

Estado y mercado en un mundo global*

Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. ESTADO Y MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN. 1. *Los límites constitucionales de la libertad de empresa.* 2. *La intervención estatal en la actividad económica y los títulos las que la amparan y conectan con los derechos fundamentales.*— II. LA REALIDAD HISTÓRICA DE LA EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS Y LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE LAS *PUBLIC UTILITIES* EN LOS ESTADOS UNIDOS.— III. LAS RAZONES COMUNITARIAS DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN Y EL DEBATE SOBRE EL ESTADO DE BIENESTAR COMO IRRENUNCIABLE EN EL MODELO EUROPEO DE SOCIEDAD. LA NEUTRALIDAD DE LA LIBERALIZACIÓN A ESE RESPECTO. EL ESTADO REGULADOR Y SUS POTESTADES DE INTERVENCIÓN. 1. *La neutralidad de la liberación respecto al papel del Estado de bienestar.* 2. *Las características del nuevo papel regulador del Estado en relación con la discrecionalidad de la Administración y agencias independientes.*— IV. EL DEBATE SOBRE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL NO ECONÓMICO.— V. LOS PROBLEMAS DE LA LIBERALIZACIÓN EN UN MUNDO GLOBALIZADO.

I. ESTADO Y MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN

Contraponer Estado y mercado sólo tiene sentido en la perspectiva de buscar los títulos de legitimidad de cada uno en la actividad económica. Legitimidad entendida como cobertura ofrecida por la Constitución para tal actividad. En realidad pudiera parecer innecesaria una reflexión sobre la cobertura del Estado o del mercado en la Constitución de 1978. La de este último porque la actividad económica parece fundarse, por sí misma, en la libertad de empresa en una economía de mercado sin necesidad de buscar más títulos legitimadores. La del Estado porque parece que propiamente de lo que trata la Constitución es, justamente, de la organización del Estado mismo; por ello

* El presente artículo se ha realizado dentro del Proyecto BJU2002-03794 «Liberalización, competencia y cohesión social: Tres nuevos retos del Derecho Administrativo» del Programa de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología del que el autor es investigador principal.

sobraría toda reflexión que se pregunte por su cobertura en la Constitución, cuando es el objeto casi primero de ésta¹.

Si la reflexión puede cobrar sentido es en cuanto se haga de forma conjunta e inseparable con el otro término –mercado–; reflexión conjunta que nos pone sobre aviso de que no se trata de plantear por separado los títulos constitucionales que cada uno –Estado o mercado– puedan exhibir por separado, sino los que tienen que ver con la relación dinámica de ambos términos; y por tanto con el papel que al Estado o al mercado corresponden en la actividad económica de un país y la dimensión constitucional de su papel respectivo. También en relación con la cuestión de quién de entre ellos puede exhibir los títulos más poderosos o que le dotan de mayor legitimidad para intervenir en la vida económica.

No se habla aquí, por tanto, de la cobertura constitucional general, abstracta o aislada del Estado o del mercado. La reflexión no se hace desde esa posición abstracta del Estado, sino en referencia a su posición respecto de la actividad económica y muy en especial en una actividad económica en la que la norma suprema define como derecho fundamental la libertad de empresa. Desde esa perspectiva no puede olvidarse, para empezar, que en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana son el fundamento del orden político y de la paz social, por donde, en realidad, no está la persona humana al servicio del orden político, sino éste al servicio de la persona humana.

Ello pone de relieve que el mercado es una resultante del ejercicio de un derecho fundamental de libertad que se manifiesta también en el orden económico. De ahí que el Estado –y el orden político de forma más genérica– esté al servicio de los derechos y libertades del hombre y entre ellos al servicio de su libertad empresarial, sin que de ello pueda apresurarse nadie a adelantar, como se ha de ver a lo largo de este trabajo, que toda intervención estatal esté subordinada a la libre empresa y, por tanto, impedida o sometida al principio de subsidiariedad².

¹ Que «España se constituye en un Estado...» es la primera afirmación del texto constitucional en el arranque de su artículo 1.º, aunque sea para calificarlo, acto seguido, como Estado social y democrático de Derecho que propugna determinados valores, con lo que estos constituyen propiamente la referencia más importante, por más que la primera gramaticalmente y lógicamente (el propugnador de los valores es el Estado) sea al Estado.

² ARIÑO ORTIZ, Gaspar en «Principios Constitucionales de la libertad de empresa», Ed. Marcial Pons, 1995, págs. 92 y ss. es de los que sostiene la preferencia del 38 de la Constitución frente a las previsiones de su Título VII –en cuanto pueden ser contradictorias como en el caso de la reserva de recursos o servicios esenciales– sobre la base del carácter de derecho fundamental de la libertad que consagra. En cambio MARTÍN RETORTILLO, Sebastián en «Derecho Administrativo económico» *La Ley*, Madrid 1991, tomo I, págs. 154 y ss., criticó esos planteamientos motivados más bien en preferencias políticas que en bases jurídicas. La Constitución no puede ser incongruente consigo misma al suponer que la reserva de servicios del artículo 128 es contraria a la libertad de empresa; lo que procede es una interpretación sistemática que salve las eventuales incongruencias y no haga imposible la operatividad de un precepto constitucional sobre la base de la supremacía de otro, pues en tal caso no debían haberse incluido alguno de los dos preceptos. La interpretación procedente es la que salva ambos preceptos.

Lo que se trata de indagar, por tanto, es la cobertura que Estado y mercado pueden exhibir a la hora de determinar la concreta forma de desarrollarse la vida económica y las razones que pueden explicar en cada caso la preferencia por un modo de actuación u otra –del Estado o del mercado– si fueran incompatibles; o de una y otra cuando sean compatibles. En realidad la intervención del Estado en la vida económica se mueve en dos planos distintos. Uno es el plano del legislador, así como del regulador, y otro es el plano del operador-prestador de servicios. Como operador-prestador ha desarrollado su papel durante todo el siglo XX en muchos sectores importantes de la prestación de servicios o, incluso, de la provisión de bienes al mercado. Como regulador ha actuado también de alguna manera en los demás sectores, pero una vez que ha dejado de ser operador-prestador en ellos –en los tradicionales servicios públicos– la regulación ha tomado el relevo y se ha desarrollado de forma exponencial³.

Ambas formas de intervención en la economía son el objeto de nuestra atención. En realidad las mismas son como vasos comunicantes: si disminuye el papel y la intervención de los poderes públicos como operador-prestador (con monopolio o sin él), aumenta el papel como regulador.

La indagación sobre la cobertura respectiva de Estado y del mercado en el despliegue de la actividad económica, pretendería hacer balance y encontrar explicación a los vaivenes que la intervención estatal –en los dos planos señalados– ha tenido en el último siglo y, correlativamente, el espacio que esa intervención ha dejado a la iniciativa privada. Pero no se trata de una explicación cualquiera, sino de una explicación conducida desde el punto de vista del Derecho. Es decir, hasta qué punto la combinación de Estado y mercado –y el *quantum* de esa combinación– es una resultante en cada momento histórico del pluralismo político y de las preferencias del electorado o ha devenido una exigencia constitucional propiamente dicha –o derivada de una mutación constitucional– que puede llevar a decir que en la actualidad la reducción del papel del Estado⁴ en la vida económica (que algunos predicán y que parece haberse producido de forma efectiva con la liberalización producida en el ámbito de los viejos servicios públicos) es una consecuencia inevitable, consti-

³ Vid PREDIERI, Alberto. «Estado y Mercado», *RCEC*, n.º 17(1994) págs. 9 y ss.; también MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Servicio público y Mercado», 4 tomos, tomo I. Civitas 1998 pp. 129 y ss.; OJEDA MARTÍN, Alonso, «El contenido económico de las Constituciones modernas» IEF 1990; REICH, Norbert «Mercado y Derecho» Ariel Derecho 1985, págs. 32 y ss.; ROMAGNOLI, Umberto «Il sistema economico nella Costituzione» en «Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia», dir. Francesco Galgano, vol I, CEDAM-PADOVA 1977, págs. 139 y ss.; 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, págs. 385 y ss.; STOBER, Rolf. «Derecho Administrativo Económico» Ministerio Administraciones Públicas, 1992 págs. 61 y ss.; CASSESE, Sabino. «La nuova costituzione economica», Ed. Laterza 1997, págs. 3 a 5; GALGANO, Francesco. «La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali» en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. Francesco Galgano, vol. I, CEDAM-PADOVA 1977, pp. 511 y ss.; DE JUAN ASENJO, Óscar. «La Constitución económica española», CEC, Madrid 1984, págs. 193 y ss.

⁴ Reducción del papel del Estado en el plano de operador-prestador con o sin monopolio.

tucionalmente hablando, a la vista de las nuevas circunstancias. El pueblo elector nada tendría que decir, habría perdido su capacidad de opción, pues la reducción del papel del Estado se le impone como un *fatum* lo quiera o no.

Justamente por ello se hablaría de exigencia constitucional derivada de una mutación interna de la norma suprema; mutación porque no hay cambio formal de su texto –ya que el mismo seguiría permitiendo varias opciones políticas y varias formas de intervenir o no en la economía–, sino que deriva de la aplicación de ese texto a las circunstancias de un nuevo contexto histórico que pone sobre la mesa nuevos datos. Tales datos nuevos no serían otros sino la globalización y la aparición de las nuevas tecnologías⁵.

En definitiva, que no estaríamos ante un cambio explícito de Constitución, sino ante una transformación de la forma de entenderla bajo la presión de nuevas realidades como la regionalización (en sentido internacional o de grandes regiones del planeta) y globalización de la economía y las nuevas tecnologías.

Algunos piensan en ese sentido que el papel del Estado en el momento actual es el producto de la presión de una cierta moda neoliberal que explicaría que el Estado haya ido reduciendo su papel tradicional: de Estado prestador de servicios públicos desde finales del siglo XIX y primer cuarto del siglo XX, hasta la condición de Estado regulador a partir de los años ochenta del pasado siglo.

Pero, con independencia de esa suposición sobre las razones de la reducción del papel del Estado prestador, la cuestión a tratar sería si la misma –de existir como parece– es la resultante de una u otra de dos concepciones diferentes y en parte contradictorias. O bien sería el fruto del pluralismo político que permite que la libre voluntad popular vaya eligiendo –con libertad se insiste– la forma de aplicar un modelo económico en alguna medida abierto– en cuanto admite diversas concreciones (de economía libre de mercado, de economía social de mercado y finalmente un modelo de economía dirigida de mercado) como ha sido calificado por GARCÍA PELAYO⁶, por ejemplo–, o bien sería el fruto no de una voluntad libre, sino del peso inevitable de las cosas; de una especie de *fatum* que haría ilegítimo, constitucionalmente hablando, que el Estado siguiera *detentando* poderes de intervención en la vida económica que no se corresponderían con el momento actual del mundo o de Europa; es decir con una situación tal que la Constitución que parecía abierta a muchas lecturas no permitiría más que una, dadas las nuevas circunstancias o los nuevos conocimientos sobre ellas.

⁵ Vid MUÑOZ MACHADO, Santiago. «La Unión Europea y las mutaciones de Estado» Alianza Universidad 1994 págs 54 y ss.; también en «La empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad de los Tratados comunitarios en cuanto a la existencia y extensión del sector público de la Economía» en su libro «Público y privado en el mercado europeo de la Televisión», Civitas, *Cuadernos de Estudios Europeos*, págs. 101 y ss.

⁶ «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución» págs. 2.865, Obras Completas, tomo II, CEC. 1991 en donde propone distinguir 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.

En los comienzos del siglo XXI podríamos preguntarnos, entonces, si el adelgazamiento del Estado en su intervención en la vida económica⁷ —y los instrumentos que utiliza tras ese adelgazamiento— no se debe sólo a una mera opción política coyuntural, fruto de la voluntad de los electores circunscrita a un determinado periodo de tiempo, sino a algo más permanente; a algo que viene exigido por el propio funcionamiento del sistema económico y, desde ahí —desde lo que sería la inevitable naturaleza de las cosas del mundo económico— exigible también desde el sistema legal y político. Un sistema legal y político que estaría obligado a elevar el ser natural de las cosas —en este caso el funcionamiento de la economía, cuyas leyes se nos habrían hecho evidentes en cuanto a su modo de actuar— al plano del deber ser legal y político⁸.

A esa cuestión tratan de dar respuesta las páginas que siguen y debe empezar por señalarse el punto de partida de nuestro sistema que es el de un modelo de economía dirigida de mercado, por más que los instrumentos de dirección del mercado sólo se utilicen para garantizar la existencia del mercado mismo o para asegurar determinados objetivos de solidaridad social o interterritorial. En todo caso, la Constitución española de 1978 responde, desde luego, a un modelo económico en el que el papel del Estado tiene una innegable relevancia. Por más que la libertad de empresa en una economía de mercado aparezca proclamada en el artículo 38 de la norma suprema, no puede desconocerse, ni mucho menos, que las previsiones del Título VII de la Constitución sobre economía y hacienda presuponen unas potestades públicas capaces de interferir en el vida económica⁹.

Desde luego, la tensión entre la libertad de empresa, que forma parte de los derechos y libertades fundamentales, y la intervención pública en la economía no puede solucionarse con la invocación de la preeminencia de la libertad de empresa por estar situada en el título relativo a los derechos fundamentales, en tanto que la intervención pública parecería reconducirse al Título VII. Y ello no sólo por los límites que el mismo artículo 38 establece a dicha libertad, sino, además, porque la cobertura de la intervención estatal puede exhibir títulos que la conectan también con las libertades públicas y los derechos fundamentales.

⁷ Adelgazamiento en el plano de Estado operador-prestador no, desde luego, en el de Estado regulador.

⁸ Queda a salvo la voluntad «revolucionaria» en el sentido de voluntad de romper con la naturaleza de las cosas, para lograr desde otros presupuestos nuevos una solución más justa; la cuestión es si, a la postre, es posible una organización política que imponga una organización económica más eficiente que procure más felicidad a los ciudadanos, si ello se hace contra la naturaleza de las cosas. Lo que puede ser discutible es cuál sea esa naturaleza de las cosas. En un reciente artículo DE LA DEHESA, Guillermo. «Siete falacias sobre la globalización y la competitividad» *El País* 29 de diciembre de 2005 defiende con buenos argumentos los beneficios de la globalización frente a lo que llama falacias en contra de la misma; esos argumentos harían inevitable tal globalización. La cuestión es que esa posición puede ser contestada desde otras posiciones alegando que no se trata de la única interpretación posible de los fenómenos económicos o que tiene costes que ha minimizado, etc.

⁹ Vid MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Los límites constitucionales de la libertad de empresa» en *Estudios de Derecho Público Económico*, Libro Homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo págs. 143 a 145.

Antes de entrar en las cuestiones de la naturaleza de los cambios que ha experimentado el papel del Estado, lo que se hará en los apartados romanos siguientes, así como en las relativas a su fundamento jurídico y sus razones prácticas, conviene profundizar en los límites y alcance del respectivo papel del Estado y de las empresas en la actividad económica en nuestra Constitución del 1978 que es la que debe enmarcar y dar sentido a dichas intervenciones. Para ello deben examinarse primero cuáles son los límites constitucionales de la libertad de empresa (1), para, a continuación, examinar cuáles son los títulos que el Estado puede exhibir para intervenir en la vida económica (2) insertados en un Estado calificado como social y democrático de Derecho.

Después de agotar esos aspectos en este apartado I, en el II habrá de examinarse lo relativo a la realidad histórica de la evolución del servicio público en nuestro país y en Europa en paralelo con la evolución del sistema liberalizado de las *public utilities* para comprender mejor las analogías y diferencias, así como que nada es radicalmente novedoso, por más que las circunstancias de finales del siglo XX con una globalización real y efectiva —merced a un empequeñecimiento del mundo por los medios modernos de transporte, de comunicación y telecomunicación y nuevas tecnologías— hayan hecho de este mundo una auténtica aldea global.

Esta globalización es el dato cualitativo que hace diferente el momento actual por muchos precedentes que quieran encontrarse; y es también el que plantea nuevos retos y problemas que se verán en el apartado IV en relación con los servicios de interés general —económico o no—, pero antes, en el II, han de examinarse los dos modelos —europeo y americano— de desarrollo de actividades relacionadas con esos servicios de interés económico general, para a continuación en el apartado III, examinar las razones de la liberalización de los antiguos servicios públicos y las características de la nueva función que a los poderes públicos les corresponden en ese modelo liberalizado en que el Estado ha renunciado a estar en el mercado como un operador-prestador más que ofrece bienes o servicios, pero, a cambio, ha asumido nuevas funciones o tareas de regulación. Estas funciones reguladoras implican unos poderes para las Administraciones públicas hasta ahora desconocidos en nuestra cultura: la liberalización se salda así con unas potestades públicas de intervención en la economía formidables, aunque, eso sí, de un signo bien distinto a las propias del Estado prestador.

No obstante antes de tratar los temas anunciados conviene en esta introducción precisar algunos conceptos fundamentales sobre la libertad de empresa (1) y la intervención del Estado en la vida económica (2).

1. *Los límites constitucionales de la libertad de empresa*

Los preceptos que se contienen en el Título VII de la Constitución contribuyen a concretar cuál es el modelo económico de la Constitución española.

Éste no puede deducirse sólo de los preceptos que se contienen en el Título I, sino que tienen que ser el resultado de una interpretación conjunta en la que la ubicación de algunos derechos en el Título I no predetermina, sin más, la preferencia de las previsiones de los artículos contenidos en este último Título, respecto de las contenidas en el VII que habilitarían y legitimarían las intervenciones del Estado en la vida económica¹⁰.

Desde luego si la interpretación del modelo económico de nuestra Constitución hubiera de hacerse desde la perspectiva del Título VII, podría parecer más próximo al de una economía muy intervenida que a una economía de mercado –basada en la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución– con correcciones estatales.

De los distintos modelos económicos que convencionalmente puedan considerarse, la lectura del Título VII parecería inclinarse más hacia una economía dirigida de mercado en la terminología de García Pelayo¹¹, si es que no se piensa que la intervención que puede existir de acuerdo con nuestra Constitución podría ser de tal intensidad –especialmente en materia de planificación (artículo 131) y participación de los trabajadores en las empresas (artículo 129.2)– que se puede dudar con fundamento acerca de si se está dentro de lo que el autor citado sigue considerando como un sistema capitalista.

Sin embargo es lo cierto que el Título VII traza las líneas de posibles instrumentos a utilizar por los poderes públicos para conseguir determinados objetivos, pero no impone el uso de tales instrumentos. Ello significa, en definitiva, que si en el Título I la perspectiva que se adopta es más subjetiva y afinada en los derechos de las personas, en cambio en este Título VII de la Constitución se limita a abrir un abanico de posibilidades de actuación que no son necesarias, inevitables o indispensables por el hecho mismo de su reconocimiento constitucional, sino que quedan entregadas a la disposición del legislador. Éste tiene un amplio margen de decisión delimitado por un lado por su caracterización como Estado social y democrático de Derecho –con obligaciones expresas recogidas en el artículo 9 de la CE de hacer reales y efectivos los derechos y libertades del individuo y de los grupos en que se integran– y, por otro lado, por el contenido esencial de determinados derechos fundamentales como la propiedad o la libertad de empresa.

¹⁰ Vid DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. «Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea» CEC 1994, págs. 9 a 17.

¹¹ «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución» págs. 2.865, Obras Completas. Tomo II. CEC. 1991. La inclinación de García Pelayo por suponer que el elemento predominante dentro de una economía de mercado es el de una economía dirigida de mercado, no es incompatible con que hoy día se haya decantado hacia una economía liberalizada. Y no es incompatible porque los poderes de dirección que en la Constitución se reservan al Estado (planificación, reserva al sector público de servicios esenciales, etc) no son incompatibles con el hecho de que hoy se instrumenten a través de una apelación a la competencia pero con imposición de obligaciones de servicio público. Apelaciones a la competencia que no son irreversibles si el sistema no funcionara.

En suma, habría que concluir diciendo que el modelo económico que subyace a la Constitución española y que cobra sus últimos perfiles con las previsiones contenidas en el Título VII de la Constitución es, más bien, un modelo de «economía dirigida de mercado» como recordó GARCÍA PELAYO, por más que la forma de realizar esa dirección pueda consistir en la regulación para la competencia con imposición de obligaciones de servicio público a los competidores. Es decir un modelo que parte, se fundamenta y descansa en la libre iniciativa de los particulares, pero que prevé mecanismos de corrección de los defectos, insuficiencias y errores de mercado que la actuación de particulares y empresas suele provocar. Lo que ocurre es que hoy día es ya difícil saber dónde termina el mercado y empieza el Estado, por lo que algunos hablan de ósmosis entre Estado y mercado¹².

El contenido esencial de la libertad empresa, sean cuales fueren posteriormente sus límites, descansa en la circunstancia de estar proclamada como una libertad y, por tanto, de carácter general, que sólo será reconocible cuando la regla sea la existencia de la libertad de empresa. En una situación en que con carácter general y universal nadie tuviese reconocida esa libertad en todas sus manifestaciones no sería reconocible tal libertad. Las diversas manifestaciones de la misma no son otras que la libertad de entrar en el mercado, de permanecer y de salir de él¹³; también las libertades de estar en el mercado con arreglo al principio de autonomía de la voluntad¹⁴, sin restricciones en la adopción de sus decisiones ya sea en la forma o en el contenido de las mismas. Tales son algunas de las manifestaciones fundamentales de lo que se conoce como libertad de empresa.

Pero esa libertad puede tener, como se ha adelantado, algunos límites. Debe destacarse que, para empezar, lo procedente es hablar de límites y no de limitaciones o restricciones. Se trata en efecto de los límites que marcan la frontera natural de la libertad de empresa que, como cualquier derecho, no es un derecho ilimitado. En todo caso se trata de límites intrínsecos o inmanentes al propio derecho. En cuanto límites intrínsecos de la libertad de empresa debe subrayarse, para empezar, que son los que se deducen del contexto mismo del artículo 38 de la Constitución que proclama tal libertad. En efecto dicho artículo hace al Estado garante y protector del ejercicio de dicha libertad «*de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*».

¹² Vid a ese respecto PREDIERI, Alberto. «Estado y mercado», *RCEC*, n.º 17 (1994) pág. 59, donde habla de una ósmosis dirigida por el Estado.

¹³ A ese respecto puede verse ROJO, A. «Actividad económica privada en la Constitución española» *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 160, 1983

¹⁴ Autonomía de la voluntad que no queda menoscabada por quedar sometida al cumplimiento de normas de protección de los consumidores, usuarios o en protección de otros bienes y valores como el medio ambiente, la salud, la competencia, etc. Lo que restringiría la autonomía de la voluntad es que las decisiones empresariales tuviesen que ser sometidas o autorizadas por una autoridad que tuviera que evaluar su conveniencia desde el punto de vista económico, para determinar si eran útiles para los intereses generales del Estado en el plano económico.

Qué deba entenderse por exigencias de la economía general o por planificación es algo que se presta a discusión, pero en todo caso también el propio constituyente quiso dejar referencias suficientes acerca, por ejemplo, de tal planificación y singularmente de sus objetivos como son los de «*atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*». En suma que no se trata de una libertad –la de empresa– que desde su misma formulación en el artículo 38 esté exenta de límites en sentido estricto. Es decir que no se trata tanto de que la Constitución habilite al legislador de desarrollo de los derechos para imponer restricciones o limitaciones, sino que el constituyente mismo quiso poner de relieve desde el principio, desde el momento mismo de la proclamación del derecho –al remitir a las exigencias de la economía general y de la planificación– que, en realidad, de lo que se trata es de los límites o fronteras naturales de un derecho que puede ser subordinado a las exigencias de la economía y de la planificación, con el alcance, en cuanto a objetivos de ésta, que acaban de señalarse recogiendo los del artículo 131 de la Constitución¹⁵.

Y sin embargo la libertad de empresa se formula como libertad y como derecho fundamental; y respecto de la misma el Estado lo que debería es garantizar y proteger su ejercicio. Pero, al hilo de formular esa obligación de garantía y protección, la Constitución aprovecha, no para restringir un derecho, sino para delinear sus límites naturales. Sólo que si las exigencias de la economía y la planificación se pueden erigir de forma natural en límites de un derecho fundamental, podría ponerse en duda la solidez y certeza del mismo, como tal derecho fundamental o libertad pública.

No obstante ello, lo cierto es que la libertad de empresa sí presenta rasgos propios de un derecho fundamental, aunque no sea de los que gozan de amparo constitucional. Así la libertad de empresa está eximida de buscar una justificación en cada caso, puesto que tiene la que le procura su propio reconocimiento en el texto constitucional. De ahí se sigue la posibilidad de formular una regla característica de un derecho o libertad fundamental: la de la presunción de existencia de la libertad de empresa, en tanto que, por el contrario, sobre las exigencias de la economía o de la planificación que puedan limitar la libertad de empresa recaería la carga de la prueba de su conveniencia, existencia, necesidad y proporcionalidad.

La carga de la prueba recae, así, en la demostración de la necesidad y proporcionalidad de las medidas que supongan un límite para tal libertad.

Ello explica que podamos hablar de un derecho o libertad fundamental pese a que sus contornos estén muy condicionados por las opciones del legislador en cada caso.

¹⁵ Vid GARRIDO FALLA, Fernando. «Introducción general» en «El modelo económico en la Constitución española» dirigido por GARRIDO FALLA, Fernando. IEE, Tomo I.

2. La intervención estatal en la actividad económica y los que la amparan y conectan con los derechos fundamentales

La intervención del Estado en la economía encuentra en el Estado social y democrático de Derecho razones y títulos que conectan con los derechos fundamentales mismos y no sólo con los intereses generales del Estado o de los ciudadanos. Al menos con los derechos fundamentales en su dimensión prestacional, ubicados en el Capítulo III del Título I, pero también con los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I, protegidos o no, por el amparo constitucional.

Así, la igualdad real y efectiva a que se refiere el artículo 9 de la Constitución, eleva a razón de ser del Estado social y democrático de Derecho no limitarse a proclamar una igualdad en la Ley y frente a la Ley en el disfrute de libertades, sino asumir como tarea de los poderes públicos la promoción de una libertad y una igualdad reales y efectivas de las personas y de los grupos en que se integran.

Esa dimensión del Estado social y democrático de Derecho compromete a éste con la efectividad de los derechos y con el acceso de los ciudadanos al disfrute de los mismos. Ese acceso a los derechos comprende a todos ellos —a todos los derechos— con las diferencias consiguientes según su naturaleza, desde luego, pero también con los compromisos que el Estado asume en la garantía de un medio ambiente adecuado, el acceso a una vivienda digna, a un sistema de seguridad social o el derecho a la salud, etc.

La garantía de tales derechos en sentido amplio y de su acceso abierto a todos, con una función promocional del Estado no sólo se puede llevar adelante a través de políticas de gasto redistributivas o, incluso, a través de políticas de ingreso, en ocasiones también redistributivas, sino asimismo mediante la asunción por el Estado de obligaciones públicas que implican prestaciones o beneficios para determinados sectores sociales o para determinadas partes del territorio. También mediante la imposición a las empresas de tales obligaciones.

Sea como fuere, lo cierto es que el mandato recogido en el artículo 9 de la Constitución erige al Estado no sólo en garante de la observancia y respeto, desde el Estado, de los derechos fundamentales, sino también de la promoción y preservación real y efectiva de los mismos. De ello se sigue que el intervencionismo estatal en la vida económica, en cuanto dirigido a hacer reales y efectivos los derechos y sus condiciones básicas, tiene títulos constitucionales suficientemente relevantes como el que procura el artículo 9.2 de la Constitución en relación con el artículo 10 de la misma norma suprema.

Se trata en definitiva de que si la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son el fundamento del orden político y de la paz social como afirma el artículo 10 de la Constitución, entonces el mandato del artículo 9.2 y los instrumentos que a su servicio ha puesto el Título VII de la Constitución, no se han configurado en obsequio del poder —de un poder insaciable y deseoso de cada vez más presencia en la vida pública— sino en obsequio de unas mujeres y hombres a la altura de la dignidad que merecen y, en definitiva, y por eso mismo, en obsequio de la paz social.

Las razones del Estado interventor en la vida económica son tan nobles como las que pueda exhibir el propio derecho a la libertad de empresa; tan nobles en el sentido de que la superioridad moral y axiológica de los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas frente al Estado, no deja de estar presente, también, en buena parte de las razones por las que el Estado interviene en la vida económica: justamente para hacer que esos derechos y libertades de las personas en general sean reales y efectivos. La misión del Estado al intervenir en la vida económica sigue siendo la procura de los derechos fundamentales y las libertades públicas en muy buena medida; derechos fundamentales y libertades públicas que están en la base de la configuración del Estado español como Estado social y democrático de Derecho.

No obstante esos derechos fundamentales son punto de llegada y punto de partida. Son punto de llegada de nuestra Constitución en cuanto constituyen «triumfos» frente al poder en manos de los particulares, que disfrutan de tales derechos que se erigen en límites al poder público. Son punto de partida porque con la proclamación de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales que le son inherentes como el fundamento del orden político y de la paz social que hace el artículo 10, los derechos fundamentales no son una barrera con la que tropiezan los poderes públicos, sino que son punto de partida, en cuanto son derechos positivos a partir de los cuales ha de construirse en el futuro el discurso jurídico y axiológico.

Pero para su plena comprensión y desarrollo ulterior no está de más recordar cómo esos derechos, reconocidos a la persona, en cuanto tal, y que son primariamente triunfos que ésta puede exhibir frente a los poderes públicos, han sido integrados por una concepción del Estado que presuponiendo su carácter personal e individual los inserta en un proyecto o concepción del Estado: el Estado social y democrático de Derecho; una concepción del Estado trabajosamente elaborada y depurada a lo largo de los años sobre la base de diversos impulsos y razones.

En efecto, las razones para construir el Estado como social y democrático de Derecho han sido varias. En ese sentido no se puede olvidar la polémica que en su día opusiera en Alemania a ilustres tratadistas de derecho público sobre el significado de la declaración en la Ley Fundamental de Bonn del Estado alemán, como un Estado de derecho social y democrático. Algún tratadista de Derecho constitucional¹⁶, analizando la genealogía de la fórmula —desde sus precedentes en la Constitución de Weimar—, sostuvo desde el principio que no era una fórmula vacía, sino llena de sentido en Alemania tras la segunda guerra mundial. Se trataría de buscar una fórmula nueva que evitase el restablecimiento, sin más, del mismo orden social y económico (subyacente al Estado) que no fue capaz de resistir la aparición del Tercer Reich con el dominio del nazismo; que no impidió que la marea parda se fuese extendiendo ampliamente por toda la sociedad: ya fuese por miedo, por convencimiento, por apelar a

¹⁶ Hablamos de ABENDROTH, Wolfgang. «El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político» en *El Estado social*, CEC, 1986, pág. 25, Madrid.

sentimientos irracionales, raciales o nacionalistas, o por lo que fuera. Lo cierto es que el nazismo, entre otras causas, pudo hacerse con el poder político y con los órganos del Estado, con procedimientos en apariencia formalmente democráticos¹⁷, pero en todo caso gracias, también, a que la sociedad civil, más allá de los partidos –instrumentos de mediación entre la sociedad y el Estado fácilmente liquidables como se puso de relieve tras el doloso incendio de Reichstag–, no tenía musculatura alguna para resistir todos los resortes que puso a su servicio el nazismo. Los poderes económicos se entregaron sin resistencia, cuando no con entusiasmo, al dictador. Fuera de ellos no se habría vertebrado con la suficiente fuerza una sociedad civil capaz de resistirse a la manipulación y a la violencia; una sociedad que en parte admitió la nueva doctrina, en parte la toleró, en parte se dejó sugestionar por ella o en parte miró hacia otro lado. Sólo una minoría pudo mantener una visión crítica o resistente, pero no pudo resistir en un mar de hostilidad o indiferencia.

Desde esa perspectiva explican algunos, como Abendroth, que la Ley fundamental auspiciada por los Estados Unidos permitiera fórmulas sorprendentes en lo que se refiere, por ejemplo, a la participación de los trabajadores en la vida económica –en los consejos de administración de las empresas, por ejemplo– o la propia fórmula del Estado social y democrático que, en esta última dimensión de Estado democrático, pretendía algo más que elecciones y partidos; pretendía una sociedad –y no sólo el Estado– democrática. Esto es, una sociedad igualitaria, participativa y consciente; consciente de forma tal que los individuos y las organizaciones intermedias en que se encuadrara –en definitiva la sociedad en su conjunto– se configurara de modo y manera que aventuras como las de Hitler no tuviesen que ser detenidas *a posteriori* y desde fuera por los aliados, sino que pudiesen ser preventivamente detenidas –o al menos puestas en cuestión– en sus comienzos por una sociedad civil fuerte, más allá de la forma política democrática, desde luego, del Estado. De esa forma tales aventuras tendrían más dificultades para ser posibles; la tendrían por la configuración de una sociedad democrática –que no sólo Estado democrático– que desde el principio estuviera atenta a la evolución de la actividad política y conjurara dinámicas aventureras de ésta.

Esa explicación de la tolerancia de las potencias vencedoras y especialmente los Estados Unidos-imbuidas de liberalismo económico –con las fórmulas de participación social de la Ley Fundamental (la presencia de los trabajadores en los Consejos de Administración de las empresas, por ejemplo)– no permite adscribirla tanto a los rasgos de un Estado social, como a los de un Estado democrático; es decir a un Estado cuyo programa consistía en favorecer una sociedad civil democrática. No se hicieron esas previsiones tanto en obsequio de garantizar prestaciones sociales a favor de los trabajadores, sino en

¹⁷ No puede olvidarse la violencia que las «tropas» nazis desplegaron por toda Alemania, aún antes de tener el poder; violencia que el nacionalismo exacerbado facilitaba; un nacionalismo provocado por algunos de los excesos del Tratado de Versalles que trataba de poner punto final y saldar las responsabilidades de la primera guerra mundial.

atención a garantizar una sociedad fuertemente democrática. Esa explicación resulta, así, plausible a la luz de esa intención que algunos atribuyeron a sus autores y que se acaba de transcribir en los párrafos anteriores: hacer una sociedad fuerte y democrática que fuese un dique más a eventuales y futuras aventuras. También explicaría su enervamiento posterior pasados los primeros años, al enfrentar nuevos problemas como los derivados de la guerra fría y la prolongación de la división de Alemania.

La intención original de la fórmula del estado social y democrático fue, así, quedando olvidada, como sugiere el relato del propio ABENDROTH¹⁸, pasándose a una interpretación que priva de buena parte de su sentido a la idea del Estado social y democrático y a su sentido político último. Se trata de la interpretación generalmente asumida, todavía en nuestros días, por la mayor parte de la doctrina que concibe el estado democrático como Estado que se funda en la celebración periódica de elecciones.

Si ese fuera el sentido habría una reiteración en la fórmula de «Estado social y democrático de Derecho», pues el concepto de Estado de Derecho, no se concibe sólo como un Estado en el que formalmente se gobierna de acuerdo con la Ley por injusta que sea o aún cuando proceda del arbitrio de un dictador, sino que, además, exige que la Ley, en el plano material, se adecúe al respeto a los derechos fundamentales y, en el plano de su genealogía y procedimental, que sea una Ley aprobada por la representación del pueblo.

El concepto de Estado de Derecho incluye ya, por tanto, el respeto a los derechos y la participación democrática, pues si la Ley no emana del pueblo participando en la vida política o si la Ley no se adecua a los derechos fundamentales no puede hablarse de Estado de Derecho. La expresión Estado de Derecho conlleva ya la idea de derechos fundamentales; y, entre ellos, el de participación política; participación que no existe, si la potestad de hacer la Ley reside en un órgano no representativo del pueblo.

Por tanto si, además de Estado de Derecho la Alemania de la Ley fundamental de Bonn —como la España actual— son Estados sociales y *democráticos* de Derecho, eso no puede reducirse a Estado en el que hay elecciones que garantizan la participación popular, pues eso ya está contenido en la idea de Estado de Derecho. Con la expresión de estado democrático quería decirse algo más, que no era otra cosa sino un Estado que promovía o propiciaba una sociedad fuerte y por tanto democrática.

Esas intenciones originales de la Ley Fundamental de Bonn fueron olvidándose o difuminándose en el conjunto de otras interpretaciones. En ese sentido fue relevante la posición, por ejemplo, de FORTSHOFF¹⁹ en la determinación de la nueva interpretación en la reunión de constitucionalistas de Bonn de 1953, con una exposición centrada básicamente en el concepto de Estado

¹⁸ Vid ABENDROTH, Wolfgang. «El Estado de Derecho democrático...» ob. cit., pág. 25.

¹⁹ El trabajo de FORTSHOFF junto con otro puede verse en *El Estado social*, CEC, 1986, Madrid con los títulos «Concepto y esencia del Estado social» págs. 69 y ss. y «Problemas constitucionales del Estado social», págs. 43 y ss.

Social de Derecho que, además, lo deja prácticamente limitado al rango de mera fórmula sin un determinado contenido concreto. El legislador, con absoluta libertad, determinará el alcance de la fórmula a través de su legislación, sin vinculación alguna con sus principios.

En esa línea el concepto de Estado social acabó atrayendo el interés de la doctrina y se fue difuminando el alcance del concepto de Estado democrático, reduciéndolo a garantía de elecciones periódicas, garantía que ya estaba ínsita como se ha dicho en la idea de Estado de Derecho. El concepto de Estado social se pensaba que sí añadía algo en efecto al concepto de Estado de Derecho, puesto que el Estado social de Derecho incluía una promesa cierta de garantizar determinadas prestaciones no incluidas en la fórmula Estado de Derecho. El Estado social era un añadido al concepto más antiguo de Estado de Derecho, pero era, a su vez, un concepto diferente al de Estado democrático, aunque pudieran coincidir en las técnicas aplicables e incluso en el hecho de que el Estado prestador (por ejemplo de prestaciones educativas, sanitarias, etc.) además de la inmediata satisfacción de necesidades básicas creaba también las condiciones de una sociedad civil más fuerte. Podía haber así un solapamiento de fines en el Estado social y en el Estado democrático, pero tales fines podían diferenciarse conceptualmente.

El Estado social perseguía el reconocimiento de derechos prestación o derechos de última generación –los derechos del Capítulo III del Título I de nuestra Constitución– en beneficio singular de los ciudadanos, que no podían configurarse de la misma forma que los derechos clásicos, pero que exigían configurarlos como principios rectores que debían inspirar al legislador que era quien debía darles forma definitiva.

El Estado democrático –dejando aparte la interpretación habitual y mayoritaria en los autores– perseguía, en beneficio de la comunidad toda, la promoción de la democracia civil. El Estado democrático debería hacer suya la tarea, no tanto de que los órganos del Estado sean democráticos, como de que la sociedad de la que todo surge sea, ella misma y como tal sociedad, democrática; y no lo es con base sólo en que haya elecciones políticas generales, locales o regionales –pues estas dan acceso a órganos de representación pública o política y no social–, sino a base de una sociedad que, ella misma y como tal sociedad, esté bien equilibrada, integrada por individuos formados y capaces; integrados en agrupaciones intermedias (asociaciones, sindicatos, etc); con capacidades reconocidas de participación en los procesos de formación de la voluntad de personas jurídicas privadas (derechos de información y participación de los trabajadores en las empresas o de los accionistas en las sociedades), además de públicas; con instrumentos de defensa de sus derechos societarios; con derecho de acceso a la información de entidades privadas (sociedades anónimas, protección de consumidores, etc.); con capacidad de reaccionar frente a abusos en relaciones privadas (sistema de arbitrajes de consumo, etc.), con sistemas de protección de discapacitados, de atención a los mismos –suprimiendo barreras arquitectónicas, etc.–; medidas de acción positiva para lograr una igualdad real de la mujer en la vida social y no sólo en la vida pública o

política; etc. Esos medios propios del Estado democrático se complementaban y reforzaba con los medios o instrumentos del Estado social²⁰, puesto que las prestaciones de educación por ejemplo o de protección social frente al infortunio además de prestaciones en beneficio singular de cada ciudadano, creaban las condiciones de una sociedad más libre, más igualitaria y más democrática, en cuanto preparaba mejor a los mismos y les dotaba de garantías para ejercer sus libertades. Pero esa coincidencia de fines derivada de distintos instrumentos –los propios del Estado social y los más específicos del Estado democrático– no pueden ocultar las dos dimensiones presentes en la fórmula de Estado social y democrático.

En definitiva un Estado es democrático –en el sentido que parece sugerir la insistente fórmula «estado-social-y-democrático-de-Derecho»– no tanto porque haya elecciones, sino porque dicho Estado hace suya, como tal Estado, la tarea de que la sociedad –como tal sociedad y sin pretender absorberla para que deje de serlo– esté estructurada de una forma democrática, lo que supone la creación de las condiciones para un mejor reparto del poder y la influencia social. Todo ello mediante, por ejemplo, el reconocimiento de derechos de información y acceso a la misma en todos los ámbitos sociales y económicos, medios de defensa eficaces frente a abusos, igualdad de la mujer, etc.

Tal cosa obedecía, según parece desprenderse del escrito de ABENDROTH, a la idea de que sólo en una sociedad realmente democrática como tal sociedad, podía existir un Estado democrático, como tal Estado.

Sólo en una sociedad democrática –en su condición tal de sociedad pre-estatal o al margen de su formalización en el Estado–, podía existir un Estado –ahora sí en el sentido estatal tradicional de organización política y pública de una comunidad– realmente democrático, en el que no fuera posible nunca más la ocupación democrática del poder por un dictador. Que no fuera posible porque ello implicaría no sólo destruir las barreras puestas por la organización política y pública del poder para evitarlo, sino, además, destruir las creencias y estructuras profundas de la sociedad de la que emerge el Estado. Las primeras barreras las superó el nazismo bajo la Constitución de Weimar; las segundas serían un seguro definitivo frente a todo tipo de aventuras en una comunidad que llevaría la democracia grabada en su ADN social y vital.

Como se ve la fórmula de Estado social y democrático de Derecho estuvo cargada de contenido ideológico y estratégico, al menos en las finalidades que pretendía; contenido que subyace también y todavía en nuestra Constitución por más que haya quedado difuminado y camuflado²¹. Pero en

²⁰ Resulta significativo que la expresión «Estado social» se propusiera por Fraga Iribarne, en tanto que la de Estado democrático lo fuera a propuesta del ponente socialista. Vid a este respecto PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La elaboración de la Constitución de 1978*, CEC 1988, pág. 46.

²¹ En el debate sobre el artículo primero el ponente socialista puso de manifiesto las divergencias que existían sobre la comprensión del alcance de los términos. Ello no ha impedido que en la doctrina se haya acuñado una inteligencia muy simplificada de los conceptos que reduce todo a un problema electoral. Vid a este respecto DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Ed. Edicusa, 1969.

todo caso es una fórmula que, aunque se haya perdido la exacta noción de su origen y finalidad, debe ser tenida en cuenta, de forma relevante, para la interpretación del sistema económico que diseña, en cuanto que en la misma están grabados los datos que permiten conseguir los objetivos y la función que corresponde –con más o menos consciencia– a tal fórmula.

En efecto, en la Constitución, se contienen los elementos determinantes de la relación del Estado con la economía y con la sociedad, no sólo en sus artículos 1 y 9 dotados de pleno valor normativo, como toda la Constitución en general –aunque pueda ser distinta la intensidad de ese contenido normativo y su grado de determinación–, sino en el Capítulo III de su Título I, en el que se contienen principios y derechos cuyo «reconocimiento, respeto y protección... inspirará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». No son pues una fórmula hueca frente a la ilimitada capacidad de concreción o disposición del legislador.

Esa fórmula política del Estado social y democrático de Derecho, tuvo que superar aparentemente un primer embate en los últimos tres lustros del siglo XX afrontando las dinámicas liberalizadoras a que fue sometida la economía española y, en general, la economía de todos los países comunitarios.

Ese primer embate, que alarmó a la doctrina y a los grupos políticos a mediados de los años noventa, no constituía en realidad un ataque a los fundamentos del Estado social y democrático de derecho, aunque pudiera parecerlo a algunos. Constituía mas bien la forma de garantizar los mismos objetivos y fines utilizando distintos medios. La razón de ese cambio de instrumental se debía al imparable fenómeno de la globalización, por una parte, y al surgimiento, por otra, de técnicas concretas que, amparadas en la convergencia de las nuevas tecnologías y la informática, permitían que en el ámbito de los antiguos monopolios naturales, en los que se habían desarrollado preferentemente los servicios públicos monopolizados, fueran ya posibles formas de gestión en competencia.

Son muchos los estudios sobre este fenómeno como para que sea necesario reiterar aquí la ausencia de contradicción entre la idea de Estado social y democrático de Derecho y la liberalización de los servicios²². Esta última no consiste sino en otra forma de conseguir los mismos fines sin prescindir del impulso de la competencia, pero sin renunciar tampoco a los fines de solidaridad y de estado social y democrático que antes se pensaba que sólo a través de los «servicios públicos» podían conseguirse. Sin renunciar asimismo a garantizar que exista efectiva competencia a través de la puesta en pie de un nuevo Estado regulador en muchos aspectos más intervencionista de lo que hasta ahora se había conocido.

²² Por todos puede verse la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 1996 COM(96) 443 final, así como la sucesiva de 19 de enero de 2001 Diario Oficial serie C de 19 de enero de 2001. Finalmente los libros verde y blanco sobre los servicios de interés general de 21 de mayo de 2003 y de 12 de mayo de 2004. COM(2003) 270 final y COM(2004) 374 final respectivamente. Tales documentos resumen bien los temas sustanciales que subyacen a la liberalización y sus razones.

En este momento en los comienzos del siglo XXI el afianzamiento de la globalización y la puesta en práctica de la liberalización han puesto de manifiesto nuevos problemas que, una vez más, inquietan al mundo actual y que provocan en políticos y estudiosos la vuelta recurrente al debate sobre el contenido de la idea de Estado social y democrático de Derecho, pero ahora bajo nuevas perspectivas, en la medida en que se suscita la cuestión de hasta qué punto los compromisos de la globalización obligan a los Estados y a las Organizaciones regionales (Unión Europea por ejemplo) a prescindir de los rasgos del Estado social y democrático en un mundo en que las reglas de la economía, interpretadas desde una visión neoconservadora, parecen pretender reducir al Estado a un simple garante del orden público y de los intercambios.

II. LA REALIDAD HISTÓRICA DE LA EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS Y LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE LAS *PUBLIC UTILITIES* EN LOS ESTADOS UNIDOS

En el apartado anterior hemos pretendido analizar dos elementos centrales como son los de la libertad de empresa afincada en su consideración como derecho fundamental en el Título I de la Constitución, por una parte, y la intervención pública en la economía –que restringe y limita la primera– que ofrece también asideros constitucionales de la máxima relevancia empujando por el tipo de Estado –social y democrático– que justifican tal intervención.

En el presente apartado se trata de ver los dos modelos sobre los que se ha construido la intervención pública en la economía. El de servicio público –de tradición europea– y el de las *public utilities* basado en la idea de libertad de empresa con limitaciones públicas a posteriori de tradición norteamericana. En el siguiente apartado se examinará el proceso de cambio del modelo de servicio público al de liberalización de servicios, sus razones y sus consecuencias.

El servicio público es una técnica clásica que dio incluso nombre a una Escuela de Derecho público liderada por Duguit, que pretendía explicar toda esa rama del derecho no con la noción de poder sino con la noción de servicio público. En ese concepto se resumían y encontraban justificación todas las exorbitancias, todas las potestades que podía ostentar la Administración en el desarrollo de esas actividades.

La liberalización supone, pues, en primer término una ruptura con los modos tradicionales de gestión de los servicios públicos y su sustitución por formas privadas de actividad de las que se espera la mayor eficiencia que se derivaría de las ventajas del mercado. La apelación al mercado frente al servicio público expresa la diferente forma de ver la cuestión, si se nos permite la simplificación en este momento.

Pues bien, poner los ojos en el mercado como solución a muchos problemas implicaría volverse de espaldas a esa técnica del servicio público para

encontrar en el mercado, es decir, de alguna manera en la naturaleza de las cosas, en el orden natural de la economía, la mejor solución a los problemas que aquejan a nuestra sociedad actual.

El mercado en el orden social y económico es lo contrario a la intervención o a la planificación; el mercado implica reconocer inicialmente, y sin perjuicio de posteriores correcciones, a las fuerzas espontáneas o ciegas de la economía la capacidad de encontrar solución, y la solución más eficiente, a esos problemas. Si el servicio público supone intervención administrativa, el mercado supone ausencia de intervención o, si se quiere, libertad, según un término muy querido por todo liberal que se precie y con el que pretende colocar su pasión bajo un pabellón de grandes pretensiones²³.

Dos son pues los modelos básicos bajo los cuales se había venido desarrollando la actividad en determinados servicios de carácter esencial para una comunidad o, si se quiere, de interés económico general. Dos modelos básicos que, naturalmente, admitían después muchas variables e incluso aproximaciones entre ellos.

Uno era el modelo del servicio público, bien conocido en nuestro país, puesto que conforme al mismo, al igual que ocurrió en Francia, se prestaron la mayor parte de las actividades de interés general.

Frente a él está el modelo anglosajón de las *public utilities*, de amplio desarrollo, en especial en los Estados Unidos cuya referencia aquí es obligada por cuanto su ejemplo ha influido poderosamente en el proceso de liberalización emprendido bajo la dirección de la Comunidad Europea. La característica de este modelo descansa, sobre todo, en el punto de partida, pues en lugar de ocurrir como en el servicio público, en el que puede ser toda una actividad determinada la que se declara pública en los supuestos de monopolio (supuesto que para un sector de la doctrina es en realidad una característica esencial del servicio público) en la concepción anglosajona de las *public utilities* se parte del carácter estrictamente privado de la actividad de que se trate; actividad en la que la incidencia de la Administración es puramente externa y dirigida a garantizar algunos intereses esenciales de los consumidores y usuarios que no justifican sin embargo la sustracción de la actividad de la órbita privada en la que se desenvuelve.

Parecería, pues, que el modelo USA responde a una idea de libertad en el desarrollo de una actividad; en tanto que el modelo de servicio público responde, mas bien, a la idea contraria de *publicatio* o publicación con monopolio de la actividad y por tanto de disciplina de derecho público.

Serían dos modelos enfrentados en su filosofía de fondo: uno, el de servicio público, depositaría su confianza en el Estado y en su derecho propio y respondería a la concepción del Estado providencia; y otro, en cambio, pondría su confianza en la sociedad civil y en la concepción del *laissez faire*.

²³ Por todos puede verse a Hayek que es probablemente quien con más profundidad ha estudiado estas cuestiones y sin duda con más militancia liberal e ideológica. Así en «Derecho y Libertad», vol. 1.º, Normas y orden. Unión Editorial, S. A., 1978. págs. 179 y ss.

Las cosas no son sin embargo tan claras. porque muy pronto cada uno de esos modelos tuvieron que atender a los requerimientos y exigencias a las que pretendía dar satisfacción el contrario.

En la perspectiva del modelo de servicio público, casi desde sus orígenes, el llamado dogma del contratista interpuesto²⁴ trataba de rescatar para la sociedad civil, la ejecución material de la actividad, la prestación concreta del servicio, lo que venía a significar que al Estado lo que le interesaba en definitiva era su continuidad, regularidad y universalidad, es decir permitir su acceso a todos o a la mayor parte de la población mediante tarifas razonables dirigidas a cubrir los costes y un beneficio industrial lógico. La introducción de principios como el de adaptación –la llamada «cláusula de progreso de los servicios públicos»²⁵– pretendía que el concesionario no actuase totalmente de espaldas a los efectos de la competencia sino sujeto, al menos, a las exigencias de la adaptación a las novedades del progreso.

Desde el punto de vista del modelo americano de las public utilities su evolución responde a la necesidad de no dejar sin protección intereses que el mercado no podía garantizar de ninguna forma entregado a su propia dinámica. Desde la Sentencia del Tribunal Supremo Americano Mumm-Ilinois de 1877 la prestación de algunos servicios que se consideraban como de utilidad pública se pueden sujetar a algunos controles de los poderes públicos. Ese era el caso de los silos privados para almacenamiento de grano; silos cuyos titulares pretendían el reconocimiento de la absoluta libertad para determinar los precios de acuerdo con los principios que son propios de una economía de mercado; sería el juego de la oferta y la demanda el que determina el precio. El problema es que el mercado no siempre es perfecto, en realidad pocas veces lo es, y entonces se dan situaciones de dominio que conducen al abuso de los oferentes de servicios, cuando se encuentran con que son los únicos que pueden ofrecer determinados servicios –el caso de los silos–, lo que, cuando son de primera necesidad o de interés público, les puede conducir al abuso de su posición dominante. La intervención en la política de precios, sacrificando la dinámica propia del mercado, representa una primera forma de acercarse el sistema americano a algunos de los requerimientos que pretendía satisfacer la técnica continental del servicio público²⁶.

²⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP* n.º 17. págs. 92 y ss, donde señala el papel desempeñado en la concesión como forma de salvar las dificultades para justificar la prestación de actividades de carácter industrial o comercial en favor de los particulares de la propia Administración: la concesión vendría a superar esta dificultad conceptual; los municipios como concesionarios ellos mismos marcan el comienzo de la quiebra de los recelos a la actuación administrativa. También DE LA QUADRA-SALCEDO Tomás. *La ejecución de obras por la Administración» en «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, coord., Gómez Ferrer, Ed. Thomson-Civitas, 2004 págs. 893 y ss.*

²⁵ Vid por todos MEILÁN GIL, J. L. «La cláusula de progreso en los servicios públicos», Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

²⁶ Sobre el tema puede verse STOFFAES, C. «La regulation des reseaux aux Etats Unis», *RAE*, n.º 2, 1994.

Esta aproximación entre ambos sistemas —puesta de manifiesto en la sensibilidad de cada uno a los requerimientos del otro mediante la incorporación de algunos remedios a sus excesos— va a continuar produciéndose desde ambos lados.

Desde el lado de los sistemas de servicio público se va a crear, por ejemplo, la categoría, por influencia de los tratadistas italianos, de los servicios públicos virtuales (taxis, carga y descarga en los puertos, etc.), servicios públicos caracterizados por el dato de que en realidad no existe ninguna declaración como tal, ni siquiera existe concesión administrativa de la actividad que desarrollan los particulares *nomine proprio*; pero lo que sí existe son una serie de intervenciones que hacen que la doctrina se plantease que, virtualmente, se trata de servicios públicos. En la doctrina continental se ven diferencias entre los servicios propiamente dichos y los servicios públicos virtuales, pero no tantas como para no coincidir en que lo esencial del servicio público subsiste en esas actividades con fuerte presencia de la Administración y, por tanto, les cuadra perfectamente el nombre de servicios públicos, siquiera sea útil añadir el calificativo de virtual para visualizar que existe alguna diferencia.

Lo más significativo de esa construcción doctrinal está en que la naturaleza real de esas actividades se asemeja, hasta casi la identidad, con las actividades de las *public utilities* anglosajonas. Sin embargo no repugna a la sensibilidad de los cultivadores de la doctrina del servicio público la aplicación de una denominación que aparentemente respondía a otra filosofía.

Desde el lado de las *public utilities* la aproximación se produce no sólo con la posibilidad de aplicar fórmulas de servicio público típicamente continentales como es el caso de la Tennessee Valley Authority²⁷ mediante la que se ponía en pie una personalidad administrativa para la gestión de un servicio público, sino sobre todo con unas prácticas que acaban consagrando el monopolio de los particulares en el desarrollo de su actividad. Ese fue por ejemplo el caso de las Telecomunicaciones en los Estados Unidos, en que la Federal Communications Commission (FCC) acabó en el fondo por dar cobertura al monopolio de ATT, hasta su desmantelamiento, entrados los ochenta, merced a la decisión del juez Green.

Cómo fue posible que en un sistema que se inspiraba en la filosofía de la libre iniciativa económica por encima de todo, se llegase a proteger, en el sector de las *public utilities*, la existencia de monopolios, no se explica sólo por los llamados fenómenos de captura del regulador. Se explica también porque —dejando aparte la cuestión de los derechos de propiedad industrial e intelectual—, en determinados estadios de la evolución y del desarrollo económico de algunas actividades, los que entran en las mismas tienen que soportar determinadas cargas y costes hundidos que sólo pueden compensarse con un régimen global peculiar; régimen peculiar que, por su parte, puede comportar restric-

²⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP*, n.º 17, págs. 105.

ciones en la entrada de otros competidores o al menos sujeción a la comprobación del cumplimiento de determinados requisitos²⁸.

Así pues, aunque ambos sistemas habían partido desde perspectivas diferentes se había producido una aproximación y las técnicas que en uno y otro se empleaban y que eran perfectamente reconocibles e identificables con las categorías propias del otro modelo.

Esta aproximación parece que va a quebrarse a partir de los primeros años ochenta con el proceso de liberalización, que aunque iniciado en la época del Presidente demócrata Jimmy Carter²⁹, culmina en la etapa del Presidente Reagan y en particular con algunas decisiones judiciales como es el caso de la famosa del juez Green que supuso el desmantelamiento (*disvestiture*) del monopolio de ATT y el inicio, en las telecomunicaciones por ejemplo, de una vuelta a los orígenes de las *public utilities*, buscando perfeccionar los mecanismos de garantía de la competencia para asegurar los intereses generales, no tanto con técnicas directas de defensa de éstos, interpretando su alcance y contenido, sino con la filosofía de que defendiendo la existencia de una competencia real y efectiva los intereses generales se protegen por añadidura.

Esta experiencia americana del último tercio del siglo XX es la que se difundió por todo el mundo y, por supuesto, por Europa; y la reflexión que sobre ella podemos hacer tiene que ver en primer lugar con el calificativo de la regulación que comporta para sustituir a las antiguas técnicas que en ambos modelos se empleaban.

La paradoja es que para mantener la competencia en un contexto de liberalización y para asegurar la satisfacción de determinadas necesidades indeclinables que antes podían ser las propias de un servicio público y que ahora se llaman de «servicio universal», es preciso poner en pie un aparato normativo y de ejecución que no puede ser menor que el anterior y que puede acabar actuando con mayores poderes discrecionales de los que eran normales en los demás modelos. La razón de ello está en la propia evolución del proceso de liberalización y en sus respuestas a los objetivos legítimos que debían de satisfacer los modelos anteriores, aunque pudieran en la práctica haberse desviado de su consecución. Esos objetivos eran los que explicaban la existencia de esos otros modelos de servicio público, explicaban su razón de ser, cualquiera que hubiese sido el apartamiento real que, en su logro, se hubiese producido; pues no es este apartamiento de los objetivos, esta perversión del sistema, el que los explica, sino precisamente la pretensión de alcanzarlos con una determinada organización. Los fallos no descalifican los objetivos, si acaso permiten desechar el instrumento, el modelo concreto utilizado, o introducir las correcciones oportunas.

²⁸ Sobre la evolución del Derecho americano en materia de Telecomunicaciones puede verse W. BROCK G. *Telecommunication Policy for the Information Age*, Harvard University Press.

²⁹ Vid. STOFFAES, C. «La regulación...», ob. cit., pág. 134. en que destaca que es la Administración Carter la que inicia el proceso en la perspectiva de la protección de los consumidores y de las demandas de los ecologistas

En todo caso los dos modelos clásicos que acabamos de examinar contienen elementos –sus objetivos y sus técnicas para alcanzarlos– que constituyen puntos de referencia importantes en el proceso de liberalización que desde la década de los ochenta se inicia en los Estados Unidos y se sigue en muchos otros países. Es en relación, en buena parte, con esos modelos como se va construyendo el nuevo modelo de liberalización, aunque sea para apartarse, en muchos casos, lo más posible de su ejemplo o en otros para tomar en cuenta sus experiencias.

Tanto el modelo de servicio público, como en menor medida, el de *public utilities* acabaron caracterizándose por pretender dar una solución unitaria al conjunto de problemas que se planteaban en una actividad determinada. Para empezar, el factor común a ambos modelos descansaba en que la actividad de que se tratase presentaba aspectos de utilidad general. El caso de las Telecomunicaciones, por ejemplo, es paradigmático: había un interés público en que las Telecomunicaciones, factor de cohesión social y territorial y medio de expresión, tuviesen la máxima difusión a unos precios razonables sin dejar aisladas partes del territorio por razón de su mayor dificultad de acceso de las redes.

Las primeras respuestas a los nuevos inventos (máquina de vapor aplicada al transporte por ferrocarril) o a las nuevas tecnologías (teléfonos) fueron de todo tipo, pero en lo que se refiere a nuestro país las tendencias liberales en el plano económico –que tan bien se expresaron en el preámbulo de la Ley de Obras Públicas de 1875 salida de la pluma de Echegaray³⁰– condujeron a recurrir a la iniciativa privada para atender las nuevas necesidades vinculadas al transporte o a la comunicación a distancia.

Pronto, sin embargo, se pusieron de manifiesto las dificultades de la explotación de algunos servicios, como los citados de transporte por ferrocarril o teléfonos, cuando se dejaban en mano de la iniciativa privada, así como la necesidad de intervención se impuso como una exigencia ante los problemas e insuficiencias de esa iniciativa³¹.

La técnica de servicio público no fue en España, pues, sólo el resultado de una elección ideológica, sino el resultado de la necesidad de dar una respuesta práctica a los problemas planteados por el desfallecimiento de una iniciativa privada, posiblemente temerosa de comprometer grandes capitales en nuevos inventos, cuya implantación podía resultar arriesgado predecir³².

³⁰ Vid, VILLAR PALASÍ, J. L. «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *RAP*, n.º 14, pág. 34, donde recoge la tradición de la paternidad de Echegaray en lo que se refiere a la Exposición de Motivos de la Ley.

³¹ Sobre ello y en relación a España puede verse LORO CHICO, F. en «Las Telecomunicaciones como servicio público», *Colección Estudios Ministerio del Interior*, n.º 18, 1977.

³² Es expresivo de lo que se dice el preámbulo del Real Decreto de 11 de agosto de 1885 justificando en ese momento la preferencia por la gestión pública sobre la base de los malos resultados que en nuestro país y en otros de nuestro entorno habían dado las concesiones a particulares; la política en la materia en esos primeros años se caracteriza por los vaivenes que sufre en sus opciones entre lo público y lo privado. En todo caso esta última distaba de ser la panacea. En realidad es la dificultad del sector privado para dar respuesta a necesidades de interés general lo que justificó en otros sectores el movimiento de municipalizaciones como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA. E. «La actividad...», ob. cit., págs. 99.

La técnica del servicio público permitía dar una solución relativamente equilibrada, al menos en el plano teórico, al problema de la igualdad en el acceso, cualquiera que fuera la zona del territorio en que se encontrase el ciudadano, así como a la igualdad de tarifas entre categorías de usuarios, con independencia también del lugar en que se hallase. Pero, además, la técnica de servicio público fue una alternativa al fracaso de algunas experiencias de liberalización del XIX. La figura de la quiebra de las compañías de ferrocarriles que todavía luce en el Código de Comercio es la cicatriz que queda de una realidad que no empezó siendo el servicio público frente a lo que, a veces, se cree. Lo mismo pasa en el campo de la telefonía, donde la libertad de instalación fue lo primero y sólo después vino el servicio público ante su fracaso por distintas razones.

El modelo de servicio público presentaba algunas ventajas como la de que permitía, además, tratar los transportes por ferrocarril o las telecomunicaciones como una unidad, cualquiera que fuesen los servicios que proporcionasen e incluso sin introducir diferenciación entre servicios e infraestructuras. Todo constituía una sola cosa, y los ingresos que producía esa unidad, fuese cual fuese su origen concreto, servían para atender las necesidades del conjunto. Era indiferente que la infraestructura en una determinada localidad fuese más costosa por sus circunstancias geográficas o geológicas; ese coste se sufragaba con las tarifas que, iguales para igual tipo de usuarios, se pagaban por todos estuviesen donde estuviesen. Esa unidad de concepción en el tratamiento de las prestaciones ofrecidas por los servicios públicos permitía también hacer políticas tarifarias que iban más allá de cubrir los costos de cada prestación concreta recibida por cada usuario, atendidos los gastos por él producidos más la parte proporcional de la inversión y de los gastos generales. Permitían, en definitiva, políticas tarifarias redistributivas mediante las cuales un determinado tipo de usuario –los de primera clase en el ferrocarril o las llamadas internacionales de las empresas en el teléfono– pagasen mayores costos de los realmente generados por ellas; y todo ello para permitir que otros usuarios –los particulares con menos recursos– pudiesen pagar menos, de cara a favorecer la utilización de los modernos medios de transporte o telecomunicación por los ciudadanos, sin que nadie tuviese que prescindir de su uso por razón del elevado coste de sus tarifas. Tal redistribución se operaba también, como ya se ha indicado, no pagando unos usuarios tarifas más altas, sino pagando el mismo tipo de usuario las mismas tarifas a pesar de que los costes reales de acceso y operación de cada concreto servicio fuesen más bajos unos que otros.

En suma la liberalización en la que estamos situados en el siglo XXI no aparece repentinamente en nuestro mundo, sino que ha tenido antecedentes, también en nuestro país. Y podría decirse que nunca el modelo de servicio público ha dejado de estar atento a los requerimientos o ventajas parciales del modelo de *public utilities*. Y viceversa; este ha tenido también un desarrollo que ha tenido en cuenta las preocupaciones a que pretendía atender el modelo contrario.

III. LAS RAZONES COMUNITARIAS DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN Y EL DEBATE SOBRE EL ESTADO DE BIENESTAR COMO IRRENUNCIABLE EN EL MODELO EUROPEO DE SOCIEDAD. LA NEUTRALIDAD DE LA LIBERALIZACIÓN A ESE RESPECTO. EL ESTADO REGULADOR Y SUS POTESTADES DE INTERVENCIÓN

El examen de nuestro texto constitucional y las posibilidades que abre a la intervención del Estado en la vida económica ha puesto de manifiesto que desde los años ochenta del pasado siglo la realidad se ha ido decantando hacia una disminución radical de las formas tradicionales de intervención del Estado en la vida económica. En efecto los servicios públicos tradicionales se han liberalizado y su actividad ha sido sustituida por la aparición de empresas privadas sujetas a la competencia de otras sin derechos especiales y exclusivos de ninguna especie. Dicha liberalización se ha hecho en algunos países manteniendo los poderes públicos dentro de su órbita las empresas en mano pública antes encargadas de gestionar los servicios públicos organizados sobre la base de derechos especiales o exclusivos, pero que ahora deben desarrollar su actividad en competencia con empresas privadas.

En otros países, además de liberalizar, esto es, de abrir la actividad a la libre iniciativa privada —sin reservas ni derechos de ningún tipo a favor de determinadas empresas— se han privatizado las viejas empresas públicas, que desarrollaban la actividad con base en tales derechos especiales o exclusivos. Privatizar significa, pues, otra cosa que liberalizar; significa entregar o vender a los particulares las empresas o los títulos representativos de capital que detenía el Estado en dichas empresas cuando la actividad se desarrollaba en régimen de servicio público y las mismas eran las encargadas de prestarlo.

En todo caso lo relevante a los efectos que aquí interesan es que la presencia del Estado —o más genéricamente de los poderes públicos— ha disminuido drásticamente como consecuencia de esa entrega a la competencia y al mercado de actividades que antes estaban reservadas a los servicios públicos que sólo el Estado por sí o por medio de concesionario podía desarrollar. Esa disminución de la actividad de servicio público que antes hacían los poderes públicos es la consecuencia más notoria del nuevo escenario que se establece en la última década del siglo XX.

Sin embargo, esa disminución ha ido acompañada de un acrecentamiento de la función reguladora del Estado y de las Administraciones públicas, se denominen como Agencias independientes, Autoridades Nacionales de reglamentación o mantengan la apariencia de la antigua Administración pública. Ello suscita la cuestión del nuevo papel del Estado en un Estado liberalizado. La reducción en extensión de la intervención en la prestación de servicios públicos se compensa, si cabe, con el aumento en intensidad de las tareas que ahora desarrolla en un doble papel.

Por una parte en su papel de regulador de las nuevas actividades en competencia que se desarrollan en el terreno de las viejas actividades de servicio público; papel regulador dirigido a evitar las tendencias al monopolio –todavía presentes en la actividad correspondiente a los viejos servicios públicos– que no desaparecen con la apertura a la competencia de los distintos sectores que antes estaban bajo el régimen de servicio público. No se han liberalizado todas esas actividades para que el final el monopolista legal de antaño sea sustituido por un monopolista *de facto* de hogaño.

Por otra se desarrolla en su papel de vigilante y asegurador de que los operadores privados que actúan en los sectores liberalizados cumplen con las obligaciones llamadas de servicio público que, sin ser servicios públicos en el sentido tradicional, responden a la misma finalidad de garantizar el acceso en condiciones de continuidad e igualdad a la generalidad de la población por tratarse de actividades esenciales o si se quiere, de interés económico general.

En ambas perspectivas la disminución del Estado no es tal sino producto de un cierto espejismo en el que la supresión de las viejas actividades prestacionales de servicio público se ha llegado a creer que suponía la desaparición de todo papel al Estado.

Y sin embargo las cosas suceden en realidad de otra manera muy distinta. Lo que se ha producido es una transformación de los papeles del Estado que de ser prestador ha pasado a ser, por una parte, regulador de actividades que se prestan en competencia y, por otra, garantizador de que las obligaciones de servicio público que se imponen a las empresas privadas que compiten en las actividades de interés económico general, se observen puntualmente por las empresas.

Ocurre que, en ese nuevo papel, el Estado ejerce unos poderes discrecionales más amplios de lo que nunca había ejercido y con un control bastante ligero por parte de los Tribunales.

Ese es el estado de la cuestión al comenzar el siglo XXI y esa situación merece algunos comentarios adicionales antes de poner de manifiesto los nuevos problemas que suscita la liberalización en un contexto de globalización.

En efecto, son varios los rasgos de ese escenario nuevo que ha puesto en pie la liberalización. El primero tiene que ver con el carácter neutral, frente a lo que en algún momento ha podido parecer, de la liberalización respecto de las obligaciones que durante mucho tiempo se han considerado propias de un Estado social y democrático de Derecho.

El segundo tiene que ver con la posición del Estado y singularmente de la Administración en ese nuevo contexto y los poderes que ha obtenido.

1. *La neutralidad de la liberalización respecto al papel del Estado de bienestar*

El proceso de liberalización ha dado lugar a un cierto debate sobre las razones del mismo. Ha habido quien ha querido asociarlo con razones ideológicas conectadas con las modas neoconservadores y quienes han sostenido las

razones económicas y tecnológicas que han impulsado el proceso, sin olvidar las razones jurídicas que han estado presentes. En todo caso no parece que el proceso iniciado en la mitad de los años ochenta haya pretendido alterar la lógica del Estado de bienestar, entendido al modo europeo. En realidad puede adelantarse que la liberalización ha acabado siendo neutral a ese respecto.

a) Las razones económicas y tecnológicas para iniciar el proceso.

La liberalización de los antiguos servicios públicos ha sido acompañada de un debate sobre las razones de tal liberalización. En ese debate han existido muchos prejuicios ideológicos al suponer que el proceso venía impulsado por razones de preferencias ideológicas que ponían en cuestión el modelo de Estado de bienestar.

Sin embargo las cosas no son exactamente así. El origen de la liberalización en España y en Europa está en el impulso proveniente de la Comisión Europea. Las causas hay que encontrarlas, por una parte, en las innovaciones tecnológicas y en su convergencia con la informática; ese desarrollo tecnológico permite romper con la idea de que los viejos servicios públicos desarrollados en actividades en red –y por eso mismo abocadas al monopolio natural– eran necesariamente el terreno adecuado para la asunción por el Estado de las prestaciones que tales servicios procuraban a la población. Si estaban abocadas al monopolio y eran, además, actividades esenciales, lo normal era la reserva al sector público de las mismas.

Sin embargo, las nuevas tecnologías aplicadas a tales servicios permiten pensar en formas de prestación no ligadas necesariamente al servicio público. Es lo que ocurre en el transporte por ferrocarril, por ejemplo, en el que las telecomunicaciones y la informática permite que la infraestructura por la que discurren los trenes pueda ser utilizada por diversas empresas en competencia, sin generar riesgos para la seguridad del tráfico derivados de la multiplicidad de usuarios de la vía, que era lo que antes se erigía en obstáculo insalvable –ni siquiera era concebible– para permitir la competencia sobre esa infraestructura.

Por otra parte, hay también causas que tienen que ver con la forma de afrontar en la segunda mitad de los años ochenta la crisis europea en muchos sectores tradicionalmente claves de su economía (siderurgia o sector naval); sectores que no pueden resistir la competencia proveniente de nuevas zonas del mundo con precios mucho más económicos sobre la base de una mano de obra muchos más barata. La Comisión Europea trata de impulsar un desarrollo de Europa basado en aquellas actividades con un fuerte componente de valor añadido y con necesidad de grandes inversiones en I+D como única forma de mantener la situación económica de los países europeos y de poder competir en un mercado cuya globalización se ve ya como inevitable.

El impulso hacia la liberalización es comunitario o, para ser más precisos, de la Comisión (pues son muchos los Estados que se resisten a abrir el proceso); las causas y razones de ese impulso parten de una formidable transforma-

ción de la tecnología y de su convergencia con la informática, para, a partir de ahí, concebir una política económica que permita a Europa mantener su posición en el mundo y, aún, mejorarla.

En el Libro verde de los servicios y equipos en el sector de las telecomunicaciones, por ejemplo, de 30 de Junio de 1987³³ la Comisión reconoce que ningún país de la Comunidad representa en el contexto mundial más del 6% del mercado de las telecomunicaciones, en tanto que los Estados Unidos representa el 35 % y Japón el 11%. Juntos, sin embargo, afirma la Comisión, supondrían más del 20 % del mercado mundial. Los datos tienen enorme significación porque, en la renovación de las telecomunicaciones que entonces se avecinaba y en la que ahora estamos inmersos plenamente, el esfuerzo de investigación —clave para ser competitivos en el largo plazo— exigía tener unos mercados amplios capaces de absorber el coste de dicha investigación. Y eso es lo que no sucedía en la Europa de principios de los ochenta, donde la existencia de monopolios nacionales en los servicios de telecomunicaciones —al margen de los efectos positivos que en otras épocas habían representado— suponía una compartimentación del mercado europeo que hacía muy difícil lograr, para cualquier operador, un mercado con la dimensión óptima como para situarse en él y pretender, desde ahí, competir por el mercado mundial con la industria americana y japonesa. Era preciso, pues, crear un auténtico mercado común en el sector de las telecomunicaciones que al romper la compartimentación de cada monopolio nacional hiciera posible a los operadores europeos tener un mercado de dimensiones óptimas, que fuese punto de partida para estar presentes en la competencia por el mercado mundial.

Ese puede decirse que es un objetivo prioritario de la Comunidad que le lleva a avanzar en los años sucesivos en la vía de la liberalización. Se trata, además, de un objetivo plausible y perfectamente razonable, que justifica, por sí mismo, la política de liberalización de las telecomunicaciones. En efecto los monopolios nacionales son los principales responsables de la compartimentación de mercados y de la imposibilidad de que surja una industria europea de la telecomunicación de tamaño adecuado para competir a nivel mundial y con capacidad suficiente para hacer las inversiones en investigación que demandan las innovaciones que hay que efectuar en este sector. La decisión de acabar con los monopolios presenta una cierta ambigüedad, pues si, por una parte, pretende fomentar condiciones de competencia en el interior de cada país de la Comunidad, por otra, persigue que las empresas nacionales, rotas las barreras proteccionistas en el interior de cada país, adopten una política de fusiones y concentraciones que les permitan adquirir el tamaño adecuado para poder competir a nivel mundial.

Lo mismo podría decirse de otros sectores en los que la ruptura de los monopolios de servicios —origen de la compartimentación de mercados nacionales— pretende también promover una concentración de empresas que diese

³³ COM(87)290 de 30 de junio de 1987.

a las mismas el tamaño adecuado para competir en el nuevo escenario globalizado que estaba en el horizonte y en el que ya nos encontramos en los inicios del siglo XXI. Ese tamaño adecuado les permitirá las economías de escala y alcance necesarias para poder competir en un escenario global. Les puede permitir, además, una vez adquirido el tamaño adecuado, seleccionar sus proveedores y favorecer la existencia de una industria europea capaz de competir con otras de otras regiones del mundo en su nivel de desarrollo. Es el caso del transporte aéreo y la creación de consorcios europeos de fabricación de aviones, probablemente sólo posible a partir de la conciencia de la necesidad de una auténtica competencia entre las viejas compañías de bandera, hoy privatizadas en su inmensa mayoría, y las nuevas compañías privadas surgidas del propio proceso liberalizador. También aquí la liberalización presenta los dos momentos u objetivos –liberalizar y concentrar– que no son incompatibles.

Por una parte, pues, ruptura de los monopolios nacionales para favorecer la competencia en el plano interno, pero, por otra, estímulo de las concentraciones para favorecer la competencia en el plano mundial³⁴.

La raíz de la política comunitaria en materia de liberalización de los viejos servicios públicos está, pues, en una decisión de carácter político que adopta la Comunidad a la vista de la situación de los distintos sectores, de las necesidades que tiene en cada país y de la importancia de buscar soluciones a la crisis que padecen determinados sectores, hasta entonces claves, en la mayor parte de los países comunitarios. Se trata de romper las barreras nacionales pensando en abrir mercados geográficamente más amplios –para empezar en el propio ámbito comunitario– que permitan las economías de escala que permitan competir con las empresas japonesas o americanas. La opción de la Comunidad por la apertura de los mercados está plenamente justificada en los argumentos de tipo económico y técnico que se manejan en las Comunicaciones y Libro verde que hemos citado y que son extensibles a otros sectores. La Comunidad, y en todo caso la Comisión, piensa que sólo preparándose para competir en un mercado global es posible la supervivencia de las antiguas empresas de servicios públicos. De ahí la necesidad de liberalizar en un primer momento, para conseguir, en un segundo momento, que las empresas tengan, mediante procesos de concentración, el tamaño adecuado para competir en ese escenario mundial.

Sin embargo lo peculiar de todo este impulso comunitario –o, para ser más precisos, de la Comisión– consiste en que, en vista de la oposición de los Estados que integran la Comunidad a impulsar la liberalización, la Comisión

³⁴ Vid La tensión existente en toda liberalización entre la competencia y los fenómenos de concentración es algo normal sobre lo que puede verse entre otros SCHMALENSSEE, Richard. «Economías de escala y poder de mercado» en VIVES, Xavier y GUAL, Jordi. *Concentración empresarial y competitividad: España en la C.E.E.*, Ariel Economía/Fedea 1990, págs. 56 y ss. También las reflexiones al respecto en FONT GALÁN, J. I. *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Studia Albornotiana, 1986, pág. 41.

va a ejercer, en solitario³⁵, al menos en algunos sectores pioneros, como el de las Telecomunicaciones, unas competencias normativas que hasta ese momento habían estado prácticamente inéditas y que va a abrir paso al proceso liberalizador. Los Estados, algunos de ellos al menos, van a llevar a la Comisión ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, pero éste confirma la competencia de la Comisión para dictar Directivas liberalizadoras³⁶.

Lo importante de esa iniciativa de la Comisión es que para justificar la misma se va a basar en una novedosa interpretación jurídica de los Tratados, a resultas de la cual la liberalización no sería tanto el resultado de una decisión política, como de una aplicación estricta o jurídica del Tratado en materia de libertades comunitarias y de normas de la competencia. Por tanto, aunque el trasfondo último de la decisión de liberalizar es político y se base en la preocupación de la Comunidad por el futuro económico de Europa si no liberaliza, su instrumentación es fundamentalmente jurídica ante la resistencia de algunos Estados a iniciar el camino de la liberalización³⁷.

Eso dota al Derecho de un carácter algo más dinámico en esta materia, aparte de la de ser reflejo de la voluntad de una comunidad sobre la ordenación de la convivencia y de pretender dotar de seguridad jurídica a los ciudadanos acerca de los que pueden o no hacer o de lo que tienen derecho a esperar. El Derecho no sólo persigue dotar de seguridad jurídica a los ciudadanos y ordenar la convivencia, sino también ha sido utilizado, en este caso, como instrumento para imponer el propio modelo de liberalización frente al más tradicional del servicio público. Pero el Derecho debe también procurar soluciones a nuevos problemas que se plantean en un escenario liberalizado y que eran desconocidos con las soluciones tradicionales. Tal vez por ello en los primeros momentos del proceso se reprocha al nuevo modelo una cierta ambigüedad en las soluciones y una cierta indefinición en las técnicas empleadas.

b) Los recelos comunitarios en relación con la liberalización y las aclaraciones de la Comisión y subsiguiente modificación del Tratado CEE en el Tratado de Amsterdam.

Pero la asimilación del carácter neutral del proceso liberalizador y de la consiguiente posición de los Estados en la vida económica no se produjo de inmediato. Por el contrario el impulso liberalizador suscitó recelos en el Parlamento Europeo y en los grupos de expertos que se crearon con ocasión

³⁵ Justamente el primer reproche con que va a tropezar la Comisión ante su primera Directiva liberalizadora en el referido sector de las Telecomunicaciones va a ser la de que carece de competencias legislativas para imponer tal liberalización en solitario y por su cuenta. El reproche se repite con ocasión de la segunda Directiva que adopta la Comisión por sí y ante sí y que confirma de modo definitivo la apertura del proceso de liberalización.

³⁶ Sentencias de 19 de marzo de 1991 (*Republica Francesa contra Comisión* en el asunto 202/88 y 17 de noviembre de 1992 (*Reino de España contra la Comisión* asuntos C-271/90, C-281/90 y C-289/90).

³⁷ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. «Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea» CEC 1994.

del «no» danés en el referéndum sobre el Tratado de Maastricht, así como con ocasión de las incertidumbres del referéndum francés sobre el mismo Tratado. En aquel momento se abre en la Europa comunitaria una sensación de crisis que exige reflexionar sobre lo que está pasando para determinar por qué, por primera vez, una iniciativa había sido rechazada en un país y a punto de naufragar en otro.

En esa crisis se lanza abiertamente la sospecha de que las razones de la desafección que empieza a notarse se debe a los procesos de liberalización que aparece como el chivo expiatorio del nuevo ambiente que empieza a notarse en la Comunidad; procesos de liberalización que algunos relacionan con una política neoconservadora que se olvida del modelo europeo de estado de bienestar que tanto éxito había tenido hasta ese momento. La paradoja es que ese proceso de liberalización lo lideró e impulsó el presidente de la Comisión más capaz de toda su historia: el socialista Jacques Delors. La mención de su filiación ideológica viene a cuento de la paradoja de que la desconfianza la provoca en el sector más progresista del Parlamento Europeo una política impulsada de forma muy decidida, precisamente por el Presidente de la Comisión que mejor debía haber sintonizado con ese sector del Parlamento.

En el fondo subyacía un equívoco sobre el sentido de la liberalización; equívoco que va a necesitar de la solución que supuso la introducción de un nuevo artículo en el Tratado CE sobre los servicios de interés económico general; nuevo artículo en el Tratado CEE, añadido en virtud del Tratado de Amsterdam.

La aparición de dicho artículo pudo suscitar una cierta sorpresa, tanto por su aparición misma, como por la determinación de su alcance. En efecto, en dicho artículo lo que se dice es que:

«la Comunidad y los Estados miembros... velarán porque dichos servicios (*los de interés económico general*) actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

La previsión resulta, tal vez, algo desconcertante; especialmente si se para mientes en que el núcleo que dota de sentido al artículo aparece en una oración subordinada:

«a la vista del lugar que *los servicios de interés económico general* ocupan *entre los valores comunes de la Unión*, así como de su papel en la promoción de la *cohesión social y territorial*».

Así pues, esa oración subordinada nos pone sobre la pista de que se está haciendo, nada menos, que una declaración programática sobre «los valores comunes de la Unión» que también tienen que ver con la «cohesión social y territorial». Tales afirmaciones parecen corresponder a lo que podría llamarse la parte dogmática del Tratado que ha reservado a una artículo independiente una previsión específica sobre los servicios de interés económico general.

Esa conexión con valores, y esa autonomía de que se dota al nuevo artículo 7 D introducido por el Tratado de Amsterdam (actual artículo 16), llevan de inmediato, a rechazar una primera tendencia a considerar que estemos ante

un artículo de puro adorno o de pura concesión verbal a los países que, en momentos difíciles, han continuado sosteniendo su filosofía de los servicios públicos y entre ellos, notoriamente, Francia. No puede tratarse de un brindis al sol, de una pura logomaquia o juego de palabras. La Comunidad no introduce gratuitamente textos en los Tratados fundacionales dada la dinámica que dicha introducción puede tener; y mucho menos lo hace cuando las prescripciones que en ellos se contienen se conectan inmediatamente con los más nobles valores de la Unión.

El análisis de los precedentes que conducen al actual artículo 16 resulta algo complejo por cuanto su filiación carece de todo registro oficial. Pero la lectura detallada de los distintos documentos preparatorios de la conferencia intergubernamental y las propuestas formuladas para la reforma del Tratado de Maastricht –lo que luego sería el Tratado de Amsterdam– nos permiten detectar las huellas de su genealogía y confirmar el análisis que acaba de adelantarse.

En efecto el primer documento que puede tomarse en consideración a estos efectos lo constituyen las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Cannes los días 26 y 27 de junio de 1995. En tal Consejo de los Jefes Estado o de Gobierno, según puede leerse en su letra A número 1.10, se dijo que:

«El Consejo Europeo reitera su deseo de que la introducción de una mayor competencia en numerosos sectores, con vistas a culminar la realización del mercado interior, sea compatible con las misiones de interés económico general que se imponen en Europa, y que se refieren, en particular, a la ordenación equilibrada del territorio, la igualdad de trato entre los ciudadanos, incluida la igualdad de derechos y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la calidad y la permanencia del servicio prestado al consumidor y la defensa de intereses estratégicos a largo plazo».

Esa declaración sobre el deseo explícito de compatibilizar la competencia con servicios de interés económico general y con las misiones propias de éstos –claramente más amplias que las circunscritas a la salud, seguridad y orden público– iba a ser complementada por las resoluciones del Parlamento Europeo de 17 de mayo de 1995 y por su dictamen de 13 marzo 1996. En la resolución de 17 de mayo y bajo el número 10 expresamente se dice:

«*El lugar del servicio público* en el marco de las acciones de la Unión Europea *debería quedar afirmado* mediante introducción de nuevos artículos que definieran la noción y el ámbito de aplicación del «servicio universal», garantizando a cada ciudadano el derecho a una acceso igual a los servicios de interés general, así como mediante disposiciones ad hoc que tengan en cuenta la especificidad de las empresas de servicio público».

Por su parte, el dictamen de 13 de marzo 1996 contiene previsiones de trascendencia, tanto en lo que se refiere al desarrollo de la dimensión social y

la política de empleo, como en su número 11.1, en el que se contienen propuestas de importancia en relación con los servicios públicos o de interés económico general y así puede leerse:

«11. Obligaciones de los servicios públicos:

La Unión Europea como promotora del interés general.

11.1. La acción de la Comunidad *no se orienta únicamente hacia el establecimiento de un régimen de competencia en el mercado único, sino que también está al servicio del interés general*, por lo que comporta misiones destinadas a reforzar la cohesión económica y social y proteger a los consumidores y usuarios.

11.2. Sería preciso modificar el artículo B del Tratado UE, así como el apartado 3 del artículo 90 y el artículo 100 A del Tratado CEE mencionando en ellos los servicios de interés general.

11.3. En el Tratado *deben consignarse los principios fundamentales del servicio público*, a saber, la accesibilidad, la universalidad, la igualdad, la continuidad, la calidad, la transparencia y la participación, en el marco del mercado único y con respeto al principio de subsidiariedad.»

No puede ser más explícito el dictamen del Parlamento Europeo sobre la compatibilidad del mercado con los servicios públicos, que parecen identificarse, sin problemas, con el concepto de servicios de interés general y cuyos principios identificadores coinciden con los tradicionales de la doctrina del servicio público.

Finalmente no puede dejar de mencionarse, por su importancia, el informe 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 contienen 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.»

Ninguna duda puede haber acerca del plano axiológico en el que el grupo de reflexión sitúa la cuestión. En línea con ello, en la segunda parte del informe y bajo el número I.10 se llega a decir que:

«Como antes veíamos, el principal desafío con que la Unión se encuentra, en su plano interno, es la *reconciliación con sus ciudadanos*. Por lo tanto, la próxima reforma debe tener como tarea prioritaria la de reforzar la legitimidad de la Unión ante la opinión pública».

En ese mismo sentido en el número II de la segunda parte y bajo el número 30 se recuerda que existen unos valores europeos comunes que la Unión debería proteger y fomentar:

«Estos valores constituyen la base de nuestras democracias y de nuestra seguridad y también se hallan presentes en el sentimiento de pertenencia de los ciudadanos».

Pues bien, tras ese exordio y bajo la letra A («Fomento de los valores europeos») se contiene un número 44 en el que textualmente se dice:

«La mayoría del Grupo está a favor de que durante la conferencia intergubernamental se *estudie la consolidación del concepto de servicios públicos de interés general como principio que complementa los criterios de mercado...* Algunos miembros opinan que en el Tratado deberían figurar más disposiciones, y con mayor alcance, sobre la función de los servicios públicos y los servicios de interés general, a fin de *garantizar que la competencia no influya en la accesibilidad, la calidad y el carácter general* de los servicios que se suministran al ciudadano. Otros creen que el mejor modo de defender el interés general es mantener las disposiciones existentes del Tratado, ya que, a su juicio, aseguran el adecuado equilibrio entre la política competencia y las necesidades de los servicios públicos de interés general».

Como puede apreciarse es la mayoría del grupo de reflexión la que está a favor de consolidar el concepto de servicios públicos de interés general; a partir de ahí, algunos opinan que el Tratado debería contener más previsiones al respecto y otros que las existentes ya son suficientes. Pero incluso estos últimos distinguen al hablar de «equilibrio» entre la política de competencia y las necesidades de los servicios públicos de interés general.

Los textos que acaban de transcribirse ponen de relieve la dimensión política y axiológica en la que se quiso situar la cuestión del servicio público o de los servicios de interés general en los trabajos preparatorios de la conferencia intergubernamental. Como colofón de esa serie de documentos cobra ya sentido la aparición, algo sorprendente, de la Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 1996.

Sorprendente porque la forma de aproximarse a la cuestión de los servicios de interés económico general no va a ser ya la puramente formalista que lucía en algunas Directivas promotoras de la liberalización en distintos servicios, sino que, justamente, se sitúa en el plano político y axiológico. La Comunicación arranca con una afirmación de porte y trascendencia política como es la de que:

«La solidaridad y la igualdad de trato, en el contexto de una economía de mercado abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad Europea. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de estos objetivos... Por ello, los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad como ha señalado la Comisión en su reciente dictamen sobre la reforma de los Tratados europeos»³⁸.

La Comisión en su Comunicación de septiembre de 1996 va a desarrollar su filosofía de los servicios de interés general como elemento clave del modelo de sociedad europea. No se renuncia a la competencia, como es lógico, dadas las evidentes ventajas que en muchos casos presenta, pero sitúa la cuestión de los servicios de interés general en una dimensión valorativa completamente distinta de la que venía siendo utilizada por la Comisión. La Comunicación va a llegar a afirmar el principio fundamental de neutralidad frente al estatuto público o privado de las empresas (artículo 295 del Tratado) y, lo que es más importante, (y desde luego no había sido el criterio anteriormente defendido por la Comisión) la libertad de los Estados miembros «para definir las misiones de interés general, otorgar derechos especiales o exclusivos necesarios para realizar estas misiones a las empresas responsables, ordenar su gestión y encargarse, en su caso, de su financiación, con arreglo al artículo 90 del Tratado».

La Comunicación parece entender que los valores a que pretenden dar satisfacción los servicios de interés económico general pueden cubrirse perfectamente con las técnicas puestas en pie, en contextos liberalizados, a través por tanto de las técnicas del servicio universal y otras obligaciones complementarias de servicio público. También va a recordar el principio de proporcionalidad en la determinación de cuándo optar por el establecimiento de servicios de interés económico general a través de derechos especiales o exclusivos. En suma no puede desconocerse el cambio de sensibilidad que late en la Comunicación respecto de la posición anterior de la Comisión, por más que el sentido último de la Comunicación se preste a debate³⁹.

En todo caso lo relevante es que los protagonistas de la construcción comunitaria verbalizaron en esos años sus recelos en relación con una construcción comunitaria que les parecía que le alejaba del modelo de Estado de Bienestar que había caracterizado hasta entonces a Europa; y les alejaba preci-

³⁸ La Comisión en efecto en su dictamen de 28 de febrero 1996 «Reforzar la unión política y preparar la ampliación» habría recogido la idea del modelo de sociedad al afirmar que «edificado sobre un conjunto de valores comunes a todas las sociedades europeas, el proyecto europeo pretende promover dichos valores, que combinan los rasgos característicos de la democracia –derechos humanos, Estado de derecho– con los de una economía abierta basada en el dinamismo del mercado, la solidaridad y la cohesión. Entre estos valores figura el acceso de los ciudadanos a servicios universales o a servicios de interés general, que contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato».

³⁹ Comunicación de 11 de septiembre de 1996 COM(96) 443 final. En realidad ese canto al principio de subsidiariedad en la definición de las misiones no se ajusta a precedentes documentos de la Comisión, que somete a los Estados al criterio de la misma, si bien se trata de documentos no influidos por la aprobación posterior del principio de subsidiariedad.

samente por la liberalización de la economía; es decir por el nuevo papel que se asignaba al Estado y al mercado en la prestación de los servicios públicos fundamentales o, si se quiere en terminología comunitaria, en la prestación de los servicios de interés económico general. No deja de ser expresivo de ese temor la posición de los parlamentarios antes transcrita en la que lo que se pedía era un reconocimiento explícito en el Tratado del papel e importancia de los «servicios públicos». Eran los «servicios públicos» como tales los que se querían ver consagrados en el Tratado para evitar sin duda su liquidación. La Comunicación de la Comisión tuvo el mérito de aclarar que su concepto de los servicios de interés general no era incompatible con la posibilidad de que los mismos pudieran prestarse bajo la forma de derechos especiales o exclusivos (los servicios públicos en monopolio) si se daban circunstancias que lo aconsejasen; de aclarar también que, incluso en el supuesto de que hubiesen de prestarse en régimen de libre competencia, se podían imponer obligaciones de servicio público para preservar los objetivos de solidaridad que los viejos servicios públicos querían satisfacer.

Aclaradas esas dudas y disipados esos recelos se acabó introduciendo un artículo en el Tratado en el que no se habla ciertamente de servicios públicos, sino de servicios de interés económico general, pero por otra parte se reconoce y declara su papel “en la promoción de la cohesión social y territorial”, además de reconocer el valor que ocupan entre los valores comunes de la Unión. Con ello los servicios de interés general, sea cual sea la forma bajo la cual se satisfagan, quedan comprometidos, en el nivel mismo de los Tratados, con objetivos de solidaridad como la promoción de la cohesión social y territorial, manifestación de esos valores comunes y del Estado de Bienestar que parecía quedar comprometido.

Estas escaramuzas en la aprobación del actual artículo 16 del Tratado CE pone de relieve, mejor que ningún otro ejemplo, cómo, en realidad, la liberalización no debe contraponerse con el modelo de Estado de bienestar ni con las exigencias del Estado social y democrático de derecho, sino que es neutral a ese respecto.

c) La denominación misma de servicios de interés económico general pretende ser neutral en cuanto no prejuzga la forma de desarrollar una concreta actividad.

La liberalización comporta un cambio de régimen jurídico en el que lo que antes estaba reservado en monopolio a determinadas empresas del sector público o a la propia Administración —o a un concesionario con derechos especiales o exclusivos—, ahora se entrega a la competencia. Pero sería un error resumir ese cambio, esa transformación, creyendo que todo consiste en una pura y simple apelación al mercado como sustitutorio del papel que antes asumían los Estados.

La actividad en el campo de los antiguos servicios públicos no es una actividad cualquiera entregada a la libre iniciativa particular. Se trata de activida-

des que se caracterizan como de «interés económico general». Esa es la terminología del antiguo artículo 90 del Tratado CEE –actual artículo 86 del Tratado CE–, sobre la que se ha construido la liberalización. Pero ese término es expresivo de algo diferente de cualquier otra actividad que no sea de interés general. La cuestión es que en nuestro Derecho –como, por lo demás, en los de los países circundantes de tradición francesa– lo que eso significa está todavía por construir. En nuestro país estaba acuñada la categoría de los «servicios públicos» o el de las actividades libres; incluso la de las actividades libres aunque reglamentadas. Pero no se había utilizado como propia la categoría de «servicios de interés económico general». Con esa denominación se quiere sin embargo expresar lo esencial del cambio.

En efecto, esos servicios están sometidos a las reglas del Tratado. Esa naturaleza –la de ser servicios de interés económico general– no significa que en todo caso y necesariamente hayan de estar abiertos a la competencia; de hecho puede haber servicios de interés económico general que, por razón de la misión que tienen que cumplir y dadas las circunstancias de la actividad, pueden seguirse prestando en monopolio; pero si no concurren tales circunstancias, tales servicios se prestarán habitualmente en régimen de competencia según se establece en los años noventa por la Comunidad, dando un giro a su posición anterior sobre la interpretación del artículo 90 citado. En todo caso de prestarse en competencia la misma ha de ser compatible con el mantenimiento de algunos objetivos de interés general que determinan un régimen peculiar en estas actividades que no se presenta en las demás actividades promovidas por los particulares y que no están calificadas como de interés económico general.

El concepto de servicios de interés económico general es así un concepto genérico en cuanto se limita a decirnos que se trata de servicios relevantes para la vida social; en muchos casos de servicios esenciales para la comunidad. No nos dice todavía si se han de prestar en competencia o bajo el régimen de servicio público⁴⁰.

Lo que sí es cierto es que tales servicios de interés económico general, a tenor del artículo 86.2 del Tratado CE, quedan sujetos en principio a las reglas del Tratado; y entre ellas y muy especialmente a las reglas de la competencia. Ello parece significar que quedan prohibidos formas de gestión pública o de servicio público que entrañen derechos especiales o exclusivos. Sin embargo no es eso todo lo que dice el artículo 86.2, pues el mismo ofrece una salida distinta en los supuestos en que la aplicación de las normas del Tratado –y en especial las de la competencia– suponga que dichos servicios no puedan cumplir las misiones públicas confiadas. Misiones públicas que se explican y justifican, en principio, por el carácter esencial o, en todo caso, por los intereses generales que satisfacen para una comunidad; satisfacción cuya garantía puede determinar que no queden entregados sin más a las reglas del mercado.

⁴⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y Mercado*, cit Civitas 1998, tomo I, págs. 225 y ss.

Ocurre entonces que el concepto de servicios de interés general es un concepto genérico en cuanto admite dos especies de gestión o desarrollo: en régimen de competencia —que es el preferente para el artículo 86 del Tratado— o en régimen de servicio público con derechos especiales o exclusivos, en el caso de que sólo de esa forma se asegure el cumplimiento de la misión pública confiada.

En todo caso los servicios de interés económico general tampoco suponen una simple y pura apelación al mercado, en el caso de que se presten en competencia, sino un régimen más complejo en el que la iniciativa privada es insustituible, pero en el que los intereses públicos en que haya competencia real y efectiva y en que se cubran determinadas obligaciones de solidaridad social o interterritorial no desaparecen, sino que modulan y condicionan todo el régimen jurídico de la actividad⁴¹; actividad que estando liberalizada, en cuanto abierta a la iniciativa particular, no es totalmente libre, puesto que las condiciones de entrada y permanencia en la actividad no dependen de la libre voluntad de los operadores.

2. Las características del nuevo papel regulador del Estado en relación con la discrecionalidad de la Administración y agencias independientes

En la era del Estado regulador (que algunos anunciaban como la era de la vuelta al Derecho privado o la era de la entrega de poderes a la sociedad civil, en que el Estado apartaba sus supuestas pecadoras manos de muchas actividades que durante muchos años constituyeron en el núcleo duro de la tarea de la Administración: los servicios públicos) nos encontramos con que éste nunca ha tenido tanto poder para ordenar y disponer en sectores clave. El Estado regulador para empezar es, debería ser, un Estado sometido a Derecho, desde luego, pero, sin dejar de serlo, es un Estado en que el Derecho amenaza en ese ámbito con ser sustituido por la economía⁴²; un Estado y una Administración en el que la aplicación de la discrecionalidad es el arma preferida. El ejercicio de la discrecionalidad por la Administración o por las autoridades de regulación es susceptible de control judicial, pero no se puede negar la dificultad de ese control cuando el referente último de la acción parece ser la economía.

⁴¹ El derecho de los operadores de telecomunicación, por ejemplo, a ser beneficiarios de la expropiación forzosa no podría explicarse nunca desde el derecho a la libertad de empresa movido por un legítimo ánimo de lucro; pues por legítimo que fuese ese ánimo sería inexplicable que habilite para privar a un tercero de su propiedad para satisfacer ese ánimo privado. Lo que explica esa condición de beneficiarios de la expropiación es que la actividad es de interés general y sólo desde esa calificación se puede justificar la condición de beneficiario. Ese ejemplo —y podrían ponerse muchos otros en cada uno de los sectores liberalizados— pone de manifiesto que estamos ante una actividad singular cuyo régimen jurídico, en cuanto prestada en competencia, pero con obligaciones de servicio público es bien singular sin que pueda calificarse desde luego como actividad de servicio público, por más que sobre ella puedan pesar obligaciones concretas de tal carácter.

⁴² Vid SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Ed. Real Colegio de España de Bolonia, 1993.

Las normas administrativas con contenido más o menos predeterminado han sido sustituida por la confianza en el mercado en el que se han puesto todas las complacencias de la doctrina. Y desde luego con muy buenas razones.

El problema, sin embargo, radica en que el mercado, en realidad, no existe en plenitud en muchos de esos sectores; y, cuando existe, aunque sea parcialmente, sus fallos –al menos en esos sectores que eran los antiguos monopolios naturales base de los servicios públicos– son clamorosos.

La cuestión, entonces, consiste en que cuando no existe el mercado se hace perentoria la regulación pública, pero ya no se trata de una regulación que se limita a corregir está o aquella pequeña desviación del mercado, sino que tiene que sustituirlo.

El Derecho en esos ámbitos da directivas más o menos vagas, pero siempre imprecisas, sólo susceptibles de rellenarse con referencias a conceptos o teorías económicas que acaban atribuyendo a la Administración reguladora un poder como nunca había tenido en los últimos cien años.

Los tribunales no se atreven a controlar a la Administración reguladora o lo hace con enorme cuidado cuando se recurren unas decisiones, cuyo parámetro de justicia no está fijado por la norma, sino remitido a la economía o a las reglas de la competencia. Así hemos podido ver en los últimos años cómo diferentes operaciones de concentración de empresas en un mismo sector unas veces son aprobadas y en otros casos rechazadas, sin que por el momento los tribunales hayan sido capaces de encontrar argumentos para controlar a la Administración.

Todo ello se debe probablemente a que el Derecho –el derecho sustantivo del Estado regulador– al que hay que recurrir carece de densidad y se queda en el terreno de los principios, siempre fecundos, pero por eso mismo siempre inciertos; especialmente cuando no operan como criterios de interpretación de una regulación más o menos completa o como criterios para rellenar las lagunas del ordenamiento, sino como criterios para construir un Derecho de poca densidad cuyos fundamentos se hallan, precisamente, en la apelación al mercado; es decir a la naturaleza de las cosas. Ocurre que se trata de que el mercado –la naturaleza podíamos decir– falla, y frente a esos fallos los principios que se sugieren u ofrecen consisten en forzar o propiciar el mercado y la competencia. En esa formulación se percibe una petición de principio.

En esa sugerencia hay, en efecto, una cierta petición de principio que pone de manifiesto una contradicción casi intrínseca, un oxímoron en definitiva, puesto que el mercado es el reino de la libertad, la espontaneidad y la no intervención y se pide la intervención para lograr el mercado. En el reino de la libertad y la espontaneidad –en el que se supone que la naturaleza de las cosas hace que los bienes y servicios encuentren su precio y eso mismo determine las decisiones de agentes libres y privados sobre lo que hay que producir– se reclama la intervención pública. Intervención no para garantizar condiciones externas de seguridad, orden público, aseguramiento del cumplimiento de obligaciones contractuales, etc., que eso se da por supues-

to que debe ser un papel del Estado irrenunciable, sino para determinar la conducta de los operadores en el mercado de que se trate de forma que llegue a haber realmente un mercado.

Todo eso es, por otra parte, en cierto sentido normal en el mundo del mercado. Desde hace mucho las normas del Derecho de la competencia, por otra parte necesarias e inevitables, no pueden negar la contradicción esencial en la que parecen vivir. Pero todo ello parecía más soportable cuando nos enfrentábamos —en sectores en los que, en principio, se daba la competencia— a prácticas colusorias o abusos de derecho (abusos de posición dominante) que trataban de eliminar tal competencia que de modo natural existía. Pero cuando lo que ocurre es que, en sectores abocados al monopolio natural, se trata de imponer la competencia con técnicas que *ab initio* precisan y exigen la intervención pública, entonces la contradicción interna del régimen jurídico aplicable —lo que se ha llamado la normativa *ex ante*— se hace más ostensible. Eso no quiere decir que no sea necesaria esa imposición, en absoluto. Solo quiere decir que hay que tener la suficiente lucidez para no hacer fundamentalismos de la reducción del papel del Estado, cuando sin el Estado no puede haber, en estos sectores de monopolio natural tradicional, mercado alguno.

El mercado, en efecto, funciona sin intervenciones externas del poder, que pueden suponerse antinaturales; sólo las indispensables que antes se han señalado serían compatibles con un mercado que funciona naturalmente y que sólo precisa de la intervención pública para dar seguridad a las transacciones (orden público, justicia rápida, etc.) o para reprimir abusos de la competencia en un mercado en el que la competencia existe o puede existir de modo natural.

Sin embargo en los supuestos de fallos del mercado o más radicalmente de falta de mercado por tratarse de monopolios naturales —característicos de los antiguos sectores de servicio público— lo que se le pide al Estado regulador es que propicie el mercado. Pero en esa tarea se rompe de algún modo la lógica misma del mercado —que en puridad no existe— y se sustituye por la de la intervención. Se incurre así en el oxímoron. Es verdad que se trata de una intervención dirigida, eso sí, a que exista el mercado. Pero tal directriz —propiciar el mercado— es, si no la única, sí la fundamental que se le da al poder regulador. Y con esa directriz tan débil —y tan lábil— lo que se rompe es la lógica del Derecho público que justamente era la de someter el poder al Derecho con exigencias claras y precisas poniendo cerco a la discrecionalidad en la mayor medida posible. Sin embargo en el ámbito del Estado regulador la densidad del Derecho es muy baja y, prácticamente, se sustituye por directrices que apelan a la naturaleza de las cosas⁴³. Se rompe también la lógica del Derecho privado, así como del mercado, que conecta con la

⁴³ Una naturaleza de las cosas que la realidad por su parte ha puesto en cuarentena y que por eso apela al Estado. La naturaleza de las cosas sería el monopolio natural. Lo que se le pide al Estado es que fuerce esa naturaleza imponiendo el mercado allí donde la naturaleza de las cosas lleva al monopolio u oligopolio.

libertad, la no intervención y el respeto a la soberanía de la voluntad de los agentes libres del mercado.

La paradoja es que el temor al Estado y a sus regulaciones ha hecho, tal vez, que nunca el Estado y en concreto la Administración hayan tenido tanto poder como ahora en el escenario de la desregulación. La falta de densidad normativa se sustituye, en estos ámbitos, por la creación de Agencias independientes que, en la práctica, ejercen poderes jurisdiccionales ante el temor que los Tribunales de justicia experimentan para sustituir los criterios economicistas que parecen presidir las resoluciones de Agencias independientes. Los operadores económicos parecen sentirse más cómodos con un Estado cuya única directriz –o al menos la más importante– consiste en propiciar el mercado; tal vez con ello crean que las incertidumbres y los errores del presente son más tolerables mientras se tenga la esperanza del futuro advenimiento del mercado. Pero si éste se retrasa el desasosiego empieza a cundir por doquier.

En estas condiciones la apelación a los Tribunales para controlar las decisiones de tales agencias y organismos reguladores no acaba de ofrecer todas las garantías, pues, como se ha indicado, los Tribunales no se sienten capacitados para enmendar la plana a organismos especializados en los distintos sectores que aseguran ser –y el propio legislador lo confirma– los intérpretes autorizados de lo que el mercado *in fieri* necesita para llegar a existir como tal. En esas circunstancias esos organismos o agencias independientes o especializadas acaban, *de facto*, asumiendo poderes cuasi-jurisdiccionales y acercándose a los célebres *quangos* de la cultura anglosajona.

Se trata en todo caso del ejercicio de funciones prácticamente jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales que parecen más conectadas con las tradiciones andaluses de la justicia del Cadí basada en la prudencia y en el libro sagrado –de que hablará LBN HARIT AL-JUSANI⁴⁴– que con el despliegue de técnicas jurisdiccionales que, para controlar al poder, inauguró la Revolución francesa. Esta última lo hizo posible con su confianza en la Ley expresión de la voluntad general y, hoy día en todo caso, de la voluntad democrática. Aquélla no tenía más Ley, aparte –y tal vez por encima– de la voluntad del Califa, que el libro sagrado –la voluntad divina que tiene su reflejo en la naturaleza de las cosas–, todo ello sin perjuicio de la propia capacidad y sentido común del Cadí. Ley humana frente a Ley divina o natural; Tribunal de justicia frente a Cadí.

Parecería que la desconfianza en la voluntad democrática capaz de interferir en el mercado ha hecho preferir la justicia del Cadí que se inspira en la Ley eterna de la naturaleza de las cosas –en este caso del mercado– sin que, pese a ello, se sienta la amenaza de interferencia de sus decisiones, tal vez porque se piensa que, en teoría, si se inspira la justicia en la naturaleza y en el mercado no podría ir en contra del mercado.

⁴⁴ Vid. «Historia de los jueces de Córdoba». Granada: Editoriales Andaluzas Unidas, 1985; también WEBER, Max en su obra *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica 1964, págs. 510 y ss.

Es dudosa sin embargo la utilidad de una técnica de control, ejercida en la práctica por órganos especializados, de decisiones que lo que tratan no es de respetar la naturaleza –un mercado que no funciona– sino de crearla de acuerdo con una concepción ideal no sólo de lo que debe ser el mercado, sino de cómo lograr su efectiva implantación, frente a las resistencias que la naturaleza misma –el mercado– entregada a su propia dinámica le opone.

Las referencias a la justicia del *Cadí*, debe acotarse en su justo alcance. En realidad se emplea, en buena parte, como una caricatura que acentúa o enfatiza determinados rasgos con la finalidad de –con esa énfasis– llamar más la atención sobre lo absurdo de algunas posiciones del fundamentalismo neoliberal que no parece caer en la cuenta de todas las consecuencias de sus posiciones. Constituye también una crítica a esas posiciones fundamentalistas. Pero dicho eso hay que decir que también las Leyes tienen límites en el modelo de Estado que surge de la revolución y de la Ilustración y que la Ley no puede agotar la regulación de todos los supuestos de la materia que regula.

Cuando se trata de cuestiones de funcionamiento de la economía todavía resulta más difícil establecer en la Ley reglas precisas que determinen de forma concreta lo que hay que hacer; menos todavía cuando de lo que se trata es de crear un mercado allí donde la naturaleza parece resistirse a que exista, pues lo natural, parece ser más bien el oligopolio o el monopolio. Quiere decirse con ello que el Derecho tiene que ser capaz, hasta donde pueda, de someter a normas las decisiones de las nuevas agencias u organismos de regulación independientes, pero que también el legislador tiene sus límites. La independencia de los organismos de regulación, en alguna medida limitada, es una de las soluciones a los problemas que suscita el carácter no asequible para la Ley de muchos aspectos de la regulación –los atinentes a propiciar la competencia en un mercado que no tiende a ella– de las antiguas actividades de servicio público. Pero la independencia de las autoridades de regulación –o reglamentación como parece preferir llamarlas el Derecho comunitario– no puede ocultar en todo caso que, por independientes que sean, no dejan de ser Administración –sea cual sea su supuesta independencia– y no son, desde luego, poder judicial.

La transparencia de sus procedimientos, el llamamiento a los interesados, la motivación de sus decisiones, el ajuste a sus propios precedentes, la explicación o motivación de la desviación de estos, y en ocasiones un empleo racional y motivado de la vieja tónica –pasada por el tamiz viquiano del sentido común, en cuanto el generalmente admitido–, son algunos de los instrumentos de reducción de la discrecionalidad que pueden superar la imagen negativa que la alusión a la justicia del *Cadí* pueda sugerir, especialmente cuando en esa justicia hay también buenos ejemplos de un hacer jurídico muy fino. Si se ha empleado es porque se ha utilizado en alguna literatura jurídica continental como ejemplo de un modo de hacer muy distinto al propio del derecho surgido de la Revolución Francesa como es el caso de Max Weber.

Sea como fuere, en ese contexto, y mientras no se encuentren técnicas sustantivas de control, los aspectos organizativos y procedimentales –como sucedió en los albores del Derecho administrativo– han de cobrar cada vez más importancia; no sólo en la perspectiva de la eficacia, sino también en la perspectiva del control *ex-post* de lo que hace la Administración o sus agencias.

IV. EL DEBATE SOBRE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL NO ECONÓMICO

Un último apunte debe hacerse y es el relativo al limbo en el que parecieron quedar los servicios de interés general, es decir lo que no llevan el adjetivo «económico» calificando el interés de que se trate. Los servicios de interés general, frente a los servicios de interés «económico» general, parecían constituir una categoría diferente. En realidad esta nueva y supuesta categoría parece haber dado lugar a un debate sobre su alcance y significado⁴⁵. Para empezar debe reconocerse que el Tratado CE no habla en realidad de los servicios de interés general o si se prefiere de los servicios de interés general no económicos. La realidad es que su aparición en escena se debe en buena medida a la Comunicación de la Comisión de 1996 y a la posterior del 2000. Finalmente el Tribunal de Justicia ha entrado en la distinción con lo que ha cobrado carta de naturaleza a la vez que ha dado lugar a la introducción de bastante confusión en su delimitación⁴⁶.

El Tratado CE habla en su artículo 86.2 de las empresas que presten servicios de interés económico general que deberán someterse a las reglas del tratado salvo que esa sumisión comprometa la misión pública confiada. De ahí se ha deducido que además de las empresas que prestan servicios de interés económico general debe haber otras empresas que prestan servicios de interés general pero que no son de carácter económico; estas empresas no estarían sometidas a las reglas del Tratado.

⁴⁵ Vid Sentencia de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, as. ac. C-158/91 y C-160/91; Sentencia de 16 de noviembre de 1995, Fédération Française des Sociétés d'Assurance y otros, as. C-244/94; Sentencia de 21 de septiembre de 1999, Albany, C-67/96; Sentencia de 22 de enero de 2002, Císal, C-218/00; Sentencia de 16 de marzo de 2004, AOK Bundesverband, as. ac. C-264/01, C-354/01 y C-355/01; Sentencia de 28 de abril de 1998, Khol, C-158/96; Sentencia de 12 de julio de 2001, Smits, C-157/99; Sentencia de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99; Sentencia TPI de 4 de marzo de 2003, FENIN, T-319/99. Las mismas son comentadas por Vaquer Caballería, Marcos «Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general» en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 8. Ed. Iustel además de hacer un interesante análisis del problema.

⁴⁶ En el párrafo 32 del Libro Verde sobre los servicios de interés general Bruselas 21.5.2003 COM(2003) 270 final se dice: «Los servicios de interés general de naturaleza no económica y los servicios sin efecto en el comercio entre los Estados miembros no están sujetos a normas específicas comunitarias ni tampoco a las normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales del Tratado. Sí están sometidos, en cambio, a las normas comunitarias aplicables a las actividades no económicas y a las actividades que no tienen efecto en el comercio intracomunitario, incluido el principio fundamental de no discriminación».

Lo cierto es que el Tratado no menciona expresamente estas empresas de interés general no económico, pero se ha deducido a *contrario sensu* que la mención de unas –las de interés económico general– para someterlas a las reglas del Tratado de forma general, suponía reconocer la existencia de otras que quedaban al margen de las reglas del Tratado. La razón de esa diferencia de trato se justificaría precisamente en la falta de relevancia económica de la actividad.

Probablemente los padres fundadores pensaran mas bien en el ejercicio de funciones públicas propiamente dichas. Así una establecimiento penitenciario por más que en el se desarrollen actividades que impliquen un gasto económico no responden a la idea que se tiene de lo que es una actividad de interés económico. El interés político o la función pública que cumplen difumina los aspectos económicos subyacentes.

En la comunicación de la Comisión de 1996 y en sus comunicaciones posteriores, así como en los libros blanco y verde sobre los servicios de interés general en Europea se ha abierto un debate que pone de manifiesto la ambigüedad. De la misma no ha sido capaz de sacarnos completamente el Tribunal de Justicia en las sentencias que han abordado la cuestión.

Todo parte en realidad de la afirmación apodíctica contenida en la Comunicación de 1996 de que un ejemplo de servicio de interés económico general no económico sería la educación o la sanidad. La afirmación se hace en la Comunicación del 96 como si estuviera hablando de cosas evidentes que no admiten discusión, como si se tratara de la naturaleza de las cosas. Sin embargo a poco que se piense, ni la educación, ni la sanidad, ni la seguridad social son servicios o actividades que estén desprovistas de connotaciones económicas. Si es así ¿por qué entonces calificarlos como servicios de interés general sin más; esto es de servicios que no tienen dimensión económica?

La pregunta no tiene una fácil respuesta y, como muchas veces sucede en el ámbito comunitario, las Instituciones –Comisión y Tribunal de Justicia– contribuyen a hacer más complejas cosas que en realidad no debían serlo.

La diferencia entre unos servicios y otros –los de interés general a secas y los de interés económico general– no consiste en unos rasgos que lleven inscritos de forma indeleble en su propia naturaleza. Para empezar debe recordarse que todos los servicios de interés económico general, además de su dimensión económica tienen una dimensión no económica –su interés general precisamente– que es lo que explica que puedan quedar excluidos eventualmente de las reglas del Tratado y de la competencia; que puedan quedar sujetos en definitiva a derechos exclusivos o especiales o, si se prefiere, a regímenes de servicio público. Transportes, telecomunicaciones, sector postal, energía eléctrica han podido estar sometidos durante mucho tiempo –hasta su liberalización precisamente– a regímenes de servicio público porque, además del componente económico que les era propio, conllevaban un componente de interés general consistente en que satisfacían, todos ellos, necesidades relevantes e insustituibles para una comunidad que por eso mismo no admitían ser dejadas a la dinámica del mercado. El modelo europeo de Estado de bienestar exigía por

otra parte que en este tipo de servicios jugasen principios como el de igualdad, continuidad, etc que el mercado por sí solo no estaba en condiciones de asegurar. Por eso tales servicios, pese al contenido económico de sus prestaciones, tenían unas connotaciones –relativas a la importancia y la generalidad de las necesidades que satisfacían– que dieron lugar a que se admitiera hasta finales del los años ochenta que se podían prestar bajo formas de servicio público, pues el sometimiento a las reglas del Tratado y, en especial, a las de la competencia podía hacer peligrar la misión confiada a esos servicios que no era otra que la de permitir el acceso a los mismos en condiciones de igualdad.

Con el tiempo se pensó que esas misiones que atendía el servicio público, podían ser atendidas igual, o mejor, abriéndolas a la competencia e imponiendo a los nuevos operadores privados algunas obligaciones de servicio público.

Ahora bien, junto a los servicios de interés económico general –explícitamente mencionados en el Tratado– se pensó que, a *contrario sensu*, existían otros servicios o si se prefiere funciones que no eran de interés económico general; se considera así que si los de interés económico general quedaban sometidos a las reglas del Tratado los de interés general a secas o no económicos no quedaban sometidos a tales reglas; simplemente porque no habían sido mencionados en tal sentido. De esos servicios nada decía en efecto el Tratado. La alimentación de los internos en una prisión, o la de los soldados de reemplazo o determinadas funciones de carácter público no podían quedar sometidas a las reglas del Tratado o de la competencia. Probablemente se pensaba en las funciones públicas que, por más que tuvieran alguna dimensión económica, no podían ser sometidas a las reglas del Tratado.

La cuestión no necesitó más precisiones o aclaraciones mientras la totalidad de los servicios públicos que luego habrían de liberalizarse estuvieron exentos de las reglas del Tratado. La cuestión, en cambio, cobró importancia e interés una vez que todos los viejos servicios públicos habían sido liberalizados. En ese momento surgía la cuestión relativa a la educación, la sanidad y la seguridad social. Respecto de ellos la Comunicación de septiembre de 1996 aclaró que los mismos pertenecían a la especie de los servicios de interés general no económico. Además aprovechó para establecer el concepto genérico de servicios de interés general como comprensivo tanto de los servicios de interés económico general como de los servicios de interés general no económico. La expresión servicios de interés general no prejuzga de cuál se está hablando. Los que no son de interés económico general son de interés general no económico, pero éste énfasis en que no tienen carácter económico resulta algo equívoco como enseguida se verá porque lo distintivo no es el que tengan o no connotaciones económicas –pues siempre tienen alguna– sino la importancia de las no económicas.

En todo caso a la hora de examinar cada servicio en concreto pueden surgir dudas. Dudas que no quedan del todo despejadas con la jurisprudencia comunitaria. En efecto, si uno examina la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a ese respecto se percibe una cierta ambigüedad. O para ser más exactos, se tiene la sensación de que se está incurriendo en un debate bizantino parecido al del sexo de los ángeles.

Toda la cuestión reside, en nuestra opinión, en que la frontera entre unos servicios y otros no está en si la actividad es susceptible de tener trascendencia económica o, incluso, de ser retribuida por los perceptores o por el Estado en su nombre. En realidad la frontera está en la misión pública confiada a esa actividad. ¿Qué queremos decir con esto? Pues que la misión pública de la educación pública financiada con fondos públicos consiste en garantizar una real igualdad de oportunidades en la educación que sólo puede asegurarse, pueden pensar legítimamente algunos, si el Estado o los poderes públicos se hacen cargo de la educación de todos ciudadanos con fondos públicos. Y esa misión pública puede pensarse que no es compatible con las apelaciones a la competencia que se han hecho en otros sectores con independencia de que existan o no competidores. Resultaría entonces que es la naturaleza de la misión pública y no el dato de sus connotaciones económicas lo que hace que haya servicios a los que, de entrada, no se les confiera el carácter de servicios de interés económico general, pero en cambio se les reconozca el carácter de servicios de interés general no económico.

Aquí está el equívoco, porque los económicos no lo son porque tengan connotaciones económicas o porque puedan ser gestionadas por empresas con ánimo de lucro, sino porque las misiones públicas que puedan prestar no exigen necesariamente prescindir de los operadores privados o no exigen que los operadores públicos, si los hay, tengan que actuar sin condiciones de competencia.

Sería, así la relevancia de la misión pública y la importancia que tiene el que sea pública su gestión, lo que determina que *ab initio* algunas actividades no se consideren servicios de interés económico general sino de interés general; y como tales pueden gozar de derechos especiales o exclusivos o prestarse en condiciones que no son de competencia.

Eso supone dos cosas. Por una parte que hay servicios como la educación –considerados como servicios de interés general de carácter no económico por las propias comunicaciones de la Comisión– que se prestan sin observar las reglas del Tratado; así en Francia, los Colegios privados pueden funcionar sin subvención alguna, y por tanto compitiendo desigualmente con los Colegios públicos financiados con fondos públicos. La razón de ello no radica en que la educación no tenga contenido o dimensión económica –la propia subsistencia de colegios privados lo desmiente– sino en que, por encima de su contenido o connotación económica, prima la misión pública que justifica que entre las opciones legítimas de un Estado esté que la igualdad de sus ciudadanos se asegure con un sistema público de educación financiado con fondos públicos de los que no gozan los colegios privados. Lo mismo puede decirse de la sanidad o de la seguridad social.

Si eso es así pudo pensarse que en el artículo 86.2 del Tratado estaban todos los servicios con excepción de las funciones públicas propiamente dichas. Todos podrían haber sido considerados como servicios de interés económico general, solo que en algunos la exclusión de las reglas del Tratado sería absoluta porque no había posibilidad de pensar que los objetivos de igualdad se aseguraban igual con llamamiento a la iniciativa privada y con

imposición de obligaciones de servicio público. Y no habría posibilidad porque las decisiones sobre organización de la educación afectan al núcleo de la concepción de la igualdad de oportunidades que corresponde decidir a la soberanía de un Estado. El servicio postal podrá opinarse que puede entregarse a la libre iniciativa privada garantizando algunas obligaciones de servicio público; con ello no se afecta al trato igual de todos frente al servicio de correos. Lo mismo vale para el gas, la electricidad, las telecomunicaciones, los ferrocarriles, etc. Pero eso no vale ya para la educación, la sanidad o la seguridad social.

Es evidente que una escuela privada subvencionada o con obligaciones de servicio público puede contribuir a asegurar educación para todos, pero es probable que no garantice la igualdad de oportunidades de la misma manera. En todo caso son los Estados los que tienen derecho —y más que el derecho, el poder soberano— para decidir sobre el modelo de igualdad que quieren establecer en su Sociedad.

Desde esta perspectiva pueden entenderse mejor los ejercicios sobre la cuerda floja que parece hacer el Tribunal para decidir lo que pertenece muy claramente al ámbito de lo político, y aún de la soberanía, con criterios que parecen detallistas, economicistas o juristicistas pero que a la postre están buscando el sesgo soberano y político presente en la organización de un servicio de interés general no económico.

En todo caso la Comisión en sus comunicaciones y sus libros verde y blanco⁴⁷ sobre los servicios de interés general engloba bajo este término tanto los de carácter económico como los no económicos. Pero aparte de denominaciones la cuestión es dónde ubicar unos u otros, y no parece desde luego que el adjetivo económico sea el más significativo para marcar las diferencias.

V. LOS PROBLEMAS DE LA LIBERALIZACIÓN EN UN MUNDO GLOBALIZADO

El despliegue de la liberalización de servicios en la Europa comunitaria se saldó como se ha dicho con una cierta neutralidad respecto del Estado de Bienestar en la medida que la liberalización no implicaba la renuncia del Estado a perseguir determinados objetivos de solidaridad. En rigor, como se ha visto, la calificación de un servicio como de interés económico general no implicaba de suyo la necesidad de liberalizarlo aunque hacía recaer sobre el Estado que quería desarrollarlo a través de la concesión de derechos especiales o exclusivos (monopolio) la carga de la prueba de la necesidad de utilizar esa fórmula en lugar de la liberalización con imposición de obligaciones de servicio público. Esa posibilidad, por tanto, de seguir empleando la técnica del servicio público no está proscrita en el Tratado e, incluso, en muchos

⁴⁷ Libro Verde sobre los servicios de interés general [COM(2003) 270 de 21 de mayo de 2003]. Libro blanco, sobre los servicios de interés general [COM(2004) 374 final de 12 de mayo de 2004].

supuestos la propia Comunidad ha admitido que un servicio de interés económico general se preste en monopolio⁴⁸.

Por más que sea compleja hoy día la demostración de que los derechos exclusivos —el servicio público— son el mejor modo de cumplir una misión pública por no haber otro medios, menos restrictivos —por no decir supresores— de la competencia, que asegure los mismos fines de solidaridad social, lo cierto es que la comprensión comunitaria de la liberalización permite que un servicio de interés económico general pueda llegar a prestarse en régimen de servicio público si el mismo asegura mejor los objetivos de solidaridad presentes en el interés general de la actividad. Eso hace que la liberalización no se funde en un fanatismo sin vuelta atrás, sino en una elección ponderada de instrumentos para conseguir fines sin sacrificar los objetivos de servicio público y sin sacrificar la libertad de empresa. La verdad es que si la actividad liberalizada permite respetar la libre iniciativa empresarial y, a la vez, respetar los objetivos de solidaridad propios del servicio público, entonces puede decirse que es la mejor de las soluciones posibles.

Pero lo es por razones prácticas, porque concilia todos los aspectos positivos, no por razones de prejuicios ideológicos o fanatismos neoconservadores. Por eso mismo si en un momento dado, por las razones que fuesen, el modelo liberalizador no funcionase, los Estados podían decidir organizar la actividad de forma distinta. El proceso es así reversible, aunque haya que reconocer que poco probable tal reversión, dado que precisamente los objetivos de solidaridad son lo que mejor ha funcionado del proceso de liberalización en los distintos sectores. En cambio la instauración de una auténtica competencia es lo que está resultando más problemático.

Pues bien esa reversibilidad —no impedida constitucionalmente ni en el plano interno, ni en el plano comunitario (tomando en este último los Tratados o el derecho originario como el equivalente a las constituciones en el plano interno)— y lo improbable de la necesidad de hacerla, empiezan a ponerse en cuestión por mor de la globalización y de la ampliación de la Comunidad a los antiguos países del centro y el este de Europa.

La relativa homogeneidad económica —pese a las diferencias existentes— de la Europa de los quince queda alterada con la entrada de nuevos países con economías en estadios muy distintos; queda también alterada con un proceso de globalización que nos sitúa en un escenario mundial en el que el comercio de bienes y servicios suscita por doquier temores sobre el concepto de comercio justo. Temores tanto en las economías más subdesarrolladas, como en las emergentes, como en las más desarrolladas.

En las cumbres de la OMC los manifestantes son de todo tipo y condición y una buena parte provienen del mundo más desarrollado.

⁴⁸ Es el caso de la Directiva 90/388/CEE de 26 de junio que, si bien liberalizó determinados servicios de Telecomunicación, simultáneamente consideró legítimos los derechos exclusivos y especiales en relación con el despliegue de las infraestructuras y con el servicio de telefonía vocal. Es decir que un servicio de interés económico general se reconocía que podía prestarse con derechos especiales o exclusivos porque se admitía que había razones de solidaridad social e interterritorial que lo justifican.

Los retos a que se enfrenta hoy la liberalización son en alguna medida nuevos y dan lugar a los temores señalados. Así, en el ámbito de los servicios y desde luego también de los bienes, están a la orden del día los problemas que acaban de analizarse como consecuencia de la globalización que se dejan sentir en muchos sectores de la economía. De este modo, por ejemplo, la deslocalización de actividades, determinante de que muchas inversiones no se produzcan en nuestro país, sino que busquen producir en zonas del mundo con mano de obra más barata, esté siendo resentida por una parte de la población como un riesgo para el empleo en nuestro país y en general en los países de la Europa de los quince, respecto de los países de la ampliación. Y eso mismo ocurre en relación con los demás países del mundo a consecuencia de la apertura de mercados que se derivan de la dinámica de la OMC⁴⁹.

Los sindicatos ven con recelo esa dinámica de apertura de los mercados mundiales y de la liberalización del comercio y del mercado de capitales en cuanto pueda afectar al empleo y en todo caso a las propias capacidades negociadoras de los sindicatos.

En el reciente referéndum en Francia sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, parece que uno de los elementos decisivos del «no» francés fue el temor a la competencia en servicios que podía provenir de los países recién incorporados. La imagen del fontanero polaco que vendría a privar de trabajo a los trabajadores franceses fue utilizada por algún sector de los partidarios del no, según parece con éxito.

Otros de los motivos de temor, directamente relacionado con lo dicho, fue la propuesta de Directiva Bolkenstein⁵⁰ en la medida en que para favorecer un auténtico mercado interior de los servicios la Directiva construye la nueva regulación sobre la idea del país de origen, lo que significa en definitiva que el prestador se rige por el Derecho de su país de residencia, incluso para los servicios que preste en otro país distinto (país de la prestación). Ese derecho aplicable afecta, por ejemplo, a los derechos sociales y salariales de los trabajadores. Ello significaría para los sindicatos de los países más avanzados de Europa, que sus conquistas sociales se pueden ver en entredicho si se consagra ese principio del país de origen. De esta forma la libertad de establecimiento y la libertad de servicios que la Directiva preconiza se vio en Francia, por ejemplo, como un atentado a las condiciones laborales obtenidas en Francia por los sindicatos; condiciones que quedan comprometidas por una regulación que permitiese la prestación de servicios desde otro país con una regulación de condiciones laborales menos exigentes.

No obstante lo dicho el propio proyecto de Directiva limita el alcance del principio de origen al remitirse a lo reglamentos vigentes, pese a lo cual ha suscitado una fortísima oposición de los Sindicatos que no consideraban suficientes tales remisiones.

⁴⁹ Sobre la OMC en general y sobre el sistema de solución de diferencias en particular puede verse ZAPATERO, Pablo, *Derecho del comercio Global*, Ed. Thomson-Civitas, 2003.

⁵⁰ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior. La propuesta de Directiva es de 13 de enero de 2004, COM(2004) 2 final si bien la misma está sufriendo muchas modificaciones a su paso por el Parlamento Europeo.

El Parlamento Europeo ha debatido enmiendas a la Directiva en los últimos meses del año 2005 y las enmiendas son importantes. Se reprocha que el principio de país de origen de los servicios es contrario al principio que ha presidido la construcción comunitaria de reconocer a las empresas y personas procedentes de otros países comunitarios el derecho a que se les apliquen las mismas normas que a los nacionales del país de destino.

Otro reproche tiene que ver con los llamados servicios de interés general –diferenciados por tanto de los servicios de interés *económico* general–. Como antes se ha señalado los SIG no están comprendidos en el artículo 86 del Tratado y por tanto, respecto de los mismos cabe la concesión de derechos especiales o exclusivos. El hecho de que no se excluyan de la propuesta de Directiva Bolkenstein determinaría la imposibilidad de continuar manteniendo esos servicios con derechos especiales o exclusivos.

También el Parlamento Europeo ha enmendado la propuesta en el sentido de excluir tales SIG.

Sea cuál sea el resultado final del debate suscitado por la Directiva Bolkenstein, lo que se ha puesto sobre la mesa es la dificultad, incluso en el plano comunitario –pero a partir de una situación de alteración de la relativa homogeneidad que antes de la ampliación podía existir– de cohonestar libertad de comercio de bienes y servicios con disposiciones protectoras salariales o sociales. Esa dificultad podrá acabar superándose porque existen instituciones comunitarias capaces de buscarles soluciones, pero si no fuera así la cuestión es por una parte los efectos sobre las condiciones salariales y laborales que pueden producirse y, por otra, los efectos sobre las obligaciones de servicio público presentes en los SIG.

En todo caso el problema se agudiza en el nivel global extra comunitario puesto que aquí no existen Instituciones tan consolidadas como para buscar soluciones a los problemas de diferencias económicas y legales entre países. La consecuencia es que la relación Estado –mercado–, los límites respectivos, la regulación de la actividad, los poderes de intervención y regulación, la posibilidad de revertir el proceso si el sistema no funciona se concebía como una relación manejable en el escenario de cada país, en el escenario de cada Estado. Sin embargo a medida que vamos ampliando el ámbito del escenario de la actividad la relación Estado-mercado empieza a quedar desbordada por el lado del mercado. Este se mueve en un ámbito superior y más extenso que el del Estado mismo. Con ello el Estado empieza a tener algunas dificultades para imponer su poder regulador.

El paso del nivel estatal al nivel comunitario no suscita demasiados problemas, puesto que en ese plano comunitario las instituciones comunitarias en las que participan los Estados, están presentes para tutelar la correcta regulación del mercado y la toma en consideración de intereses generales que el mercado, por sí mismo, ni puede ni es su misión tomar en consideración.

No obstante en ese nivel comunitario la ampliación provoca nuevos problemas derivados de la desigualdad de posiciones del conjunto de los Estados de la Comunidad ampliada. En todo caso las Instituciones regionales –comu-

nitarias— pueden asumir la regulación de un mercado que desborda las fronteras nacionales, por más que pueda haber nuevas dificultades en una Comunidad que ha perdido la homogeneidad anterior.

Pero cuando nos situamos en el escenario mundial los problemas parecen multiplicarse. Para empezar las Instituciones de regulación no tienen ya el nivel de coherencia e integración de las Instituciones comunitarias o simplemente no existen la perspectivas de los intereses generales, presente en el ámbito comunitario, puede desaparecer en el escenario mundial. La falta de una autoridad común en ese nivel, de una Autoridad mundial, puede pretender quedar suplida por una práctica basada sólo en principios puramente economicistas que pueden pensar que las reglas del mercado son las únicas a aplicar en ese escenario global. Habrá quien piense de buena fe y con pleno convencimiento que las reglas del mercado pueden introducir también en ese escenario mundial correcciones automáticas que pueden disipar los temores que hoy aquejan a muchas opiniones públicas⁵¹; habrá quien piense que da igual si hay o no correctores automáticos y que lo importante es la libertad de mercados y la libre circulación de bienes y servicios.

Sea como fuere la globalización nos sitúa en una dimensión nueva. En una dimensión en que, para empezar, se tiene la sensación de que las cosas van a cambiar en varias perspectivas.

En primer lugar en lo que se refiere a lo que hemos llamado el carácter reversible de la liberalización (para la hipótesis de que no garantizase los objetivos de interés general); tal marcha atrás se antoja, en efecto, más difícil en un escenario mundial. Pero no más difícil por razones jurídicas, sino por razones económicas y políticas. Una vez situados en el escenario mundial, organizado sobre la base de reglas de liberalización de mercados, salirse de ese sistema o volver a sistemas de servicio público, tiene consecuencias para el propio desarrollo de cada país. Por otra parte en ese escenario mundial puede ocurrir que no haya ninguna autoridad de regulación que tenga en consideración los objetivos de interés general que se han tomado en cuenta en la liberalización de todos los sectores.

En segundo lugar en lo que se refiere al propio poder regulador de los Estados. Este ha de pasar en una buena parte a otras instancias. El tamaño de las empresas reguladas en su actuación supera el marco estatal y plantea problemas de asimetrías entre regulador y regulado. Ello se resuelve bastante bien cuando nos movemos en el ámbito comunitario, pues existe una identidad de formas de aproximarse a los problemas o, mas bien, la forma de aproximarse a los problemas se ha ido construyendo con participación de todos en las Instituciones comunitarias. Pero, si del ámbito comunitario saltamos al ámbito mundial —al escenario mundial— la situación se hace más compleja. Para empezar los Estados como tales tienen ya una participación más lejana, intervienen en los foros mundiales de forma indirecta a través de la Comunidad y

⁵¹ DE LA DEHESA, Guillermo. «Siete falacias sobre la globalización y la competitividad», *El País*, 29 de diciembre 2005, pág. 40.

sus Instituciones, pero van perdiendo el control de las soluciones e incluso el conocimiento de lo tratado en esos ámbitos. Por otra parte, la falta de autoridades e Instituciones mundiales hace que haya una perspectiva que predomine que es la del comercio, pero esa no es la única perspectiva. En las Instituciones estatales las dimensiones económicas en el tratamiento de los problemas son inseparables de las dimensiones humanas y sociales. Los Estados tienen que articular todas esas dimensiones a la hora de hacer política. Tienen que favorecer la libertad de empresa, pero también tienen que procurar la educación para todos o un sistema de seguridad social o de sanidad, etc. Gobernar en el plano estatal es tener en cuenta la necesidad de atender todos los requerimientos para cohesionarlos y hacerlos lo más compatibles posibles y cuando no sea posible tal compatibilidad sometiendo unos fines a otros pero buscando fórmulas de equilibrio. La aproximación a estas cuestiones por las Autoridades que pueden moverse a nivel mundial suelen tener una perspectiva economicista, si no por deformación sí, en cualquier caso, porque son autoridades sectoriales. Esto es, Organismos que ni tratan de tener una visión global de todos los aspectos –como en general tienen los Estados– ni pueden tener tales visiones globales, porque no se les ha encomendado ni atribuido tal potestad –serían entonces un Gobierno mundial– sino visiones sectoriales⁵². Pues bien esa obligada visión sectorial influye, así, en su modo de interpretar el mundo y las cosas; influye también en los instrumentos que eligen para ordenar el escenario mundial: el mercado y la libertad de comercio, capitales, bienes y servicios. La circulación de personas es otra cosa que no queda bajo su jurisdicción.

La conclusión de todo ello es que la relación Estado-mercado que ha podido conducir en los últimos años a una liberalización con fuerte intervención regulatoria de los poderes públicos, sin mengua de las funciones de solidaridad presentes en los antiguos servicios públicos, se enfrenta a retos completamente nuevos en el escenario mundial. A retos que los Estados no pueden afrontar por sí solos. La búsqueda de instancias regionales se impone y por suerte en el ámbito comunitario la cuestión está resuelta. No obstante el ámbito regional es ya insuficiente; y para que el mercado se despliegue en el plano mundial, pero sin supresión de las regulaciones que garantizan objetivos de interés general (ahora ya mundial), hace falta un replanteamiento de las Instituciones existentes y de los instrumentos que las mismas emplean.

⁵² Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Liberación de las Telecomunicaciones, servicio público...*, ob. cit., pág. 16.