positivo jueguen un papel más importante.

No obstante no es éste —la mejora de las intervenciones o la reducción de su número— el objeto directo de las reflexiones de este artículo, sino que lo que interesa es reiterar que el concepto de liberalización no puede ser entendido en estado puro como la supresión total y absoluta de todo tipo de intervenciones. Será difícil encontrar a alguien que pueda sostener tal idea. Lo que sí hay, sin embargo, son partidarios de que esas intervenciones queden reducidas al mínimo y, especialmente, que tales intervenciones partan siempre de la base de que los únicos protagonistas de la actividad económica son los particulares<sup>5</sup>. Los poderes públicos sólo intervendrán cuando haya alguna «exigencia esencial» (salud pública, orden público, seguridad, medio ambiente, salud, etc., etc., en la terminología comunitaria) que justifique la presencia del Estado inspeccionando, controlando o sancionando.

Desde esta última posición se comprende claramente que lo que, básicamente, se rechaza es el papel de un Estado que interviene activamente en la economía sustituyendo a la iniciativa privada. Ése fue el papel que desde los años treinta, y significativamente con el impulso del *New Deal* de los Estados Unidos del Presidente Roosevelt, toma carta de naturaleza en el mundo occidental y hace del Estado, no tanto un espectador del desarrollo de la

<sup>5</sup> Vid., sobre la intervención, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «Principios del sistema económico en la Constitución española» en *La intervención administrativa en la economía*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid 1997, pp. 11 y ss.; Justo HERNANDO DELGADO, «La intervención pública de empresas privadas» en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano-Fos*, IEAL, 1983, pp. 709 y ss. También Massimo MORISI, «Aspectos esenciales de la regulación económica en una Constitución de la crisis», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por Alberto PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, pp. 363 y ss.

vida económica, como un sujeto activo y protagonista que trata con su actividad de compensar los problemas que plantea el ciclo económico. Ahora, en cambio, lo que desde el nuevo pensamiento liberalizador se pone fundamentalmente en cuestión es la posibilidad abierta en las Constituciones europeas de que el Estado pueda reservar al sector público recursos o servicios esenciales. Probablemente también se pone en cuestión la libre iniciativa pública en la actividad económica que se recoge en las Constituciones europeas de posguerra y de la que se hace eco el propio artículo 128 de nuestra Constitución.

En cualquier caso, liberalización supone supresión de aquellas trabas que impiden que pueda considerarse que la actividad económica sea libre. Fundamentalmente, liberalización implica supresión de los monopolios y de aquellas actividades declaradas servicios públicos o nacionalizadas y que en consecuencia sólo los poderes públicos estarían habilitados para desarrollar. Liberalización supondría, así, fundamentalmente «devolver» a la «sociedad civil» y a la libre iniciativa económica lo que en virtud de actos de reserva estatales realizados en el pasado estaba acotado para la actuación de los poderes públicos. Éste es el contenido central y medular de la liberalización.<sup>61</sup>

Adicionalmente puede entenderse también como liberalización la supresión de otro tipo de trabas que, sin reconocer a los poderes públicos la libertad de iniciativa o reservarles una actividad en exclusiva, sin embargo, implican grados de intervención que se consideran insostenibles en la actividad de los particulares. Tales intervenciones pueden ser de muy diverso tipo, desde la exigencia de licencias, autorizaciones o concesiones hasta la existencia de subvenciones a determinadas actividades en cuanto se puede entender que mediante ellas el Estado, a través de esa actividad aparentemente de fomento, en realidad interfiere en la marcha de la economía promoviendo unas actividades en detrimento de otras o a unos empresarios en detrimento de otros.

La supresión de todo ese tipo de intervenciones puede entenderse comprendida dentro del concepto de liberalización. Pero, básicamente, el núcleo central de la misma consiste en excluir al Estado de la actividad prestacional de servicios y actividades que, desde comienzos del presente siglo, venía desarrollando en nuestro país y en los países de nuestro entorno. En efecto, la crisis de subsistencia de las primeras décadas del siglo XX determinaron una forma de enfrentarse los poderes públicos a las necesidades sociales que conllevó el reconocimiento de la licitud de la reserva de actividades y servicios a los mismos y, en todo caso, la licitud de inter-

<sup>61</sup> Sobre el tema puede verse Francesco GALGANO, «Pubblico e privato nelle regolazione dei rapporti economici» en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*; Dir. Francesco Galgano, vol. I, CEDAM-PADOVA 1977, pp. 3ª a 130, especialmente, pp. 105ª a 122ª. Del mismo autor Francesco GALGANO, *Las instituciones de la economía capitalista: Sociedad anónima, Estado y clases sociales*, ARIEL DERECHO 1990, pp. 165 y ss.

venir en la actividad económica como un empresario más. El proceso empezó inicialmente en el ámbito municipal para continuar expandiéndose y llegando al ámbito estatal mismo <sup>7</sup>.

En todo caso, localizado el núcleo central de concepto de liberalización, conviene ahora deslindarlo o identificarlo con otros conceptos afines. En efecto, a veces, en lugar del término liberalización se emplea la palabra «desregulación». En el fondo significa lo mismo que liberalización, pero probablemente este último concepto tiene un sentido algo más amplio que alude a ese tipo de actividades que sin estar reservadas al sector público están fuertemente intervenidas. «Desregular» supondría, desde luego, suprimir las reglas que reservan al Estado determinadas actividades. Pero supondría también, y sobre todo, suprimir aquellas reglas que dificultan la actuación de los particulares cuando quieren desarrollar una actividad económica. Sustancialmente liberalización y desregulación vienen a expresar lo mismo. Esta última se fija más en el modo de conseguir el efecto final: la liberalización. Para conseguirlo lo que se hace es que se suprimen las reglas que son innecesarias o sobreadundantes y especialmente las reglas de prohibición de actividad a los particulares en que consisten las reservas al sector público de recursos o servicios esenciales: los servicios públicos entendidos en sentido tradicional. Por el contrario, con el término de liberalización se subraya el objetivo final prescindiendo en cambio de cuáles son los instrumentos necesarios para lograr ese objetivo aunque, necesariamente, tales instrumentos han de consistir en una supresión o modificación de las reglas preexistentes.

Aunque expresan lo mismo «liberalización» y «desregulación» probablemente sea más claro el término liberalización. Y lo es en la medida en que expresa el objetivo final que se pretende, sin fijarse tanto en los medios para conseguirlo, pues ello podría introducir alguna confusión. En efecto, cuando se elevan a primer plano los instrumentos —la «desregulación» como supresión de reglas— no puede dejar de subrayarse que en realidad esos instrumentos para conseguir la liberalización pasan por dos fases. La primera consiste en la desregulación, en la supresión de los obstáculos que dificultan o traban la libre actividad económica. Pero conscientes de que la supresión de trabas no supone, sin más, el logro de una auténtica liberalización económica, se hace preciso dar respuesta a alguno de los problemas que podrían derivarse de un mercado salvaje entregado a su propia dinámica. Bien está que se supriman los monopolios estatales innecesarios, pero no a costa de sustituirlos por otros monopolios, pero en este caso de propiedad privada. Nada se habría ganado con el cambio, sino más bien se habría perdido. Al menos, el monopolio público podría estar sujeto a la inspección y al control de los poderes públicos en forma mucho más intensa que el monopolio privado.

---

<sup>7</sup> Sobre ello puede verse el trabajo ya clásico de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP* n.º 17, pp. 87 y ss.

La operación desreguladora no es sino la primera fase para conseguir la liberalización. La segunda fase pasa por hacer lo que algunos han llamado la «re-regulación». Hay que dictar nuevas reglas, pero ahora no ya para establecer el modo y la forma en que el Estado interviene en la vida económica gestionando o prestando determinados servicios o actividades o condicionando su ejercicio, sino estableciendo el modo en el que el Estado va a actuar como árbitro vigilante de la actividad económica y promoviendo que en un ámbito en el que hubiese antes un monopolio haya ahora competencia. Eso, paradójicamente, supone en ocasiones reglas mucho más numerosas y en ocasiones intervenciones mucho más intensas que las precedentes.

Ocurre, sin embargo, que existe un matiz diferenciador importante. En tanto que las normas, reglas e intervenciones administrativas anteriores se hacían sobre una actividad que, en el límite, estaba reservada al sector público y que se desarrollaba o prestaba directamente por éste o por medio de un concesionario, ahora —en el nuevo modelo de liberalización— el punto de partida es el respeto y la promoción de la libre competencia entre los particulares. Así pues, las reglas que se dicten, por complejas que sean, no van dirigidas a hacer del Estado el protagonista de la actividad prestacional. Se van a establecer las condiciones en que el Estado, los poderes públicos, van a mediar en una actividad que está entregada a la disposición de los particulares para que actúen en libre competencia <sup>8</sup>.

El papel del Estado ya no es prestar, él mismo, los servicios y actividades, sino fomentar la competencia entre una pluralidad de operadores económicos. Los problemas que obligan al Estado a seguir interviniendo son que no siempre se dan las condiciones para que la competencia florezca de forma espontánea una vez retirado el Estado de la prestación directa de actividades. En efecto, en muchas ocasiones se trata de actividades en sectores que tradicionalmente constituían lo que se denominaba «monopolios naturales» (el terreno natural de los servicios públicos: transportes, teléfonos, telecomunicaciones, agua, luz, etc.) y que en los momentos actuales no pueden sustraerse a determinadas tendencias concentrativas y oligopolísticas.

En estas condiciones se comprende que el término «desregulación» pueda resultar más equívoco porque alude, probablemente, sólo a la primera fase del proceso de liberalización. A aquella fase que consiste en suprimir las trabas entendidas como reglas que garantizaban una intervención pública intensa o reservaban la actividad al sector público. Pero resulta el término algo confuso cuando se piensa que la liberalización conseguida no es a base de la supresión sólo de las reglas existentes, sino de la puesta en pie de un complejo arsenal de reglas y medidas —a veces más complejas que las anteriores— que tratan de preservar la existencia de una real competencia. Asi-

---

<sup>8</sup> Vid. Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del Sector público*, Ed. Marcial Pons, 1993, pp. 115 y ss.

mismo, las nuevas reglas tratan también de preservar, como luego desarrollaremos, la prestación de servicios que se consideran esenciales para la comunidad y que se conocen bajo el nombre de servicio universal.

### III. ORIGEN Y CAUSAS DE LA LIBERALIZACIÓN

Los primeros movimientos liberalizadores de la economía pueden detectarse en la América de los años setenta con el Presidente Carter que inicia el proceso en beneficio de los consumidores y atendiendo a las demandas de los ecologistas<sup>9</sup>. En el ámbito europeo, sin duda, las primeras iniciativas en ese ámbito se hacen por la primera ministra británica Margaret Thatcher en los años ochenta y, después, por la Comisión Europea, que hacia la mitad de los años ochenta impulsa decididamente una política de liberalización económica.

Hay no obstante importantes diferencias entre unos y otros modelos. No merece la pena detenerse aquí en este punto. Sí conviene, sin embargo, desde el principio aclarar una cierta discrepancia que puede existir en torno a las razones y causas de la liberalización. Hay quien puede pensar en la ideología como motor esencial y casi único de la liberalización económica. Ideología que se fundamentaría en la preferencia absoluta por los derechos de libertad de empresa por encima de las obligaciones propias del Estado de bienestar. Para tal pensamiento la liberalización no es sino la traducción práctica de una ideología que pone por encima de todo la libertad de empresa como derecho fundamental de primer rango.

Pero hay otra perspectiva, otra razón que constituye un importante motor de la liberalización a la que estamos asistiendo. Se trata de la incidencia en el ámbito de los tradicionales servicios públicos o actividades reservadas al Estado de las nuevas tecnologías y de la informática. Se trata del surgimiento de una auténtica revolución tecnológica que determina, fundamentalmente, que allí donde antes nos encontrábamos en el ámbito de los monopolios naturales que explicaban una respuesta consistente en la asunción por el Estado del desarrollo de determinadas actividades de carácter monopolístico, hoy nos encontremos ante actividades que, por mor de las nuevas técnicas y de la convergencia de las mismas con la informática, han roto la idea de monopolio natural.

Baste por todos un ejemplo. Antes, por un solo cable no podía ir más que la señal telefónica o la señal telegráfica. Exigía discriminar un tipo de cables y otros y hacer el tendido de infraestructuras costosas que no permitía una gestión múltiple. Hoy día por un solo cable de fibra óptica circulan miles de paquetes de *bits*, cuyo tráfico gestionan de forma automática miles de

---

<sup>9</sup> Lo recuerda C. STOFFAES, en «La regulation des reseaux aux États Unis», *RAE* n° 2, 1994, p. 134.



centralitas, nodos, enrutadores, etc., que, sin apenas intervención del hombre, dirigen los paquetes de *bits* que portan la información hacia la persona del destinatario que los ha solicitado, ya sea información relativa al contenido de una norma en el Boletín Oficial del Estado o la oferta de billetes de una Compañía aérea o una tradicional conversación telefónica. Por la misma fibra circulan los mensajes en forma de paquetes de *bits* de cientos de miles de personas, que han accedido a la red desde puntos distintos, a través de proveedores diferentes, con compañías diversas, sin que esa multiplicación de sujetos que intervienen en el proceso impidan que en un momento determinado estén, todos ellos, utilizando la misma línea para comunicarse. Una misma línea de fibra óptica podría ser compartida por diversos operadores de telecomunicaciones, algo que antes de la revolución tecnológica de las últimas décadas no era posible. Lo mismo ocurre en el ámbito de la energía eléctrica. La informatización permite la competencia entre los productores. La distribución de energía a los consumidores finales no constituye ya un obstáculo para que éstos queden vinculados a través de su distribuidor con el productor de la energía. El consumidor final podrá contratar en un corto espacio de tiempo —en algunos países ya lo hacen— la energía que consume con el productor que le parezca más interesante. En realidad, los kilovatios que consume un usuario final no tienen que proceder físicamente necesariamente del productor con el que ha pactado. Pero los contratos entre el productor y los consumidores serán esenciales para establecer la cantidad de energía eléctrica que cada productor vierte a la red. En nada se distingue un kilovatio de procedencia hidroeléctrica de un kilovatio de procedencia nuclear. Lo que es importante saber, sin embargo, es cuántos kilovatios vierte en la red la central nuclear X y cuántos kilovatios vierte la central hidroeléctrica Y. Pero ese cálculo de lo que cada uno vierte en la red es hoy posible porque la informatización de los sistemas permite en tiempo real conocerlo de forma adecuada.

La informática y las nuevas tecnologías han hecho saltar los conceptos tradicionales acerca de monopolio natural. El cambio tecnológico aparece así como una de las primeras razones importantes de la posibilidad de una liberalización<sup>10</sup>. Allí donde hasta los primeros años ochenta era difícil pensar en el desarrollo de una actividad, si no era en condiciones de monopolio natural, hoy, en virtud de las nuevas tecnologías y de su convergencia con la informática, es posible pensar en otros modelos alternativos.

A esta razón tecnológica como elemento esencial de la liberalización se añade la de la globalización de la actividad económica, que hace que, en sectores en que tradicionalmente se habían puesto de manifiesto los monopolios naturales y la necesidad de intervención de los poderes públicos, la

---

<sup>10</sup> *Vid.*, sobre ello, mi artículo «El sistema de transición de los derechos especiales o exclusivos a un escenario de competencia y la filosofía de la liberalización» en *REDETT* n.º 2, sept. 1998, pp. 11 y ss.

respuesta a los nuevos retos no dependa ya de cada Estado de una forma aislada, sino del papel que piensan adoptar en una economía globalizada. Si un Estado pretende que sus empresarios o sus empresas públicas compitan en un escenario global y mundial lo habrá de hacer con pautas de liberalización, puesto que son éstas las que en el momento actual se adaptan a ese escenario. En el mundo globalizado en el que estamos, las economías de escala y de alcance que permiten ahorros de costos importantes no se logran ya en un escenario nacional, sino más bien en escenarios mundiales. Ello hace inevitable la puesta a punto para concurrir en tales escenarios y hacerlo en las mismas condiciones en que lo hacen otros países.

Es sintomático que la Comisión Europea en materia de telecomunicaciones esgrimiese en su Libro Verde de 30 de junio de 1987 como primer motivo para acometer la liberalización que ningún país de la Comunidad representaba en el contexto mundial más del 6% del mercado de las telecomunicaciones, en tanto que los Estados Unidos representaban el 35 % y Japón casi el 25%. Juntos, sin embargo, afirma la Comisión, los países de la Unión supondrían más del 20 % del mercado mundial

Examinadas, pues, las causas de la liberalización se hace necesario abordar por otra parte la forma en que ésta se ha manifestado en el ámbito español y de la Comunidad Europea. No puede dejar de mencionarse en ese sentido que ha sido el impulso de la Comisión Europea presidida por Jacques Delors el que, a mediados de los años ochenta —en todos los sectores en que tradicionalmente se habían establecido los servicios públicos reservados a los Estados—, ha llevado adelante el proceso de liberalización. En ese impulso la Comisión actuó inicialmente en solitario. Incluso lo hizo en contra de la voluntad del Consejo, siendo además numerosas las directivas comunitarias de liberalización en distintos sectores de la vida económica que han sido impugnadas por países importantes de la Comunidad.

Eso pone de manifiesto que sólo la decidida posición de la Comisión presidida por Jacques Delors y el apoyo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han hecho posible seguir adelante con el proceso de liberalización que el cambio de las circunstancias tecnológicas hacía inevitable<sup>11</sup>.

Ahora bien, esa resistencia inicial de algunos Estados ha condicionado el instrumento elegido para llevar adelante la liberalización. Una herramienta importante ha sido el uso de la potestad legislativa que el artículo 90.3 del Tratado CE reconoce a la Comisión para, mediante Directivas, di-

<sup>11</sup> Apoyo manifestado, entre otras, en las Sentencias de 19 de marzo de 1991 (*Republica Francesa contra Comisión* en el asunto 202/88); 23 de abril de 1991 (*Klaus Höfner contra Macrotron GmbH* asunto C-41/90); 18 de junio de 1991 (*ERT contra DEP* asunto C-260/89); 10 de diciembre de 1991 (*Merci convenzionale Porto di Genova contra Gabrielli* asunto C-179/90); 25 de julio de 1991 (*Comisión contra Países Bajos* asunto C-353/89); de 25 julio de 1991 (*Gouda contra Commissariaat voor de Media* asunto C-288/89) 13 de diciembre de 1991 (*Regie des Telegraphes et des Telephones contra GB-Inno* asunto C-18/88) y 17 de noviembre de 1992 (*Reino de España contra la Comisión* asuntos C-271/90, C-281/90 y C-289/90).

rigir a los Estados «directivas o decisiones apropiadas» para observar lo previsto en dicho artículo. Ese artículo 90.3 permitió a la Comisión supervisar el uso que los Estados hacían de los monopolios de servicios, justificados hasta los primeros noventa con el argumento de la existencia de «misiones públicas» que se habrían confiado a tales servicios. El cambio de las circunstancias económicas y tecnológicas antes descrito propiciaba, probablemente, y justificaba un cambio de interpretación sobre la existencia o inexistencia de razones justificadoras de los monopolios <sup>12</sup>.

La cuestión, sin embargo, radicaba en saber hasta qué punto el cambio de apreciación respondía a una pura cuestión jurídica que pudiese permitir que la Comisión utilizase las excepcionales facultades legislativas del artículo 90.3. En efecto, se trata de un artículo en el que se reconoce, excepcionalmente, a la Comisión competencias legislativas plenas que no necesitan para nada del Consejo o del Parlamento europeo. Al contrario de lo que es lo normal en el ámbito comunitario, ese artículo 90.3 reconocía unas facultades excepcionales que sólo podían justificarse por el hecho de que en el ejercicio de las mismas no se reconocía a la Comisión ningún margen para implantar políticas nuevas o alterar las existentes, sino que debía limitarse a garantizar el cumplimiento de las previsiones contenidas en los Tratados fundacionales.

Esa cobertura de la actuación de la Comisión por el artículo 90.3 es la que ha determinado una cierta juridificación —pues no se trataría de una decisión política sino de la pura aplicación de una norma— de una decisión liberalizadora que, por lo demás, puede ser plenamente compartida, pero que se ha presentado inicialmente como la única solución jurídicamente posible a la organización de la vida económica de la comunidad y no como una opción política adoptada por la Comunidad <sup>13</sup>.

La utilización del artículo 90.3 fue la palanca para romper la resistencia de los Estados a adaptarse a las nuevas circunstancias derivadas de los cambios tecnológicos y de la convergencia de las nuevas tecnologías con la informática. Una vez abierta, sin embargo, la primera brecha con las Directivas de la Comisión ex artículo 90.3, el Consejo ha impulsado decididamente las políticas de liberalización que no serían ya, así, el resultado simple de una

---

<sup>12</sup> Debe recordarse que el artículo citado establece:

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

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

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

<sup>13</sup> *Vid.*, sobre ello, mi libro *Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, CEC, 1994.

interpretación jurídica de lo que se entiende que estaba previsto en los Tratados, sino de una legítima opción política adoptada por quien en la Comunidad tiene capacidad para hacerlo.

El origen del proceso de liberalización y las causas y justificaciones de la misma resultan de interés para abordar con fundamento la cuestión relativa a la compatibilidad del proceso de liberalización con nuestro texto constitucional.

#### IV. LIBERALIZACIÓN Y CONSTITUCIÓN

Planteábamos al principio de este artículo la cuestión de en qué medida el mandato a los poderes públicos contenido en el artículo 9.2 de la Constitución es compatible con la existencia de una liberalización económica que parece entregar a la dinámica del mercado la solución de los problemas que quiere resolver el citado precepto constitucional. Al servicio de los objetivos que pretende el artículo 9.2<sup>14</sup> de la Constitución ésta pone los instrumentos del Título VII y, sin duda, el artículo 128 con la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. Este precepto deja al criterio del legislador —eso sí, se trata de una materia reservada a la ley— la determinación de si es necesario o no la reserva de recursos o servicios esenciales. Esta capacidad del legislador de concretar el grado y forma de intervención de los poderes públicos en el mercado ha llevado a afirmar que el modelo económico de la Constitución no estaría predeterminado. En nuestro texto constitucional son posibles, por tanto, distintos modelos; un modelo de fuerte intervención pública con reserva de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y un modelo de liberalización, puesto que la reserva no está en ningún caso impuesta.

Ciertamente, muchos de los servicios que antes se denominaban servicios públicos —transporte aéreo, marítimo, energía eléctrica, agua electricidad, etc.— son servicios esenciales para la Comunidad. Es, sin embargo, más dudoso que pueda hoy día decirse que son supuestos de monopolio natural en la medida en que, al menos desde el punto de vista técnico, las barreras que existían para la existencia de competencia han desaparecido. Otra cosa es, ciertamente, si las barreras de carácter económico subsisten; o si en estos sectores la tendencia a la concentración hace difícil pensar en una competencia perfecta que pudiese justificar un completo desinterés del Estado acerca de estas actividades.

<sup>14</sup> Sobre el origen de esas cláusulas en la Ley Fundamental de Bonn, puede verse Wolfgang ABENDROTH, «El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político» en *El Estado social*, CEC, 1986, Madrid, pp. 9 y ss. y las posiciones discrepantes de otros profesores de Derecho público como Ernst FORTSTHOFF, «Concepto y esencia del Estado social» en *El Estado social*, cit., pp. 69 y ss., o también Karl DOERING, «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático», en la misma obra, pp. 107 y ss.

De acuerdo con nuestra Constitución es lícito el modelo de servicio público y es lícito el modelo de liberalización. Pero aquí lo que en realidad está en juego no es si son lícitos esos modelos, sino más bien si el modelo de servicio público ha dejado de ser una de las alternativas por las que se puede optar desde el pluralismo y está, por el contrario, proscrito en los momentos actuales por la forma en que la Constitución puede ser interpretada a la luz de los Tratados de las Comunidades Europeas. Desde luego, no parece que desde la Constitución misma pueda sostenerse la afirmación de que el modelo de servicio público esté proscrito o muy limitado. Al contrario, en realidad la única exigencia que se contiene en el artículo 128.2 de la Constitución para hacer la reserva a favor del Estado, e impedir la presencia de los particulares en la actividad reservada, es la de que se trate de servicios o recursos esenciales. El hecho de que en caso de monopolio esté especialmente justificada la reserva del sector público no quita el que pueda darse, constitucionalmente, la reserva en otros supuestos. Conviene subrayarlo así, porque podría alegarse que las condiciones de monopolio que antes existían hoy día han desaparecido y que ello supondría automáticamente la imposibilidad de reservar al Estado servicios o recursos esenciales. Los cambios tecnológicos pueden haber modificado la necesidad de monopolio, pero ello no supone que esos servicios que se desempeñaban por un solo operador hayan perdido su carácter de servicio esencial.

En todo caso, sea como fuere, lo cierto es que desde el punto de vista constitucional el supuesto de monopolio, como condición para la reserva, no es sino uno de los supuestos, eso sí, especialmente cualificado, para hacer la reserva, pero que no excluye la posibilidad de reserva en otros supuestos o por otras razones que deberán estar justificadas<sup>15</sup>. Habría que concluir, por tanto, que el modelo de servicio público no está proscrito por nuestra Constitución. Y, sin embargo, es cierto que la política de la Comunidad Económica Europea y la jurisprudencia comunitaria han llevado a entender que la utilización de las facultades de los Estados para producir esa reserva incurren en una cierta presunción de contradicción con los Tratados, a menos que se demuestre claramente que la reserva es la mejor forma posible de garantizar determinados fines que configuran lo que se entiende por la misión pública confiada a un servicio público en palabras del artículo 90.2 del Tratado CE<sup>16</sup>.

De lo dicho se podía deducir que desde la adhesión de España a las Comunidades Europeas nuestro país ha aceptado un modelo que limita y corrige las previsiones del artículo 128 de la Constitución. La cuestión no es,

---

<sup>15</sup> Sobre el tema en general, puede verse Óscar DE JUAN ASENJO, *La Constitución económica española*, CEC, Madrid 1984, pp. 193 y ss. También ROVERSI MONACO, «L'attività economica pubblica» en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Dir. Francesco Galgano, vol. I, CEDAM-PADOVA 1977, pp. 385 a 482.

<sup>16</sup> Vid. Anne WACHSMANN, «Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau», *RTDE* 1994, pp. 40 y ss.

sin embargo, exactamente así. En efecto, la primera interpretación comunitaria del artículo 90 del Tratado legitimaba los monopolios tradicionales de los Estados y sólo mucho después, a partir de los años noventa, dio un soporte a una interpretación del artículo 90.2 que dejaba en manos de la Comisión la iniciativa para determinar si era lícito o no el ejercicio por los Estados de sus facultades de reserva de recursos o servicios esenciales. Estaríamos así, no en un caso de modificación de las previsiones constitucionales derivadas de la aceptación del Tratado de adhesión, sino de una modificación sobrevenida —de una mutación constitucional<sup>17</sup>— que haría ilícito en nuestro país lo que constitucionalmente es lícito al amparo del artículo 128.2 del texto constitucional. No obstante, ese problema puede resultar hoy día más virtual que real en la medida en que ya no se trata de oponerse a que la Comisión imponga como jurídicamente ineludible y necesaria la opción liberalizadora, pues el Consejo ha apoyado e impulsado con posterioridad las políticas liberalizadoras inicialmente emprendidas por la Comisión apelando a obligaciones jurídicas. Podemos así concluir que, en definitiva, la transferencia de poderes que el artículo 93 de la Constitución prevé para atribuirlos a las instancias comunitarias ha determinado que éstas hayan optado por una de las posibilidades que nuestra Constitución abre como es el de la liberalización de los servicios.

No se trataría, por tanto, de que el sentido de la Constitución haya variado y que haya que entender prohibido hoy lo que ayer estaba amparado en el artículo 128, sino, más bien, de que los poderes comunitarios han ejercido las competencias que se derivan de los tratados y que el artículo 93 de la Constitución autorizaba a atribuir a tales poderes comunitarios. Éstos han decidido, pues, cuál es el modelo económico y con ello no han hecho sino ejercer las atribuciones que, de acuerdo con nuestra Constitución, estaban habilitados los poderes públicos a poner en práctica.

La cuestión puede verse sin embargo desde otra perspectiva diferente a la de si las previsiones de nuestra Constitución han quedado sin efecto a consecuencia de un cambio de interpretación de los Tratados fundacionales. Desde la perspectiva contraria, la cuestión ahora consistiría en saber si la opción liberalizadora propiciada por la Comunidad Europea, si la opción por el mercado, es compatible con el artículo 9.2 de nuestra Constitución, o si, por el contrario, debe entenderse que no es posible apostar por el mercado y simultáneamente garantizar la libertad y la igualdad o el acceso y participación de los ciudadanos a la vida económica, cultural y social.

En esta perspectiva, sin embargo, debe adelantarse que si el modelo de competencia entre particulares, con supresión de deberes públicos de prestación, produce beneficios en precios, en calidad de los productos suminis-

---

<sup>17</sup> En esos términos se expresa Santiago MUÑOZ MACHADO, en su libro *La Unión Europea y las mutaciones de Estado*, Alianza Universidad 1994, pp. 54 y ss., para analizar algunos fenómenos derivados de la adhesión.

trados o de los servicios prestados o en la diversidad o variedad de prestaciones podremos cocluir que el mercado es un instrumento mejor para garantizar que los servicios esenciales se presten en las mejores condiciones. El mercado sería susceptible de cumplir con la obligación que la Constitución impone a lo poderes públicos en su artículo 9.2.

Pero esa visión del problema —esa creencia en las ventajas del mercado— señala sus propios límites y pone de relieve, sobre todo, la instrumentalización del mercado por los poderes públicos. Éstos lo utilizan, lo consagran, en la medida en que piensan que sirve para satisfacer los deberes y necesidades públicas que ellos están obligados a garantizar. No se trata de que los poderes públicos renuncien a garantizar determinados objetivos, sino de que se cree que el mercado puede satisfacerlos; pero entonces la garantía de satisfacción directa por los poderes públicos se transforma en vigilancia por éstos para que el mercado satisfaga los mismos objetivos o se transforma en la imposición de deberes a los operadores o competidores para que aseguren objetivos de interés general. Los objetivos no desaparecen, sino que la forma de alcanzarlos es diferente. Los poderes públicos siguen comprometidos en la garantía de tales objetivos, pero lo hacen vigilando o imponiendo obligaciones a los empresarios que actúan en los distintos sectores de la actividad económica <sup>18</sup>.

A tal efecto, los poderes públicos adoptarán como árbitros de esa competencia las medidas necesarias para lograrlo. Ello significa que si el mercado no fuese capaz de atender las necesidades de las que son garantes los poderes públicos, podrían éstos retomar los instrumentos que, para garantizar sus obligaciones ex artículo 9 de la Constitución, se prevén en el artículo 128.

No hay pues ningún obstáculo a que, en la perspectiva de las obligaciones del Estado social y democrático de Derecho, los poderes públicos propicien un sistema de liberalización en el que se reserva al Estado el papel de garante y tutelador de que se den auténticas condiciones de mercado entendiendo que tal papel es suficiente para garantizar que, en efecto, se cumplan las obligaciones del artículo 9 de la Constitución. Y si no diese tal sistema los frutos adecuados, las obligaciones subsistentes del artículo 9 habilitarían a los poderes públicos para utilizar el instrumental que tenga a su servicio.

## V. PROBLEMAS ACTUALES DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN

Estas reflexiones, realizadas desde un punto de vista fundamentalmente constitucional, no pueden hacer olvidar que el modelo de liberalización

---

<sup>18</sup> *Vd.* el prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y del autor al libro *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas 1999.

diseñado por la Comunidad Económica Europea no consiste, sin más, en arriar la bandera del servicio público, en su rendición con todos sus objetivos o en el abandono o devolución al mercado y a la competencia de determinadas actividades que antes eran servicios públicos porque se entendía que satisfacían necesidades de interés general. En absoluto; junto a la apelación al mercado hecha por la Comunidad, ésta se ha preocupado de definir lo que se ha llamado servicio universal que no es sino el trasplante a un escenario de competencia de los objetivos que perseguía el servicio público y que ahora de una forma u otra —de forma espontánea o con intervenciones— se trata de que satisfaga el mercado. Junto a ello la Comunidad trata también de preservar que haya auténtica competencia, trata, por tanto, de evitar que al monopolio de los Estados le sustituya sin más el monopolio de los particulares. La filosofía de la liberalización descansa fundamentalmente sobre dos pivotes<sup>19</sup>. De una parte, garantizar el servicio universal, que es la expresión de los objetivos de solidaridad antes presentes en el servicio público; de otra, garantizar condiciones de auténtica competencia.

### 1. *El servicio universal*

Las Directivas comunitarias que liberalizan los distintos servicios tratan de la capital cuestión del servicio universal. El servicio universal trata de garantizar el acceso a todas las personas, cualquiera que sea el lugar territorial en que se encuentren, a un mínimo determinado de servicios con una calidad determinada y a unos precios asequibles. Se añade a ello, también, el aseguramiento a determinados colectivos sociales de las posibilidades de acceder a ciertos servicios con independencia de su localización territorial.

En estas exigencias, brevemente descritas, del concepto de servicio universal, la Comunidad ha reasumido los objetivos de los servicios públicos. Éstos, en definitiva, respondían a los viejos principios de igualdad y continuidad, así como a la adaptación a las nuevas exigencias de la técnica. Pues bien, en la definición del servicio universal la igualdad viene garantizada por la definición del mínimo de prestaciones a las que han de tener acceso, a precios asequibles, todos los ciudadanos sea cual sea el lugar en que se encuentren y con especial referencia a determinados colectivos sociales. También en la exigencia de calidad podemos entender recogido el principio de continuidad de los servicios públicos que hacía que en estos servicios no se pensase que quedaban entregados a la pura dinámica del mercado y al deseo de los empresarios de continuar o no continuar una actividad. La actividad estaba en todo caso garantizada. Pues bien, también en el modelo de liberalización hay obligaciones de calidad y de continuidad en el servicio que tratan y atienden los mismos objetivos.

---

<sup>19</sup> Vid. la Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 1996 COM (96) 443 final.



En definitiva, ocurre que los fines que antes se pensaba que sólo a través del servicio público podían obtenerse, hoy se pueden obtener imponiendo condiciones de servicio universal y de calidad a los operadores económicos en la prestación y desarrollo de determinadas actividades que son liberalizadas y prestadas en régimen de competencia. La cuestión consiste en saber hasta qué punto la definición de cuáles son las concretas prestaciones que integran el servicio universal cubren las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho. Valga por todos un ejemplo. En el ámbito de las telecomunicaciones el servicio universal puede comprender no solamente la voz y los datos, sino la garantía de que esos datos se reciban con una velocidad de transmisión determinada. Es sabido, en efecto, que la velocidad de transmisión que garantiza el servicio universal es muy limitada y no garantiza la posibilidad de un acceso a Internet igual para todos según cual sea la parte del territorio de España en que se encuentre. Se puede dar la circunstancia de que en zonas urbanas haya empresas que presten el servicio de datos a una velocidad muy superior, en tanto que en zonas rurales con esa cobertura mínima lo que se puede estar produciendo es una perpetuación de las desigualdades territoriales. Así, en Estados Unidos hay planes especiales con respecto a las escuelas y los hospitales que tratan de garantizar que respecto a las telecomunicaciones no haya diferencias en lo que se refiere a la salud y la aplicación de las telecomunicaciones a la misma, ni en lo que se refiere a la educación por razón del lugar en el que se vive.

Otro aspecto que merece destacarse es el mayor o menor énfasis que se ponga en la necesidad de adaptarse al cambio de circunstancias económicas. Es posible que el contenido del servicio universal en un momento determinado no sea el adecuado cuando varíen las circunstancias económicas o tecnológicas. Por ello las directivas comunitarias, y así lo ha recogido también la Ley General de Telecomunicaciones española, prevén la idea de la adaptación del contenido del servicio universal en función de las circunstancias económicas o tecnológicas. Pero es significativo cómo la Ley española recoge la posibilidad de ampliar el contenido de los servicios comprendidos dentro del servicio universal con la expresión de que el Gobierno «podrá» cambiar el contenido de las prestaciones del servicio universal. El «podrá» constituye una mera habilitación al Gobierno, pero no una directriz que, aun dejándole un margen de discrecionalidad, le oriente acerca de la decisión que debe tomar. En ese sentido, la Ley de Telecomunicaciones de los Estados Unidos de 1996, país «liberal» por excelencia, ha empleado una fórmula más vinculante al expresar que el Gobierno «deberá» cambiar el contenido de las prestaciones del servicio universal cuando las circunstancias económicas o tecnológicas lo aconsejen.

Resulta, pues, que es en torno al alcance y precisión del contenido del servicio universal donde puede establecerse un debate esencial acerca de cuál debe ser el contenido de dicho servicio universal en un Estado social

que debe remover los obstáculos que impiden la igualdad<sup>20</sup>. Esta fórmula del servicio universal ha sido heredera de los objetivos del servicio público. Los objetivos, o buena parte de ellos, que aquél quería conseguir, se pueden obtener a través de la técnica del servicio universal. Ocurre que, con esta nueva fórmula y con la puesta en cuestión de los monopolios nacionales, ha podido quedar desdibujada la voluntad de la Comisión en torno al mantenimiento de principios y objetivos que vinculaban con un modelo de Estado de bienestar que era el propio de los países de la Unión Europea. No debe por tanto extrañar la manifestación de descontento que con motivo de la preparación del Tratado de Maastricht se puso de manifiesto por parte de las distintas instancias que participaron en el proceso. Había una queja en torno a una cierta pérdida de identidad de los valores propios de la Unión. Es curioso que uno de los remedios frente al distanciamiento que, según muchos, se había producido respecto de los intereses ciudadanos, consista en la recuperación de los viejos servicios públicos<sup>21</sup>.

Una parte de los organismos europeos, al menos de los parlamentarios, estimaban que el distanciamiento de los servicios públicos no había quedado suficientemente compensado con las nuevas técnicas puestas en pie y reclaman la introducción en el Tratado de un artículo que hiciese referencia a los servicios públicos. La Comisión terció en la discusión con una comunicación de 16 de septiembre de 1996 enormemente significativa, puesto que pretendía salir al paso de los reproches recordando que los llamados «servicios de interés económico general» responden, en definitiva, a la filosofía de los Estados de bienestar de la Comunidad Europea.

La Comisión, pese a todo, manifestaba una cierta reticencia a la incorporación de un precepto de ese tenor al Tratado, aunque tampoco se oponía a que el mismo figurase en una futura reforma del Tratado en Amsterdam.

Finalmente, ha figurado, como es conocido, un artículo 7 D), algo enigmático puesto que parece una proclamación vacía de contenido práctico.

<sup>20</sup> A ese debate responde la introducción de un nuevo artículo en el Tratado de Amsterdam. Sobre ello puede verse mi artículo «Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Amsterdam», *Aranzadi* junio 1998.

<sup>21</sup> A ese respecto debe recordarse la propuesta del grupo de reflexión (Messina 2 de junio 1995-Bruselas 5 diciembre de 1995). En efecto, en dicho informe y bajo el número I se contiene una primera afirmación:

«La Unión no es ni quiere ser un superEstado. Pero es mucho más que un mercado. Es un proyecto cívico original que se basa en una *comunidad de valores*. Deberíamos reforzar estos valores, que todos los candidatos a la adhesión desean también compartir».

A la hora de señalar cuáles son esos valores el grupo de reflexión va a señalar algunos, así como el grado de consenso de los miembros del grupo de reflexión al respecto. Pues bien, en esa primera referencia a cuáles son los valores europeos a fomentar y reconocer, puede leerse:

«Además, algunos recomendamos que la conferencia examine la mejor manera de reconocer en el Tratado la *importancia del acceso a los servicios públicos de interés general*».

Creemos que Europa comparte también unos valores sociales sobre los que hemos cimentado nuestra convivencia de paz y progreso. Muchos de nosotros creemos necesario que el protocolo social pase a formar parte del Derecho común de la Unión».

Sin embargo, es el reflejo de una determinada sensibilidad en Europa. La idea de que el Estado de bienestar impide que los poderes públicos se desentiendan de principios de igualdad y de libertad real y efectiva forma parte de la tradición propia de la Unión y debe ser reivindicada nada menos que como un valor propio de la Comunidad europea. Al margen de la mayor o menor fortuna en la redacción del artículo 7 D —actual artículo 16—, lo que en todo caso trasluce es la fuerte impronta constitucional y teórica que el tema del Estado de bienestar tiene. A reafirmar esa impronta ha venido el proyecto de «Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea», al incorporar como tal derecho, en su artículo 34, el acceso a los servicios de interés general.

La fórmula de los servicios de interés general puede ser satisfactoria en un contexto en el que las condiciones tecnológicas y económicas han cambiado sustancialmente<sup>22</sup>. Convendrá no perder de vista, sin embargo, que la definición del contenido del servicio universal, que forma parte inseparable del concepto de los servicios de interés general, es algo abierto, susceptible de ser precisado en función de las distintas circunstancias sociales, económicas y políticas.

En definitiva, el concepto de servicio público ha sido sustituido por el de liberalización. Pero ésta no se entiende cabalmente si no se cae en la cuenta de que el sustituto de los servicios públicos no es, sin más, el mercado. El que los servicios públicos ahora se denominen servicios de interés general no cambia su finalidad fundamental. Ciertamente se trata de servicios que se prestan en régimen de competencia. Pero son también servicios que, si se dan determinadas circunstancias, podrían prestarse en régimen de monopolio. Ocurre que será mucho más difícil hoy día que existan tales circunstancias que justifiquen el monopolio. No obstante, la preferencia por la prestación en competencia no oculta el hecho de que se trata de actividades diferenciadas de las que normalmente están entregadas al tráfico privado dado su carácter esencial y de ahí el nombre servicios de interés económico general con el que se definen en el artículo 86.1 del Tratado. Son actividades que se prestan en régimen de libre competencia. Pero son también actividades que si las circunstancias lo exigen pueden ser objeto de determinadas restricciones. Son actividades que se prestan en régimen de competencia pero que están sujetas al cumplimiento de obligaciones de servicio universal.

Todo ello traduce que la liberalización no es, sin más, una pura apelación al mercado. Es desde luego una llamada a la iniciativa particular y a la competencia para que satisfaga primariamente la necesidad de bienes y servicios de los particulares. Pero es también una imposición a esa iniciativa privada de determinadas obligaciones de calidad, continuidad e incluso de solidari-

---

<sup>22</sup> Sobre el concepto de servicios de interés general puede verse el prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y del autor al libro *Comentarios a la Ley General...*, cit.

dad —expresada en el servicio universal— que pone de relieve que la liberalización no se vuelve de espaldas a las exigencias del Estado de bienestar.

## 2. *La garantía de la competencia*

No puede perderse de vista que la Comunidad Europea y los Estados que la integran han hecho una apuesta por la competencia. Han elegido la libre iniciativa particular en el elemento fundamental de la actividad económica e incluso en aquellos sectores que tradicionalmente estaban reservados a la actividad estatal con técnicas de servicio público. Eso implica también una transformación radical y obliga a una adaptación del Estado a unas nuevas funciones en las que la regulación trata, en primer término y fundamentalmente, de garantizar la existencia de una auténtica competencia y, en segundo lugar y también, de garantizar que ese mercado y esa competencia puedan atender también obligaciones de servicio universal que de modo natural y entregado a la dinámica del legítimo ánimo de lucro no serían sin embargo capaces de satisfacer.

Ahora bien, la competencia no es algo que los Estados tengan que limitarse a esperar o a hacer rogativas para que se dé. La competencia —*leitmotiv* de toda la liberalización— tiene tanta importancia que su aparición efectiva y su mantenimiento no puede quedar confiado en exclusiva a la espontaneidad del mercado. Si al final de la historia la competencia no se da o está falseada, no habría valido la pena todo el proceso.

La cuestión consiste en que en casi todos los sectores liberalizados se observan fenómenos de concentración y de prácticas competitivas, que exigirán a los Estados estar muy vigilantes y muy activos para que la operación no sea un fracaso.

La competencia real y efectiva no es, así, un producto silvestre y natural, sino que ha de formar parte de una «cultura» de los poderes públicos, con independencia de que haya de surgir, primariamente, de la sociedad.