

¿Del servicio público a los mercados de interés general?

Santiago González-Varas Ibáñez
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de León

«Será un mal servicio comunal, es posible que esté desorganizado. Pero da ganancias, pertenecen al pueblo. Y aunque no fuera así, los servicios públicos deben ser administrados por la comuna, socializados» (Juan Carlos ONETTI, *Juntacadáveres*).

SUMARIO: I. ¿RÉQUIEM POR EL SERVICIO PÚBLICO? LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL.—II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO PRIVADO HECHO REALIDAD.

I. ¿RÉQUIEM POR EL SERVICIO PÚBLICO? LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL

Una cuestión que quiere plantearse es si necesitamos una nueva expresión o categoría jurídica para designar conjuntamente sectores económicos tales como el gasista, eléctrico, petrolero, los transportes, los postales o las telecomunicaciones.

Tradicionalmente, todos ellos han podido caracterizarse más o menos como servicios públicos (como servicios públicos de carácter económico). En su momento esta denominación fue adecuada y explicó de forma suficiente el régimen jurídico aplicable: asunción de la actividad por el sector público (mediante su *publicatio*), gestión pública directa o delegada, posibilidad del monopolio, libre organización de la actividad por el poder público, régimen de Derecho administrativo respecto de este tipo de decisiones organizativas o de su control...

Hoy esta denominación (servicios públicos) puede discutirse como denominación adecuada para definir dichos sectores económicos. Cuando menos, no está refrendada *lege data* por la nueva legislación. En este contexto, emplea aquélla la expresión «obligaciones de servicio público» para referirse a un régimen «de excepción» dentro del sistema general de mercado, esencialmente el «servicio universal» (el cual viene a corresponderse con todo aquel ámbito de prestación no rentable que se encomienda a un determinado operador). Pero, aun aquí, quiere hacerse participar a este régimen —excepcional como digo— de la lógica del mercado y de la liberalización; en este sentido, para la financiación misma del servicio universal se arbitran fórmulas económicas tales como fondos a los que van a parar las asignaciones económicas de los demás operadores, de modo que el propio mercado asume su prestación. Los ejemplos de las telecomunicaciones y del sector postal son claros en este sentido ¹.

La reciente jurisprudencia se hace eco *del cambio* que dichos sectores han experimentado cuando afirma que «en la actualidad, estos sectores de telecomunicaciones no se configuran como servicios públicos, sino como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia» (STS de 2 de febrero de 2000, Ar. 319).

Así pues, esta primera opción conceptual, la de seguir definiendo dichos sectores como «servicios públicos», argumentando que simplemente se ha producido una adaptación del servicio público a un nuevo régimen de libre competencia con el cual no es incompatible, no parece una buena opción y se presentan también otras opciones terminológicas que es preciso discutir en este contexto.

Y entonces, ¿qué otras opciones conceptuales se presentan para referirnos a estas actividades?

La primera, opuesta a la anterior que acaba de comentarse, consiste en definir dichos sectores como «mercados». Pero una lectura rápida de la legislación reguladora nos descubre inmediatamente que el calificativo «mercado» es por sí solo insuficiente para caracterizar aquéllos, ante la presencia de muy numerosos y característicos intereses públicos que deben tutelarse debidamente por el poder público en la línea de su configuración tradicional como servicios públicos que en parte está subyacente. Además, estos sectores presentan ciertos rasgos típicos comunes como «rasgos» distintivos y especiales respecto de los simples «mercados». Típica es por ejemplo la posición vertebral de la red. También lo es la necesidad de una regulación pública. De ahí que estemos ante mercados «regulados». Ésta podría ser una posible denominación, añadiendo al término «mercado» aquel otro de «regulado». También podría discutirse la expresión «mercados estratégicos» considerando que, precisamente, los «demás» mercados dependen (respecto

¹ Véase S. GONZÁLEZ-VARAS, *Los mercados de interés general*, Editorial Comares, Granada 2001.

de su abastecimiento y funcionamiento mismos) de aquellos otros que son el objeto de atención del presente estudio de Derecho público.

No obstante, habría que reconocer que después de los fenómenos de liberalización y privatización, de los años precedentes, característica es hoy la presencia —en dichos sectores— de distintos agentes económicos privados que buscan el lucro empresarial en un régimen de libre mercado y libre competencia. Se tiende asimismo a una fijación de precios conforme a las reglas de libre mercado y se tiende igualmente a la asimilación de estos mercados con los demás mercados. De aquella funcionalidad pública y social de otro tiempo (propia del servicio público) hemos pasado a una funcionalidad predominantemente empresarial en régimen de competencia, sin perjuicio de las regulaciones públicas y de los condicionantes públicos. Este cambio referido en último lugar, que afecta a la estructura misma o funcionalidad del sector correspondiente, puede ser designado como privatización funcional independientemente de que haya podido manifestarse igualmente una privatización formal (es decir, privatización de su régimen jurídico *ad extra*) o una privatización material (mediante la venta de capital de las empresas públicas).

Tan característico es esto hoy en los sectores que se corresponden con los viejos servicios públicos como la marcada existencia de intereses públicos que se manifiestan *per se*, por su propia condición o esencia (necesidad de garantizar el suministro, de regular el propio funcionamiento de mercado, de atender a las características posiciones de dominio, de respetar los derechos de los consumidores o de terceros, de atender a la gestión de la red, etc.). Es preciso reiterar por tanto que no estamos ante simples mercados.

El concepto «mercados de interés general» parece una denominación posible a efectos de combinar adecuadamente tanto el carácter mercantil de base de los nuevos sectores como su singularidad pública. Por otro lado, se ajusta especialmente a la legislación al uso, considerando el empleo que frecuentemente ésta hace del término «interés general». Por ejemplo, el sector gasta se define, en la Ley de Hidrocarburos, como actividad de interés general; en la LGT se menciona igualmente la protección del interés general².

Otra opción conceptual sería la de definir dichos sectores como «servicios de interés general». A mi juicio, tanto la expresión «mercados de interés general» como ésta de «servicios de interés general» se presentan como las más acordes a la realidad jurídica del presente.

² Asimismo, el «interés general» explica numerosas intervenciones y regulaciones del poder público en estos mercados. Por ejemplo, dice la Exposición de Motivos de la LGT (3.ª): «se regulan, en el Título III, las obligaciones de servicio público, que se imponen a los explotadores de redes públicas y prestadores de servicios de telecomunicaciones disponibles para el público, *garantizando así la protección del interés general en un mercado liberalizado*». Asimismo, el artículo 18.5 de la misma LGT reconoce la posibilidad de que la Administración del Estado modifique las condiciones impuestas a los titulares de licencias individuales: «dichas modificaciones se especificarán en resolución motivada y estarán justificadas por razones de interés general».

La mencionada en último lugar no parece, no obstante, tener un carácter general, ya que es una expresión que aparece solamente en cierta legislación (por ejemplo de telecomunicaciones) sin ser la expresión empleada, ni seguramente posible, en los sectores energéticos. Incluso en dicho ámbito, de las telecomunicaciones, la legislación reguladora corrobora que éstas tienen una fuerte estructura empresarial y mercantil. Incluso, la legislación (por ejemplo la reguladora del sector gasista o eléctrico) no sólo declara «suprimido» el «servicio público» sino que también declara o proclama la «ausencia de responsabilidad pública en el sector» (vr. gr. la ley de hidrocarburos respecto del gas).

A pesar del exceso verbal de este tipo de declaraciones son éstas muestra clara de la intención de la «nueva legislación» cuyo *quid* está en afianzar un régimen empresarial privado de actuación, frente a aquel otro de los *servicios*, como mejor solución para el funcionamiento efectivo de este tipo de actividades. Se pretende un «mercado competitivo» según la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico. Los nuevos «temas», la interconexión, la portabilidad, la selección, la preselección, la competencia entre operadores, no son sino formas de hacer arraigar la realidad empresarial y de mercado.

Otras posibles expresiones, en este contexto, serían las de «servicios esenciales» (que proclama el artículo 128 de la Constitución) o «servicios económicos de interés general» (que por su parte se recoge en el artículo 86.2, antiguo artículo 90.2 del TCE).

Pero la primera, servicios «esenciales», no es la expresión al uso en la legislación vigente reguladora de los sectores liberalizados. Es claro que tampoco se adecúa bien a la realidad de los nuevos sectores.

La segunda («servicios económicos de interés general») cuenta con una serie de presupuestos que no son los presupuestos típicos de los sectores a los que nos estamos refiriendo. Los «servicios económicos de interés general» requieren por ejemplo un acto de delegación por parte del poder público en favor de una entidad delegada (*chargé, betraut*). Y no vemos que empresas tales como Airtel, Iberdrola, etc., sean «delegadas» en este sentido.

No obstante, el concepto servicios económicos de «interés general» pone de manifiesto el acento que actualmente se pone sobre la expresión «interés general».

En todo caso, lo más razonable parece ser o bien partir del término «mercado» para añadirle alguna connotación jurídico-pública (conforme a los intereses públicos presentes en aquéllos y su propia especificidad como mercados) o bien partir del concepto «servicio» para flexibilizarlo añadiendo algún término de connotación mercantil. No es un término o concepto de «connotación mercantil» el de «interés general», de algún modo reiterativo del propio concepto *servicio* conforme a lo que viene éste significando en el ámbito jurídico-público.

Otra última «opción» terminológica que puede debatirse sería la de emplear el término «sectores». Tiene ésta la ventaja de evitar el debate acerca de la naturaleza jurídica de estas actividades, como servicios o como mercados, para proponer una expresión neutral, pacífica o aséptica. Cierta legislación habla, en este sentido, de «sector» (éste es el título por ejemplo de la Ley

54/1997, del Sector postal). Estaríamos entonces ante «sectores regulados», o bien ante «sectores de interés general», o bien «sectores estratégicos», o bien «sectores liberalizados».

Pero, por eso, el inconveniente que presenta esta opción es que no aporta o indica nada esencial acerca de la naturaleza jurídica de las actividades que se corresponden con los viejos servicios públicos. Por tanto, al carecer de contenido no soluciona esta denominación el problema de ajustar ésta a la realidad jurídica existente. El término «sector» será un término posible, de apoyo, descriptivo, cuando uno se refiere a los actuales mercados. En suma, estaríamos ante una opción terminológica pero no conceptual y por tanto insuficiente.

Finalmente, podría argüirse que no es necesaria una denominación. Esta opción presupondría, erróneamente, que después de la privatización y de la liberalización que han experimentado los servicios públicos estos sectores han perdido toda singularidad frente a los demás mercados. Pero no es así, como ya nos consta, ya que todos ellos presentan ciertos rasgos comunes tales como su característica vinculación a la red, la marcada presencia de intereses públicos, etc. Más bien, conviene tener a disposición un concepto jurídico. Un concepto jurídico como el de «mercados o servicios de interés general» que sirva para seguir encajando dichos sectores principalmente dentro del Derecho administrativo sin ignorar la presencia del Derecho privado. Estamos ante ámbitos público-privados donde la presencia del Derecho administrativo es una constante.

Todas las afirmaciones anteriores no obstan para que, si vuelven algún día los presupuestos del servicio público (reemplazando los actuales de mercado y liberalización), se retorne a la denominación de servicio público.

Por otra parte, nada impide hablar de servicio público cuando en un determinado sector concurren los presupuestos de aquél, como ocurre por ejemplo en el ámbito local (artículo 86 de la LBRL) o en el propio ámbito estatal respecto de ciertas actividades del transporte terrestre por carretera. También podrá y deberá hablarse de «servicios económicos de interés general» cuando concurren los presupuestos del artículo 86.2 del TCE en el caso concreto.

La decisión en favor de una de las opciones conceptuales que acaban de mencionarse, entre otras posibles, habrá de hacerse, primero, después de hacer un breve recorrido por el articulado y por las exposiciones de motivos de las leyes reguladoras. Segundo, habrá que indagar la naturaleza jurídica real de estas actividades o sectores, determinando si nos hallamos ante servicios o ante mercados.

Sin un afán de exhaustividad pueden en este sentido completarse las reflexiones precedentes con algunos apuntes sobre el particular. En la electricidad y el gas por ejemplo es fácil determinar su condición, de partida, de «mercados».

En la Ley del sector eléctrico, 54/1997, de 27 de noviembre, se habla con toda normalidad, en distintos preceptos, del «mercado de la electricidad» (artículo 10.3 por ejemplo) o en los artículos 13.2 y 33.2.1, así como en el artículo 61.11 («la evolución del mercado») o, en materia de sanciones, en el artículo 64: «la comisión de una infracción muy grave podrá llevar aparejada la consecuyente inhabilitación temporal *para operar en el mercado* por un período máximo de un año».

Éste es también el caso de la disposición transitoria sexta («costes de transición a la competencia»): «se reconoce la existencia de unos costes de transición *al régimen de mercado competitivo*».

Y por lo que se refiere al servicio público, la citada ley afirma: «se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica»³ (exposición de motivos)⁴.

No obstante, se añade seguidamente que pervive «la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional» (puede verse el artículo 2 de la citada Ley), idea en la que insiste también el reciente Libro Verde «Hacia una estrategia europea de seguridad de abastecimientos energéticos» (Comisión Europea, mayo 2001).

Por eso, reitero, no estamos ante simples mercados. Más bien, ante «mercados *de interés general*».

Las propias fases esenciales de este sector se caracterizan como tales mercados. Y los sujetos o agentes actúan en «un mercado».

Aquello ocurre primero con la «gestión económica del sistema»: la ley se basa «en las decisiones de los agentes económicos en el marco de un *mercado mayorista organizado* de energía eléctrica». Y (conforme al artículo 34.2.c) el operador del sistema utilizará «*criterios de mercado*».

Asimismo, «en la generación de energía eléctrica (...) la retribución económica de la actividad se asienta en la organización de un mercado mayorista. Se abandona el principio de retribución a través de unos costes de inversión fijados administrativamente a través de un proceso de estandarización de las diferentes tecnologías de generación eléctrica» (exposición de motivos).

Igualmente, en el artículo 3 («competencias administrativas») se habla del «mercado de producción» de electricidad. La fase esencial, de producción eléctrica, es un mercado, el «mercado de producción» basado en un sistema de ofertas (artículo 23) 5.

Significativo es, respecto de los sujetos, la denominación (en el artículo 9.1.d) de «operador del mercado», así como la de Comité de Agentes *del Mercado* (artículo 33.4).

Asimismo, los productores participan en el mercado de producción (artículo 9.3).

³ Se añade: «la explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables, respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema».

⁴ Otras veces se emplea el término «servicio» sin mayor importancia, como sinónimo de actividad (artículo 4.3.d o e, así como artículo 45.1: «calidad del servicio» o artículo 46.1 y 2).

⁵ En su apartado 1 se deja claro este carácter mercantil: «los productores de energía eléctrica efectuarán ofertas económicas de venta de energía a través del operador del mercado por cada una de las unidades de producción de las que sean titulares, cuando no se hayan acogido a sistemas de contratación bilateral que por sus características queden excluidos del sistema de ofertas».

En fin, el contexto europeo ha impuesto esta condición mercantil: «la presente Ley incorpora a nuestro ordenamiento las previsiones contenidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para *el mercado interior de electricidad*. Se trata de una directiva que permite la coexistencia de distintas formas de organización del sistema eléctrico, en las que introduce aquellas exigencias que son indispensables para garantizar la convergencia paulatina hacia *un mercado europeo de electricidad*».

Similar es el caso del gas. La Ley de Hidrocarburos 34/1998, de 7 de octubre, llega a decir que «se suprime en el sector del gas la consideración de servicio público». Por lo demás, los parámetros son muy parecidos a aquellos que acaban de ser comentados.

En otros ámbitos (me refiero ahora a las telecomunicaciones), después de descartarse expresamente, de forma reiterada, el régimen del servicio público para su definición, se afirma que «las telecomunicaciones son *servicios de interés general* que se prestan en régimen de libre competencia».

No obstante, por su naturaleza jurídica, no puede ignorarse la impronta empresarial y mercantil que se refleja en la estructura del sector basada en principios tales como los de libre acceso, interconexión, ánimo de lucro como móvil real de las distintas empresas, libre fijación de precios a la que tiende esta legislación, etc.

De hecho, la agencia reguladora pasa a denominarse, a raíz de la liberalización de las telecomunicaciones, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Pero, al mismo tiempo, esta Comisión pone de manifiesto la presencia igualmente constante de las ideas de regulación pública y de direccionismo administrativo sobre las distintas fases esenciales de este sector.

Buen exponente, tanto del nuevo régimen mercantil de base como de la impronta esencial de la idea de regulación pública, es el régimen de precios. «Regulados» son los precios de interconexión y, *transitoriamente*, los precios de los servicios finales en general, ya que se tiende a su fijación conforme a las reglas de mercado.

Por su parte, al sector postal habría que reconocerle en principio cierta singularidad. Como las telecomunicaciones, se definen los servicios postales como «servicios de interés general» (que se prestan en régimen de libre competencia). Además (al igual asimismo que con las telecomunicaciones), «sólo tendrán la consideración de servicio público o están sometidos a las obligaciones de servicio público los servicios regulados en el Título III»⁶.

No obstante, en el sector postal se manifiestan las obligaciones de servicio público de forma más significativa que en otros mercados, incluido el de las telecomunicaciones.

Esto es así porque el servicio postal universal, que es clave en este sector, se regula dentro de las «obligaciones de servicio público». Existe una re-

⁶ Artículo 1 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

serva, en favor de Correos, para la prestación de un ámbito relevante de actuación: el servicio postal universal *reservado*.

Cabe pues argumentar que existe por el momento un ámbito significativo donde sigue manifestándose el propio servicio público.

Aun así, el contexto general que se pretende es la libre competencia y la liberalización. Ésta parece ser, además, la tendencia de futuro inmediato.

Se desea abrir el sector a la libre competencia e introducir un régimen de mercado en la medida de lo posible⁷.

El contexto general, no puede obviarse este dato, es la creación de un «mercado interior de los servicios postales en la Comunidad Europea»⁸.

En realidad, el «mercado» sería todo aquel ámbito del servicio postal universal no reservado a Correos y segundo y especialmente aquellas actividades que no se incluyen en dicho servicio postal universal. Por otra parte, es claro que constituyen también un auténtico mercado los servicios rápidos postales internacionales.

Este sistema se refleja en el régimen de precios. En el sector postal, frente al régimen «administrativo» propio del servicio postal universal reservado, los precios de los servicios postales no reservados⁹ que lleve a cabo el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal y cualquier otro operador en competencia, *serán fijados libremente de acuerdo con las reglas del mercado* (artículo 31.1 de la citada Ley 24/1998, aunque en el apartado 2 se prevé la posibilidad de una fijación máxima de precios, por el Ministerio de Fomento, respecto de los servicios postales universales que preste correos).

En todo caso, se desecha el régimen tradicional de servicio público, como régimen general del sector y, más aún, el monopolio: «inicialmente, se partió en nuestro país de la existencia de un monopolio por parte del Estado, para la prestación del servicio de Correos. Esta idea fue cediendo a impulsos de la realidad».

Sin negar la impronta pública del sector, es cierto que cada vez está más arraigado su carácter empresarial mercantil, cada vez más afianzan modos de gestión conformes a formas y criterios puramente empresariales y cada vez más los precios se fijan conforme a reglas o pautas de libre mercado.

En los transportes también es necesario matizar. El servicio público puede aparecer en una determinada actividad (vr. gr. el transporte por carretera con los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso

⁷ En esta línea dice por ejemplo la Exposición de Motivos de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales: «La Ley aporta seguridad jurídica a quienes concurren en un mercado en régimen de libre competencia que, hasta ahora, carecía de una regulación sustantiva que determinase con claridad el contorno de sus derechos y obligaciones».

⁸ Dice la Exposición de Motivos de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales: «la aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 15 de diciembre de 1997, de la Directiva 97/67/CE relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, inspira la nueva regulación postal en España».

⁹ Artículo 31 de la citada ley.

general). Cuando esto sea así, no sólo «puede» emplearse la expresión «servicios públicos». Más bien, «debe» emplearse.

Lo más común es, no obstante, que también los transportes se hayan convertido —o vayan convirtiéndose— en mercados; aunque con una fuerte y decisiva regulación e impronta públicas: en el transporte por carretera podrán establecerse contingentes o regímenes tarifarios. En el aéreo y en el marítimo son típicas las «obligaciones de servicio público». En general, se manifiesta una intensa reglamentación: garantías en favor de los consumidores, evitación de precios *anti-dumping*, ayudas en favor de residentes insulares, etc.

¿Qué conclusión puede extraerse de este breve y rápido recorrido por la legislación reguladora de los sectores que tradicionalmente se configuraron como servicios públicos estatales?

Primero, es éste un tema de debate sobre el que nadie puede llegar a verdades absolutas. No obstante, habría que empezar por rendir tributo al servicio público como institución fructífera que ha contribuido esencialmente al progreso social aun cuando, actualmente, queda desbordado por una realidad social y jurídica marcada por los designios de la liberalización y de la privatización. Podría decirse que, en el fondo, aquél queda inmerso y pasa a integrarse y difuminarse en los nuevos mercados apareciendo inevitablemente su huella en algunos preceptos jurídicos de la legislación administrativa más reciente. No obstante, y pese a todas las reservas que hemos venido haciendo, cabe afirmar que la *era del servicio público ha terminado*, como institución ésta capaz de *determinar* los distintos elementos estructurales de los sectores comentados.

Por otra parte, los mercados de interés general no son por ello «simples» mercados ya que estamos ante mercados con rasgos públicos singulares o específicos donde, en esencia, existe un mercado interés general en su abastecimiento regular y calidad determinada, en la protección jurídica de terceros, en la realización de suministros, en la actuación conforme a ciertas reglas objetivas, etc. Pero sería excesivo decir que, por ello, siguen siendo servicios públicos.

En todo caso, se justifica sobradamente (y se hace más necesario que nunca) un estudio de los sectores mencionados desde el Derecho administrativo. No obstante, aunque los mercados o servicios de interés general son una parcela principalmente del Derecho administrativo lo característico pasa a ser la aplicación combinada de reglas jurídicas de distinta procedencia (Derecho administrativo, Derecho mercantil o Derecho de la competencia) conforme al carácter público-privado de dichos servicios o mercados.

El interés de un estudio conjunto de todos estos sectores no está solo en la posibilidad de alcanzar un conocimiento global de los mismos¹⁰ ya que

¹⁰ Para dicho «estudio conjunto véase la obra citada en la nota a pie de página nº 1 de este trabajo. En Alemania, recientemente, también se sigue este mismo enfoque global y de conjunto de los distintos sectores económicos en una misma obra individual, que es el estudio (por el que su autor consigue la condición de *Professor*) de J.C. PIELOW, *Strukturen öffentlicher Versorgung*, Tübingen 2001 *in toto*.

en términos más prácticos dicha visión de conjunto es acorde con la característica versatilidad de los agentes económicos para actuar en distintos escenarios. Actualmente, se asiste en efecto a un fenómeno de participación, por parte de determinados agentes económicos, en sectores o mercados diferentes a aquél en que venían tradicionalmente operando: las compañías navieras muestran su interés en convertirse en agentes ferroviarios, las eléctricas anuncian su intervención en las telecomunicaciones o en el gas, lo mismo que las petroleras, entre un sinnúmero de ejemplos. De ahí la conveniencia de que las empresas tengan una visión de conjunto de los distintos mercados.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO PRIVADO HECHO REALIDAD

Un fenómeno cada vez más característico, y consecuencia directa del que acaba de ser comentado, es la combinación y aplicación conjunta de regulaciones de Derecho público y de Derecho privado. En aquellos mercados marcados por el signo liberalizador la realidad suele ser la aplicación conjunta de distintos ordenamientos jurídicos (Derecho administrativo, mercantil, civil, de la competencia, constitucional)¹¹. Y cada vez más ámbitos jurídicos son considerados «mercados»...

Derecho público y Derecho privado pasan a ser piezas, de un mismo sistema jurídico, que se complementan. Lo importante será lograr un satisfactorio nivel de garantías jurídicas facilitando al mismo tiempo la efectividad económica del mercado. El Derecho público se aplicará allí donde la aplicación del Derecho privado manifieste algún *déficit* jurídico o viceversa. La aplicación de uno u otro ordenamiento obedece cada vez menos a criterios apriorísticos o a dogmas jurídicos y cada vez más a criterios de rentabilidad, debiéndose aplicar el Derecho público o privado en función de su mayor idoneidad para satisfacer el interés que convenga en el caso concreto.

¹¹ Sobre la imposibilidad de concebir Derecho público y Derecho privado como dos mundos jurídicos separados puede verse H.H. TRUTE, «Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichen Recht» (publicación que se recoge en el libro coordinado por W. HOFFMANN-RIEMER, SCHMIDT-ARMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden Baden 1996); en este sentido, véase también M.J. MONTORO CHINER, *Privado y público en el renacer del Gran Teatro del Liceo*, Barcelona 1997. Considera TRUTE como una característica esencial de nuestro tiempo la interconexión público-privado. Su trabajo estudia concretamente distintas reglas jurídico-públicas que impone el ordenamiento cuando la Administración o el Legislador afirman un régimen jurídico-privado. Se descubren así leyes administrativas sectoriales donde se prevén numerosos deberes (públicos), de información, de trato igualitario, de prohibición de discriminación, de observancia de reglas procedimentales, etc. Destaca en este sentido TRUTE el nuevo papel que asume el Estado en este contexto, bien estableciendo normativamente este régimen de vinculaciones, bien asumiendo la simple responsabilidad del servicio. Asimismo, F. SOSA WAGNER, «Las fronteras del sector público», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 11 (1999), pp. 63 y ss., se refiere a la «mezcla, pues mestizaje, propiedades de lo que está vivo».

En este sentido, es evidente que el Derecho público podrá ser el Derecho adecuado para satisfacer intereses tales como los de seguridad jurídica, de funcionamiento correcto de las redes e infraestructuras, de protección de terceros frente a posibles abusos de Derecho, de control *ex ante* y *ex post* de la actividad de los distintos agentes, en los sectores regulados o servicios de interés general.

Todos éstos son valores tan característicos, y necesarios para que dichos mercados funcionen, como aquellos otros de eficacia o flexibilidad de gestión. El propio mercado lleva a la necesidad del Derecho público y de definir los ámbitos de aplicación de cada uno de los ordenamientos jurídicos ¹².

¹² La evolución social y jurídica parece dar la razón a todos aquellos que apuestan por la complementariedad de los Derechos público y privado, en vez de entender la separación de ambos de forma rígida o en vez de partir de una concepción formalista según la cual la Administración sólo armoniza con el Derecho administrativo. Más bien se constatan cada vez más ámbitos de actuación donde se interrelacionan ambos derechos. La aplicación del Derecho privado, cuando menos en los mercados regulados o de interés general, sólo se entiende junto a reglas de Derecho público. No sino esto es el Derecho administrativo privado (véase mi obra homónima, Ed. Montecorvo, Madrid 1996) como Derecho administrativo que completa aquellos ámbitos en los que se aplica inicialmente el Derecho privado. Véase igualmente M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart 1962; del mismo autor *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart 1968; *Öffentliches Recht und Privates Recht in Geschichte und Gegenwart*, Festschrift für F. Rittner, München 1991.

En esta misma línea se situarán estudios como los de J.L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas», *REDA* n°97 (1998) pp. 37 y ss.: «cada vez son más las fundaciones constituidas por entidades públicas»; «en definitiva, ya son demasiadas las fundaciones privadas interferidas por normas públicas». «Junto a las anteriores (personificaciones reguladas en la LOFAGE), hay que tomar en consideración las Fundaciones constituidas por entidades públicas. No como parte de la Administración Instrumental (no son Administración), pero sí como parte de las entidades que forman parte de lo público». «La Constitución deja en manos del legislador la creación de entidades con personificación jurídico-privada. Pero «lo anterior no significa que la actividad de las fundaciones a que nos referimos quede fuera de control» y, acto seguido, se refiere el autor a los límites o medios de control: del Tribunal de Cuentas, de la Intervención General de la Administración del Estado. *Lege ferenda* se propone una regulación que someta la creación de Fundaciones a los principios de concurrencia y publicidad, así como su posible sujeción a las directivas comunitarias de contratación. Asimismo, se realiza un interesante intento de aplicar la legislación de patrimonio y la Ley 30/1992. No está de más, por otra parte, recordar los términos del artículo 6 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General: «podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas». «Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario». En consecuencia, se descarta la inconstitucionalidad de la Ley 30/1994. Esta Ley habría venido más bien a modernizar y unificar el régimen de las fundaciones, poniendo fin a la situación anterior, caótica (en esta misma línea véase A. MARTÍNEZ NIETO, «El protectorado de fundaciones», *La Ley*, 1998 4633. Puede verse, igualmente, la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias).

En este sentido, F.J. PEINE, «Grenzen der Privatisierung -verwaltungsrechtliche Aspekte», *DÖV* n° 9 (1997), considera que es admisible la realización de funciones administrativas en régimen de Derecho privado mediante la creación de sociedades mercantiles siempre que se observen ciertos límites jurídicos que se desprenden del Derecho público; igualmente S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Reflexiones sobre las privatizaciones», *RAP* n°144, 1997, aporta distintos criterios que sirven para justificar cuándo concretamente se justifica la privatización, entendida ésta no necesariamente como un fenómeno negativo. Igualmente puede verse E. MALARET GARCÍA, en VARIOS AUTORES, *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Madrid 1999. En otra órbita se mueve R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Madrid 1998. A su juicio, ha de seguir realizándose una «lucha por las formas»: «en definitiva, la forma pública de personificación de los entes instrumentales delata automáticamente su condición de Administración Pública, determinando la inmediata aplicación de todo un bloque de normas jurídico-públicas (...)» (p. 95). «El único denominador común de estos entes es su indudable calificación como Administraciones Públicas» (p. 94).

En vez de «oposición», «tensión» o «separación» entre Derecho público y Derecho privado habrá que hablar de «compatibilidad» y «complementariedad». Antes de proclamar fácilmente una huida del Derecho administrativo será preciso observar primero cómo se desarrolla, adapta y evoluciona el Derecho administrativo en todos aquellos espacios donde pueda haber irrumpido el Derecho privado, y será preciso observar en segundo lugar cómo tendrá que aplicarse el Derecho administrativo cubriendo los *déficit* jurídicos a los que llevaría una aplicación exclusiva del Derecho privado, desplazando éste cuando sea *inadecuado* para proteger los intereses jurídicos presentes en el caso concreto.

Esta «actitud» constructiva de la «complementariedad» entre ordenamientos puede llevarse, igualmente, a un plano *lege ferenda* ya que regulaciones, técnicas, planteamientos, métodos desarrollados por ejemplo en el Derecho privado podrán ser tenidos en cuenta para la reforma del Derecho público¹³.

Pasa a ser significativo que la realización de los intereses públicos, en el *nuevo* mercado, podrá ser llevada a cabo por los propios operadores privados. El ejemplo de las telecomunicaciones, entre otros muchos, es claro.

Nunca nadie (tampoco el Estado) tuvo el monopolio de lo público. Lo público se reordena a la par que evolucionan los planteamientos sociales, colocándose y recolocándose en distintos escenarios poderes públicos y agentes privados. Después de varias décadas de cargar y hasta sobrecargar el Estado con la asunción de numerosos espacios de responsabilidad se descargan más recientemente ciertos sobrepesos.

En este sentido, es igualmente significativo cómo el Derecho administrativo puede llegar a valerse de otros ordenamientos para satisfacer intereses propios, intereses públicos por tanto. Por ejemplo, al Derecho administrativo interesa que los distintos agentes de mercado respeten ciertas garantías jurídicas en favor de los consumidores o usuarios, de los competidores, o del propio funcionamiento del mercado. También le interesa que, en particular, la actuación de las entidades públicas *se ajuste a Derecho*. Y estos intereses podrán ser realizados con el auxilio por ejemplo del Derecho de la competencia. Éste pasa, en cierto modo, a integrarse de esta forma dentro del Derecho administrativo o, cuando menos, se convierte en un Derecho que auxilia al Derecho administrativo en el cumplimiento de sus intereses públicos.

¹³ Esto ocurre por ejemplo en materia de infraestructuras, donde se propone la traslación de las operaciones de *lease-back* a la construcción de aquéllas con la consecuencia de que la Administración pueda vender las infraestructuras a terceros, quienes después le alquilan dichas infraestructuras a la propia Administración; puede verse F.J. DE ÁGUEDA MARTÍN, «Nuevos avances en la financiación de infraestructuras a través del capital privado», en *Revista de obras públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, n.º3400, año 147, 2000, p. 93.

La necesidad de este enfoque se pone de manifiesto considerando que los nuevos mercados liberalizados se caracterizan en Europa por la fuerte herencia de estructuras monopolísticas y por la pervivencia de posiciones de dominio de las antiguas empresas monopolísticas. En Europa, la transición hacia el mercado liberalizado se hace a consta de controlar especialmente este tipo de agentes privados herederos de los antiguos monopolios (Telefónica en el ámbito de las telecomunicaciones, Correos en el postal, Renfe en el de ferrocarril, etc.).

El poder público asumirá distintos grados de responsabilidad en el mercado, en función de los intereses que sea necesario tutelar en el caso concreto ¹⁴. El poder público asumirá la responsabilidad última del funcionamiento efectivo del mercado; y esto puede llevar tanto a espacios vastos como a márgenes reducidos de actuación. Con ello, el Derecho administrativo pasa a tener una función de cierre, complementación o nivelación (*Auffangvorstellung*) del sistema jurídico en estos casos.

La «responsabilidad pública compartida» está implícita en fenómenos tales como los de privatización, desregulación, colaboración o *public-private partnerships* y permite explicar tanto la intromisión de los agentes privados en el cumplimiento de fines públicos como la inevitable presencia del poder público en aquellos ámbitos de actuación dejados en manos del Derecho privado.

Es claro que toda esta concepción de la complementariedad de los Derechos público y privado (o de Derecho administrativo privado como Derecho administrativo aplicable cuando rige el Derecho privado) ni impide seguir manteniendo la división o separación entre ambos, ni tampoco que existan ámbitos nítidos de aplicación propia o exclusiva, ni finalmente la necesidad de reformar el Derecho administrativo para profundizar en su aplicación cuando sea necesario ¹⁵.

¹⁴ Se están desarrollando en el Derecho administrativo alemán ciertas clasificaciones significativas partiendo de la idea de responsabilidad. Véase la contribución de G.F. SCHUPPERT, en el libro objeto de esta recensión, así como las de TRUTE en el libro de W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ARMANN (coordinadores), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, p. 197; del mismo, *DVBl.* 1996, p. 952:

– Relaciones jurídicas en las que la responsabilidad pública se refiere al resultado de la colaboración (así en el ámbito de las normas técnicas privadas).

– Relaciones jurídicas en las que los agentes privados prestan un servicio y el Estado se limita a garantizar (por ejemplo, asistencia sanitaria por privados).

– Relaciones jurídicas en las que los agentes privados actúan autónomamente pero dentro de un ámbito genérico de responsabilidad pública (por ejemplo, en el mundo científico).

– Relaciones jurídicas en las que dichos agentes privados actúan dentro de un ámbito de responsabilidad definido por el poder público (por ejemplo, el transporte). . El poder público asumirá la responsabilidad última del funcionamiento efectivo del mercado; y esto puede llevar tanto a espacios vastos como a márgenes reducidos de actuación. Con ello, el Derecho administrativo pasa a tener una función de cierre, complementación o nivelación (*Auffangvorstellung*) del sistema jurídico en estos casos.

¹⁵ En este sentido, P. UNRUH, «Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandelns», *DÖV* n°16 (1997), pp. 653 y ss.

Al mismo tiempo, es en este contexto conveniente situar al Derecho administrativo por encima de sus instituciones jurídicas concretas. Aquél no puede llegar a equipararse necesariamente con éstas. Permanecerá el Derecho administrativo, cambiarán las formas o instituciones jurídico-administrativas¹⁶. Aquél trasciende de la existencia o no, por ejemplo, de un servicio público. Con servicio público o sin él, ciertos mercados muestran un inevitable componente público que hace necesarias las reglamentaciones administrativas.

No quiere afirmar esto que el servicio público haya por ello desaparecido materialmente. En principio, su presencia es nítida en el ámbito local y en todo caso parece aquél *integrarse* dentro de un mercado donde prima la idea de liberalización, según se encarga de dejar claro la Comunicación de la Comisión Europea en «Los servicios de interés general en Europa» (Bruselas, 20 de septiembre de 2000, COM (2000) 580 final)¹⁷.

Pero ni siquiera en los tiempos de imperio del servicio público se manifestó siempre un cuadro regulador acabado de Derecho administrativo. En los más característicos servicios públicos de ámbito estatal (piénsese por ejemplo en el ferrocarril, el teléfono, el transporte aéreo o la electricidad) la regulación de Derecho privado pudo llegar a ser dominante en el plano de su gestión (por entidades como Renfe, Telefónica, Iberia, Iberduero, etc.).

Además, no deja de ser significativo que en el actual contexto privatizador y liberalizador de los servicios públicos (y de «huida del Derecho administrativo») es cuando más publicaciones se estén realizando desde el prisma del Derecho administrativo sobre sectores tradicionalmente algo descuidados en su tratamiento tales como las telecomunicaciones, los servicios postales o el transporte.

No debería tampoco olvidarse que durante las últimas décadas tan característico ha sido el posible recorte del ámbito de aplicación del Derecho público (la famosa huida) como la extensión del Derecho público a las distintas parcelas de la actuación de los particulares, allí donde en concreto ha intervenido de alguna forma la Administración pública.

Finalmente, en aras también de la flexibilidad necesaria, puede tenerse en cuenta que ni siquiera cuando se privatiza una empresa pública desaparece la presencia del poder público como corroboran los actos de control que aquél lle-

¹⁶ En este sentido, G. ARIÑO ORTIZ, en el prólogo a I. DEL GUAYO CASTIELLA, *El servicio público del gas*, Madrid 1992, p. 7, afirma que «el Derecho administrativo no es en modo alguno un sistema de esencias, sino de consecuencias. Sus conceptos y categorías tienen en muchos casos un contenido puramente consecuencial, variable de tiempo en tiempo, de sector en sector».

¹⁷ «La definición de obligaciones específicas de servicio universal —dice la citada Comunicación— es un complemento clave de la liberalización del mercado del sector de servicios tales como las telecomunicaciones en la Unión Europea» (apartado 39). La Comisión quiere dejar claro en este contexto de los servicios de interés general «que su objetivo sigue siendo reforzar la competitividad de la economía europea» (apartado 54; puede verse también el apartado 58 y el punto 3 del Anexo 1).

va a cabo, regulados por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

En conclusión, si bien hace tan solo unos pocos años el sentido de la teoría del Derecho administrativo privado estaba en desarrollar vinculaciones de Derecho público respecto de los ámbitos públicos de actuación privada¹⁸, en la actualidad el sentido de esta teoría es más bien el de constatar cómo en estos mercados regulados o de interés general se han plasmado o desarrollado numerosas reglas jurídicas de Derecho público que *completan* las de Derecho privado formando parte de un mismo bloque jurídico o legislativo que es el Derecho administrativo privado. Éste se ha convertido en realidad. Basta con una lectura rápida de la legislación de estos sectores (telecomunicaciones, energía o transporte o servicios postales) para darnos cuenta de ello.

En el sector eléctrico por ejemplo el *mixti fori de lo público y lo privado* significa que la realización conforme al Derecho privado de la actividad comercial de las empresas distribuidoras y comercializadoras en relación al suministro de electricidad lleva consigo la aplicación de ciertas reglas jurídicas vinculantes que se alejan del característico régimen jurídico privado de libertad de pactos, debiéndose cumplir ciertas garantías jurídicas de contenido materialmente público o cuando menos características de todos aquellos sistemas de servicio público (atender *en condiciones de igualdad* las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración; informar a los consumidores en la elección de la tarifa eléctrica más conveniente para ellos, etc.¹⁹; regularidad y continuidad en la prestación de las actividades necesarias para el suministro, garantizar la seguridad de las personas y de las cosas²⁰; realización de la suspensión del suministro de energía eléctrica a los consumidores sólo en presencia de las garantías jurídicas previstas en el artículo 50 de la citada Ley, etc.).

En la Ley postal 24/1998²¹ se prevé asimismo un completo régimen de «condiciones» y «obligaciones» que ha de ser cumplido por los distintos operadores. Otro ejemplo (en realidad, antes que «ejemplos» estaríamos más bien ante *una constante* de dicha legislación) lo propicia el sector de las telecomunicaciones: se pretende la autonomía de voluntad en cuanto a la celebración de los acuerdos de interconexión (artículo 22.2 de la Ley General de Telecomunicaciones) aunque acto seguido se plasman ciertos criterios que han de seguir los distintos operadores para celebrar dichos acuerdos

¹⁸ Véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, 1996 (Editorial Montecorvo, Madrid).

¹⁹ Véanse los artículos 46 a 48 de la Ley 54/1997 del sector eléctrico.

²⁰ Artículo 49 de la Ley 54/1997.

²¹ La Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

(descripción de los servicios de interconexión objeto del acuerdo, contra-prestaciones económicas, características técnicas y operativas de la interconexión incluidas las medidas relacionadas con el cumplimiento de los requisitos esenciales, condiciones del establecimiento y del desarrollo de la interconexión ²²). En fin, junto a estas regulaciones que se aplican a la actuación de los operadores privados habría que mencionar las distintas obligaciones de servicio público y los artículos donde se prevén las funciones reguladoras y de control de los poderes públicos.

²² Véase el artículo 8 del Reglamento de Interconexión y acceso 1651/1998, de 24 de julio de 1998. Con igual celo se prevén las reglas sobre el plazo para formalizar los acuerdos correspondientes (véase el artículo 2.4 del citado reglamento).