

Servicios públicos y usuarios de servicios¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. I. LA EVOLUCIÓN DE LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. III. EL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA DERIVADO DEL DERECHO COMUNITARIO. IV. LA DEBILIDAD CONCEPTUAL ADQUIRIDA POR EL RÉGIMEN JURÍDICO-PÚBLICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. V. LA POSICIÓN DEL USUARIO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS: A) EL DERECHO A LA CREACIÓN DE UN SERVICIO. B) EL DERECHO A LA IMPLANTACIÓN DE UN SERVICIO CREADO POR LEY. C) DERECHO A LA UTILIZACIÓN DEL SERVICIO IMPLANTADO. D) DERECHO A DETERMINADAS CONDICIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL SERVICIO. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Sobre el concepto de servicio público se viene planteando desde hace décadas una ingente literatura acerca de su crisis conceptual e incluso política. También lo que constituye la posición de los usuarios de servicios, tanto públicos como privados, ha ido cobrando espacios de mayor definición de sus garantías. La causa de esta mejora en el tratamiento de los usuarios deriva, sin duda, de la cotidianeidad del uso por parte de los ciudadanos de todo tipo de servicios, de forma tal que no es posible concebir, hoy día, ningún desarrollo de la personalidad humana sin el marco de referencia de los servicios a los que se tiene acceso, como se dice en la terminología anglosajona, «desde la cuna hasta la tumba».

¹ Trabajo enviado en marzo de 2004 como colaboración del autor al Libro Homenaje a Gerard Timsit con ocasión de su jubilación en la Sorbona.

El debate más usual en nuestros días se sitúa en dilucidar si estos servicios deben ser públicos o privados, o en qué grado deben intervenir los poderes públicos en la regulación de los mismos. Pero en este debate existen dos perspectivas principales. La primera sería aquella que, admitiendo vigente el principio de igualdad sustancial, se centra en discutir a cerca de cual es el medio más adecuado para realizar efectivamente esta igualdad y, aún denunciando por ineficientes determinadas formas históricas de gestión de servicios públicos, reconocen la vigencia de los principios del Estado social en cuanto que incorporan fines que pretenden satisfacer necesidades que el individuo, desde su esfera privada, no podría resolver ni por si mismo ni con su patrimonio. La red de servicios se concibe, así, esencialmente como un medio de cohesión social.

La segunda perspectiva es la que niega la vigencia de la igualdad sustancial y plantea una mera protección de mínimos vitales, típicamente asistenciales, de inferior condición y calidad a los proporcionados por la media del mercado, con un efecto indudable de segmentación social, justificándose en lograr incentivar el dinamismo social, aun sin clarificar su conexión con una política paralela de promoción de igualdad de oportunidades.

Para afrontar los términos de este debate hay que empezar por recordar que las grandes dicotomías Estado/individuo, Estado/mercado, Derecho público/Derecho privado eran posibles en la época de la concepción del Derecho Administrativo de principios del siglo pasado. Hoy día, en cambio, estas dicotomías aparecen mucho más matizadas y, en ocasiones, convertidas en nuevas triangulaciones como la constituida por las relaciones directas entre los distintos elementos del conjunto Estado-Mercado-Sociedad o en dimensiones cuadrangulares como la que nos proporcionan las dimensiones ordinamentales del Derecho comunitario-Derecho constitucional-Derecho público-Derecho privado.

El concepto de servicio público ha sufrido, precisamente como ningún otro, estas evoluciones, ya que partía de un anclaje teórico sobre las relaciones Estado-Mercado-Sociedad basadas en una superposición vertical de dichos elementos, de aquí que su construcción jurídica no pueda sustraerse a las evoluciones que este conjunto de sujetos está teniendo en los terrenos de la Economía, de la Sociología o de la Política, donde sus relaciones internas se explican mediante una estructura geométrica triangular, produciéndose un flujo mutuo de influencias entre cada uno de sus vértices.

II. LA EVOLUCIÓN DE LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Existen dos tipos de elementos esenciales a la hora de descubrir las bases constitucionales que amparan al Estado en la creación de servicios públicos: los elementos de legitimación de la acción administrativa, que delimitan su relación con el Mercado y los elementos de configuración de las prestaciones que deben recibir los ciudadanos, que establece su relación con la Sociedad.

Atravesamos un periodo histórico en el que, sin duda, los dos vértices de este triángulo constituidos por el Mercado y la Sociedad han adquirido mayor relevancia que la que tenían en relación con el Estado, derivada, entre otras causas, del proyecto de mercado interior del Derecho comunitario y del realce que el constitucionalismo moderno ha dado a los derechos fundamentales y sociales. Esta recomposición de papeles exige una clarificación de ambas relaciones, lo que implica una nueva definición de la legitimación de la intervención estatal frente al Mercado y, como consecuencia, una nueva delimitación de sus espacios y una reformulación del interés general que las Administraciones públicas tutelan en beneficio de los ciudadanos, en la que a se atenúan las manifestaciones de la Administración como poder abstracto y se resalta la necesaria identidad y coincidencia entre interés general e interés de los ciudadanos.

Para que exista un interés general protegido por el ordenamiento, el centro de atención principal de cara a su regulación no consiste ya en una mayor atribución de prerrogativas públicas a la organización encargada de su tutela, sino en la concreción, como derechos ciudadanos, de dicho interés general. Se ha pasado, así, del poner el acento en el otorgamiento de poderes a la Administración para la consecución del interés general, a ponerlo en la necesidad de que los ciudadanos visualicen que son los protagonistas de tal interés general. Así, los espacios de interés general logrados, son reclamados desde la óptica de su disfrute real, y no sólo desde la de su formulación jurídica. Se sostiene ya con debilidad la amenaza de que sólo desde la óptica del mantenimiento de las prerrogativas públicas se satisface en interés general. Se ha pasado del agradecimiento y el reconocimiento ante las bondades de la acción pública al de su exigencia y enjuiciamiento crítico.

En tal sentido, hoy día, se opera para las Administraciones públicas un doble salto conceptual y funcional: deben legitimar bajo nuevos fundamentos su acción frente al Mercado y deben actuar dentro de un mayor margen de reconocimiento de derechos ciudadanos. El efecto expansivo de los Derechos fundamentales hace que los ciudadanos reclamen ser contem-

plados por el Derecho público en una situación de derechos sustanciales y no meramente formales. La democracia fiscal, por poner un ejemplo, ha operado una revolución cultural en el ciudadano eliminando su atávico reverencialismo frente al poder, haciéndole aparecer como dueño del proceso prestacional del servicio, de forma tal que puede exigir responsabilidades de funcionamiento al agente público encargado de su provisión.

La lógica de la legitimación de la intervención pública que implicó en su día el concepto de servicio público ha sido superada por el desarrollo constitucional del Estado social. Dicha lógica inicial del servicio público implicaba una limitación jurídico-formal del espacio que ocupaba el Mercado, para posibilitar que el Estado se dirigiese directamente a la Sociedad, a través de ese espacio donde quedaba ausente el Mercado. Esto es, las primeras teorías del servicio público se producen dentro del modelo constitucional de Estado liberal en el que las posiciones del conjunto Estado-Mercado-Sociedad aparecían superpuestas en capas horizontales, estando el Mercado entre el Estado y la Sociedad. De esta forma hubo que posibilitar la apertura de un espacio que comunicara al Estado y a la Sociedad atravesando el Mercado, mediante el instrumento de la reserva de la titularidad pública del servicio como un espacio donde por decisión del Estado, en cuanto autoridad pública, no regía el principio de iniciativa privada en la actividad económica.

Pero el salto constitucional dado en el modelo de Estado social hace que la legitimación que se construye en el Estado liberal sea innecesaria en la medida en que el propio modelo constitucional acogía ya como principio fundamental el de la relación directa entre Estado y Sociedad, con un grado de intervención pública en la resolución de las necesidades ciudadanas que debe ser definido libremente por el legislador, dejando a salvo los límites de la garantía de la libre empresa y la propiedad.

Recordemos que el Estado social se implanta tras la constatación de que el Mercado no era un instrumento apto para satisfacer las necesidades de la mayoría de los ciudadanos y que el propio modelo económico capitalista entró en una gran crisis a principios del siglo XX. La crisis del Mercado como modelo de ordenación económico-social realzó la figura del Estado y depositó en él las nuevas esperanzas, en un proceso generalizado mundialmente que alcanza desde los soviets, hasta el *new-deal*, pasando por los movimientos de frente popular y las municipalizaciones británicas y llegando en el otro extremo ideológico a los estatismos nazista y fascista.

De esta forma el Estado, especialmente después de la II Guerra Mundial, despliega un conjunto muy amplio de recursos en beneficio de los ciudadanos logrando importantes cotas de bienestar y de dinamismo so-

cial, mediante la detracción del Mercado de casi la mitad del producto interior bruto.

Sin embargo, desde el plano del Derecho público, esta actuación estatal no se realiza desde la nueva concepción constitucional del Estado, que acentuaba su papel de gestor frente al de autoridad. Posiblemente, el propio papel hegemónico del Estado, que dura hasta los años setenta, hizo que, en la implantación del Estado de bienestar, el poder público se presente como un ente poderoso que traslada a su actuación gestora los caracteres de un régimen jurídico de Derecho público construido desde la óptica esencial de la autoridad.

De este modo, en la medida en que el Estado había penetrado en el terreno del Mercado en tanto que autoridad pública, se concibe la existencia del servicio público en cuanto que se presenta como tal autoridad, por lo que, en consecuencia, pese a ser en lo esencial materialmente un ente gestor, el Estado se presenta ante la Sociedad receptora del servicio con toda su carga de autoridad, sin formularse una construcción constitucional del ciudadano frente a la Administración, sino que la libertad del legislador frente al Mercado se traslada en su plenitud también frente a la Sociedad, por ello se obtiene el servicio en las exclusivas condiciones dictadas por la ley y es el poder público el único sujeto concebido para interpretar el interés general que justifica la intervención administrativa.

En lo esencial, esta situación no ha sido básicamente alterada. En efecto, los derechos fundamentales se articulan básicamente como la protección de la libertad frente al Estado-autoridad, sin que se hayan construido derechos fundamentales eficaces frente al Estado-gestor. Es más, el aumento de los fines sociales que el Estado debe atender hace que se ponga el énfasis en la centralidad del elemento financiero y se dote de amplia discrecionalidad a la Administración en el nivel de la calidad de los servicios.

El proceso democrático todavía no ha reconocido la centralidad del ciudadano como sujeto constitucional privilegiado para determinar intereses públicos al margen de los poderes públicos, ni para determinar el grado de intervención pública en la satisfacción de las necesidades. Ello ha tenido como efecto el que el servicio público no se haya construido como un deber público de satisfacción de las necesidades sociales determinadas por la Constitución, ni que se otorgue al ciudadano una acción frente al incumplimiento de los deberes de prestación, salvo que éstos sean incondicionados.

En definitiva, el servicio público se sigue formulando como una forma de relación negativa entre el Estado y el Mercado y no como una fórmula de relación positiva entre Estado y Sociedad. De aquí que, cuando se

produce una alteración en la relación Estado-Mercado, el servicio público se ve afectado de forma directa en su propia legitimación, lo que no debe suceder si se construye correctamente el servicio público como una expresión de los derechos de la Sociedad garantizados, a través del Estado, por la Constitución.

III. EL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA DERIVADO DEL DERECHO COMUNITARIO

En los años ochenta, sin embargo, se van a producir dos tipos de revoluciones que van a cambiar completamente el panorama. De una parte la denominada revolución tecnológica, va a alterar la forma de producción y el peso de la economía industrial frente a la de servicios. Esta nueva revolución en las formas de producción requiere nuevas acumulaciones de capital y una expansión de los mercados a nivel mundial que hagan rentables las constantes inversiones derivadas del rápido y constante cambio tecnológico.

Ello va a general una segunda revolución, operada de forma más específica en Europa, que viene de la mano de los efectos del Derecho comunitario, al realizar un cambio constitucional en las decisiones soberanas de los Estados, sometidas, ahora, al respeto de un nuevo constitucionalismo europeo, presidido por la idea de creación de un mercado integrado, que actuase como expansión natural de las economías de los Estados miembros para hacer frente al reto tecnológico y de la globalización..

De este modo, el debate con relación a los servicios públicos prestados a escala nacional se reabre de la mano del Derecho comunitario que va a exigir que determinadas prestaciones, que recibían los ciudadanos mediante la forma de servicios públicos en régimen de monopolio nacional, deban organizarse a través de las reglas del Mercado. Detrás de ello existe una política industrial y económica dirigida a lograr en estos sectores un territorio de mercado-demanda que haga competitiva la economía europea, en términos de inversión-oferta, con relación a las economías de otras regiones mundiales, significativamente el Japón y los Estados Unidos de América.

La Unión política europea adopta una decisión constitucional trascendental al determinar en el art. 4 del TCE que «la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá... la adopción de una política económica... que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia». En este marco, queda desplazada inicialmente toda la política económica y social

realizada por los Estados miembros a través de servicios públicos que puedan alterar la implantación del mencionado principio comunitario.

Desde el momento en que, dentro de la existencia de un esquema constitucional de Estado de bienestar, donde el servicio público opera un proceso legitimador de una determinada relación Estado-Sociedad, se pone en cuestión el servicio público estatal, parece que se hubiese puesto en cuestión la totalidad de la relación Estado-Sociedad.

Sin embargo, esta política comunitaria de unidad de mercado no puede dejar de convivir con las construcciones del Estado social y con los propios objetivos comunitarios plasmados en el art. 2º TCE: alto nivel de empleo y de protección social, crecimiento sostenible, alto nivel de protección y de mejora del medio ambiente, elevación del nivel y de la calidad de vida, cohesión económica y social y solidaridad entre los Estados miembros.

Un resultado de esta convivencia es el que aparece reflejado en la jurisprudencia del TJCE (asuntos Corbeau y Amelo), y en las posiciones de la Comisión respecto a la garantía de servicios universales en los sectores sometidos a concurrencia del mercado, que tienen su culminación en el art. 16 TCE donde, se reconoce el «lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial» y, en tal sentido, la Comunidad y los Estados miembros «velarán porque dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido». En este precepto cabe destacar, de un lado, su potencial debilidad frente al art. 4, pues si en este se habla de «incluir» y de «principios», en el art. 16 se hace mención a expresiones correlativas como las de «velar» y «valores comunes». Sin embargo, es necesario constatar, de otra parte, que el TCE reconoce el sentido finalista de los servicios económicos de interés general, que, aun no siendo definidos, se les presupone un cometido específico, diferente, por tanto del libre mercado.

Obviamente, desconocemos la futura evolución de este equilibrio entre una economía de mercado abierta y de libre competencia y los cometidos de los servicios económicos de interés general, ni siquiera estoy seguro de si podemos hablar en términos de equilibrio. Sin lugar a dudas, la implantación de la concurrencia, que permita a las empresas europeas desplegar su actividad económica en todo el territorio comunitario es el motor actual de la política comunitaria. Posiblemente, sólo cuando esta concurrencia no dé una respuesta adecuada a los cometidos que puedan ser imputables a los servicios económicos de interés general, se producirá una revisión de la propia política económica comunitaria, con una eventual

creación de servicios públicos con financiación comunitaria y reglas comunes a todos los Estados miembros. Así, el ejemplo de vuelta a mano pública de la gestión de la red ferroviaria británica, nos habla de la necesidad de que exista una organización que dote de garantía los derechos de los ciudadanos a un determinado nivel de calidad y seguridad de las infraestructuras ferroviarias

Mientras tanto, el mantenimiento de las perspectivas nacionales de Estado de bienestar puede producir que la concurrencia en la prestación de servicios, exigida desde el plano comunitario, sea una concurrencia muy regulada en favor de los ciudadanos, como una suerte de garantía mediata que les otorgan los Estados. El propio proceso comunitario de esfuerzo en su legitimación política ante los ciudadanos hace que esta regulación, aún con excesos, no pueda ser siempre fácilmente combatida.

La liberalización de los servicios de red ha provocado esencialmente un cambio en el sujeto llamado a realizar la actividad y su forma de designación, pero permanece, a mi juicio, inalterada la identificación de la actividad como una necesidad social. Por ello, junto con la apertura de la prestación de los antiguos servicios públicos a la libre competencia, se producen tres nuevos fenómenos:

- se adopta un nuevo tipo de regulación que impone al mercado la consecución de resultados;
- se concretan como derechos de los usuarios las reglas de gestión de estos servicios (universalidad, continuidad y accesibilidad);
- se crea un nuevo tipo de sujeto (las autoridades independientes) que realizan una función cuasi-judicial intermediando en la relación entre el prestador del servicio y el usuario.

En definitiva, la regulación comunitaria implica, no la desaparición de los servicios públicos como satisfacción garantizada de necesidades, sino la forma en la que éstos deben articularse respecto del principio de libre competencia, especialmente cuando la satisfacción de dichas necesidades le lleva a adoptar la decisión de crear una organización propia. En este sentido cabe recordar que el Derecho comunitario permite:

- trasladar a la regulación general del sector liberalizado las garantías de prestación del servicio que antes estaban incluidas en los pliegos de condiciones del contrato de gestión del servicio;
- crear una organización propia que realice una actividad económica como empresa en las mismas condiciones que otras empresas privadas, aplicando la normativa existente y, por tanto, haciendo efec-

tivo el resultado garantizado que aparece regulado con relación a la prestación del servicio;

- hacer la misma operación que la contemplada en el caso anterior, pero otorgando a dicha empresa derechos exclusivos que se justifiquen en base a la misión de interés general que deben cumplir.

IV. LA DEBILIDAD CONCEPTUAL ADQUIRIDA POR EL RÉGIMEN JURÍDICO-PÚBLICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Con ser importante la potencialidad de cambio jurídico que ha demostrado el Derecho comunitario, el giro dado en la apuesta por la liberalización de servicios para ser prestados en régimen de concurrencia, no hubiese sido posible sin que se hubiese detectado ya anteriormente la debilidad conceptual del régimen jurídico-público de los servicios públicos y sin haber dado respuesta, a través del concepto de servicio universal, a las crecientes exigencias de garantías frente a las posibles situaciones de inactividad prestacional de los operadores de los servicios.

El esquema inicial del servicio público, basado en garantizar determinadas prestaciones de la mano de organizaciones públicas dentro de una regulación de Derecho público, no pudo ser coherentemente conceptualizado ya desde un principio y, paulatinamente, sus crecientes contradicciones, derivadas del imparable aumento del ámbito y de las formas de la actividad pública, pusieron en crisis su capacidad de ir más allá de un concepto político o social.

De una parte, la distinción entre funciones públicas o de autoridad, que implicaban una reserva de actividad al Estado, han sido superadas por una triple vía. En primer lugar, mediante la delegación de funciones públicas a personas jurídico privadas, como han sido históricamente las formas de gestión directa realizadas a través de sociedades mercantiles, la delegación de potestades en el titular de la concesión, o la reciente delegación, mediante contrato, de formas de certificación, como sucede con la ITV (inspección técnica de vehículos) en contra de la propia legislación general de contratos públicos.

En segundo lugar, la propia asunción de las certificaciones privadas, como válidas para el cumplimiento de los requisitos públicos que regulan la actividad privada, tal como sucede con las ecoauditorías o las declaraciones de impacto ambiental e, incluso, de las denominadas normas técnicas, que son asumidas como requisitos finales del desarrollo de actividades de producción y de servicios. El modelo de Administración

weberiana, legitimado por el conocimiento técnico, ha entrado en una profunda crisis con insospechadas consecuencias en el terreno de la investigación bio-química y tecnológica.

En tercer lugar, las funciones de autoridad no han impedido la aparición de un mercado paralelo, del que son significativas las empresas de seguridad y las de servicios postales.

Una segunda manifestación de la crisis conceptual estriba en el intento de distinción entre servicios públicos administrativos, sociales y económicos. Desde el punto de vista de la actividad económica, también en los servicios administrativos y sociales se produce un mercado paralelo, como son ejemplo las gestorías, la sanidad privada, la educación privada, el turismo privado, los servicios a la tercera edad, la cultura, la investigación científica, etc. El criterio implícito en la distinción con los económicos ha sido el hecho de que el Estado, para su prestación, adoptaba la forma empresarial y una eventual personificación jurídico privada. Pero no quiere decir que al lado de los servicios denominados sociales no existan grandes mercados que pueden reclamar la implantación de la libre competencia. El hecho de que desde el nivel comunitario se haya intervenido en el sector de los servicios postales, hace que, desde la óptica del sector empresarial privado, se pueda reclamar una extensión de la concurrencia al resto de los servicios sociales. Quiero señalar, sin embargo, que en estos sectores precisamente lo que se ha puesto de manifiesto es la compatibilidad de los servicios públicos con el mercado, en la medida en que, sin poner en cuestión el ámbito de intervención diseñado desde las instancias públicas, el mercado ha sabido encontrar su espacio propio de actividad ofertando aspectos cualitativos. Del mismo modo, la existencia de dicha actividad económica paralela en servicios públicos hace que no sea fácil determinar su inclusión o no dentro del concepto comunitario de «servicios económicos de interés general» en cuanto que ambos elementos, la perspectiva económica y la de interés general están presentes en estos sectores denominados sociales. Entre otras cosas porque, a la inversa, no se puede desconocer la función social que realizan los servicios denominados económicos de abastecimiento en red. Ambos, servicios sociales y económicos, tienen dimensión social y ambos actúan en un mercado. La forma empresarial de la actuación pública ni siquiera se ha dado siempre, como es el caso de los servicios postales y, en su día, los ferroviarios. De igual modo, los servicios públicos de radio y televisión, los culturales, los de ocio, etc. se desarrollan de forma empresarial y todavía no son calificados como servicios económicos.

El gran equívoco de los servicios esenciales reservados a la titularidad pública ha constituido la gran paradoja, ya que han centrado la atención

conceptual del servicio público, como una oposición al mercado. Esta gran paradoja se percibe si vemos que, allí donde se realizaban funciones públicas, se ha consentido el mercado y, allí donde se realizaban funciones económicas, se ha planteado el tema de la reserva de titularidad. Unida la reserva al monopolio, la presencia del Estado en la economía mantenía una contradicción de gran entidad con la libre iniciativa económica, y, al mismo tiempo, las insatisfacciones a la propia gestión económica estatal y el caldo de cultivo de las corrupciones políticas abrieron un filón muy importante de crítica al sistema de los servicios públicos, que es el que estaba presente cuando la Unión Europea acomete los procesos de liberalización de los sectores estatales de actividad económica reservada en régimen de monopolio. Piénsese, sin embargo, lo que hubiese sucedido si los servicios denominados económicos, hubiesen admitido la libre iniciativa privada, de forma paralela a la actividad pública, y se hubiese introducido el derecho de interconexión y de acceso a las redes públicas.

Parece claro que ni el elemento subjetivo, ni el elemento jurídico formal, ni el elemento objetivo sirven para acotar los servicios públicos con referencia a los que pueden ser prestados por el mercado. Sólo sería posible hablar de servicio público en cuanto a una función de prestación que libremente el Estado puede poner en marcha, con niveles variables de garantía y de régimen jurídico, en base a la satisfacción de fines constitucionales, siempre que dicha libertad no se vea limitada por los principios comunitarios de economía de mercado abierta y de libre competencia.

V. LA POSICIÓN DEL USUARIO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La creciente importancia de los derechos de los usuarios de servicios públicos en un sistema jurídico parece acomodarse bien, en principio, al concepto de Estado democrático. Sin embargo, sucede que el concepto de usuario no es un concepto homogéneo y sus pretendidos derechos pueden aparecer contrapuestos entre sí. Las manifestaciones del Estado de pluralidad de clases se perciben también en este ámbito. Por ello, la posición de los usuarios ante los servicios públicos es diferente en cuatro posibles escalones principales: el derecho a la creación de un servicio; el derecho a su efectiva implantación cuando ya ha sido creado por la oportuna decisión pública; el derecho a utilizar el servicio ya implantado; y el derecho a determinadas condiciones en la utilización del servicio. Veremos que es en estos dos últimos casos, donde se ha desarrollado un estatuto jurídico del usuario más detallado.

A) EL DERECHO A LA CREACIÓN DE UN SERVICIO

Aunque el Estado de pluralidad de clases de principios de siglo haya tendido hacia una homogeneización de sus condiciones sociales, la posición de los hipotéticos usuarios ante la exigencia de la creación de un servicio sigue estando en una situación de gran heterogeneidad. Así, en primer lugar, podemos observar cómo el actual proceso neoliberal está volviendo a crear dos polos en las capas extremas de la sociedad, que quedan amortiguados por su incapacidad de incorporar sus intereses al plano normativo de exigencia de prestaciones públicas. Se trata de los muy ricos y los muy pobres, a los cuales, por razones diversas, las aportaciones del Estado social en base a servicios públicos les es ajena, bien por el uso de su propio patrimonio o el de la empresa que dominan, bien por estar situados fuera del sistema (*homeless*).

De otra parte, el éxito que haya podido tener el Estado social ha creado a determinados sectores sociales una situación de gran dependencia de determinadas políticas, lo que hace más difícil hacer explícito un discurso general de clase social ante el gasto público que es necesario realizar para la implantación del servicio. Es el caso de los enfermos crónicos, minusválidos, becarios, inmigrantes, familias monoparentales, jóvenes, pensionistas, etc. Incluso podemos trasladar esta pluralidad de intereses contrapuestos frente a las políticas públicas dentro de una misma familia: becas universitarias, fomento del trabajo juvenil, creación de empresas, programas de ocio de la tercera edad, jubilaciones anticipadas, etc.

En la propia prestación de un mismo servicio se plantea también una pluralidad de contradicción de intereses, como sucede en el transporte, donde pueden darse conflictos regionales y locales sobre itinerarios, conflictos en relación a precios y franjas de horarios y frecuencias o conflictos sobre las fuentes energéticas utilizadas.

Este elemento de la pluralidad de intereses y su contraposición hace que deba recordarse que, cuando un servicio se presta en el mercado, ante un determinado conflicto de intereses prevalecerán los de los usuarios mejor organizados o con mayor capacidad económico-negocial. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el actual estado de evolución de las Instituciones comunitarias hace que sus decisiones estén basadas en menor medida por una controversia entre intereses de clases sociales y en mayor medida en controversias entre intereses nacionales o de grupos económicos.

Todo ello hace que el Derecho a la creación de un servicio público se plantee en términos político-democráticos y dentro de las coordenadas típicas del Estado social, que, como es el caso de la Constitución española

la, remite los derechos constituciones de contenido social a su libre implantación por el legislador. El único supuesto que podría dar lugar a un derecho constitucional estricto sería el contemplado en el artículo 27.4 y 5. dentro, por tanto del círculo de derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo de los ciudadanos ante el Tribunal Constitucional, y en el cual se señala, de una parte, que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita y, de otra, que los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación. Se trata de un servicio implantado en la práctica, que reconoce la escolarización en los municipios de residencia, por lo que la exigencia de una plaza escolar eventualmente negada sería objeto de su defensa ante los Tribunales. Quizás en el ámbito de la inmigración puedan aparecer algunos problemas de aplicación.

Sin embargo, lo que aparece necesario resaltar es que esta libertad constitucional del legislador no puede ser concebida fuera del propio sistema constitucional de Estado social que exige la no neutralidad frente a las necesidades sociales. Igualmente, el respeto de la autodeterminación de la propia Sociedad hace que quepa una definición autónoma de intereses sociales que se articule mediante una organización propia en lo que ha dado en llamarse el Tercer Sector.

B) EL DERECHO A LA IMPLANTACIÓN DE UN SERVICIO CREADO POR LEY

Si bien las investigaciones de los analistas económicos del Derecho hacen que se pueda ir conociendo el coste económico de las decisiones legislativas, y que, en las tramitaciones parlamentarias y de procedimientos de elaboración de normas administrativas, se exijan memorias económicas, la realidad es que la efectiva implantación de los servicios creados por Ley dependen en su mayor parte de las sucesivas Leyes presupuestarias, por lo que este panorama es similar al anterior. La implantación real y el propio grado de implantación dependen de decisiones adoptadas por el aparato político del Estado.

Un caso especial es el contemplado en España por el art. 18 de la Ley de Bases de Régimen Local, y el art.151 de la Ley de Haciendas Locales, que consienten la impugnación de las partidas presupuestarias que no contemplen la implantación de los servicios locales declarados obligatorios en el art. 26 de la misma Ley.

C) DERECHO A LA UTILIZACIÓN DEL SERVICIO IMPLANTADO

Este derecho se ve condicionado, en primer término, al cumplimiento de los eventuales requisitos exigidos para su utilización, como pueda ser la edad, la titulación académica, determinadas cotizaciones económicas, y razones de residencia. Dentro del cumplimiento de estas condiciones, tiene su campo de aplicación el principio de igualdad de acceso, con las acciones judiciales oportunas. Acciones que pueden dirigirse a combatir requisitos desproporcionados con relación a la finalidad del servicio. En este sentido cabe destacar el art. 29 de la Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuyo apartado 1 señala: «Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o de varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la Administración».

También es aplicable en este caso el principio de continuidad, en el sentido de que el cese o la suspensión temporal de la prestación no puede ser una decisión libremente tomada por la Administración, sino que debe realizarse conforme a la legalidad sustancial y procedimental existente, cuya exigencia es motivo de recurso.

Finalmente, el tercer principio clásico del servicio público, el de su adaptación o mutabilidad, hace que el usuario no pueda oponerse al cambio en las condiciones de prestación del servicio.

Esta variabilidad unilateral de las condiciones hace que la situación del usuario haya sido concebida como una situación estatutaria, marcada por el principio de legalidad, y de gran discrecionalidad administrativa en la determinación de las condiciones de prestación, amparada tanto en sus poderes de prerrogativa, como en la siempre socorrida razón de la falta de recursos humanos o materiales.

D) DERECHO A DETERMINADAS CONDICIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL SERVICIO

Esta posición de prerrogativa pública en la prestación de los servicios ha conducido a una práctica ausencia de control en los derechos de pres-

tación, ante lo cual se ha reaccionado mediante la exigencia de medidas de estandarización de los elementos que deben estar presentes en los servicios públicos. Esta estandarización ha tenido reciente reflejo en nuestra legislación en el art. 4,1.b) de la LOFAGE (Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), que tiene como rótulo «Principio de servicio a los ciudadanos», donde se dispone que la Administración General del Estado debe asegurar a los ciudadanos «la continua mejora de procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos, y los correspondientes estándares de calidad».

En esta dirección, y siguiendo una conocida pauta de los distintos Gobiernos europeos, fue emanado el R.D. 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado. El sentido final de estas cartas es doble. De una parte, incorporar instrumentos de medición de la actividad administrativa, lo que es un paso indispensable para operar con solvencia dentro del desarrollo de los principios de eficacia y eficiencia. Pero, de otra, introducir en la medición no sólo elementos cuantitativos, respecto de compromisos declarados, sino elementos cualitativos de apreciación subjetiva por el destinatario del servicio.

Una aproximación paralela a la mayor concreción de las condiciones del servicio y a la capacidad del usuario para activar su exigencia, viene de la mano de la legislación de consumidores y usuarios, que en el caso español se aplica a todos quienes «adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o exponen» (art. 1.2 LCU-Ley 26/1984).

Por consiguiente, los usuarios de los servicios públicos (art. 2 LCU) tienen derecho a:

- la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad;
- la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos;
- la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos;
- la información correcta sobre los diferentes servicios y la educación y divulgación, para facilitar su adecuado uso, consumo o disfrute;

- la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas;
- la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

De forma expresa, el artículo 10.5, redactado para adaptación a la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, somete a la regulación general de la LCU las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos.

En cualquier caso, el Derecho del consumo genera una intensa actividad administrativa de control sobre las obligaciones y derechos de los prestadores y los usuarios de servicios, lo que puede originar a la larga un problema de relaciones interadministrativas entre la Administración de tutela del consumo y la Administración prestadora del servicio, que podrá ser incluso objeto de sanciones administrativas.

V. LAS APORTACIONES DEL SERVICIO UNIVERSAL

Se ha dicho por algunos que el Derecho comunitario liberaliza los servicios económicos de interés general y los somete a la disciplina del derecho común. Frente a ello cabe realizar algunas matizaciones de interés. En primer lugar, cabe recordar que, antes de dicha liberalización, los servicios de red estaban sometidos al derecho privado en lo que concierne a la relación del operador con el usuario. Asimismo, la potestad de regulación pública en estos sectores puede ser tremendamente detallada e incisiva, que llega, como en el caso español de las telecomunicaciones, incluso a elevar los conflictos entre usuario y operador a un procedimiento administrativo que culmina en la jurisdicción contenciosa.

Lo que realmente innova el Derecho comunitario con relación a estos servicios es lo que se refiere a la imposición de la libertad de iniciativa privada en régimen de concurrencia, con sus notas adicionales de la separación entre la posición del regulador y del gestor y los efectos del derecho de interconexión y acceso a redes. Pero estas innovaciones no están dirigidas directamente a regular la posición de los usuarios.

Las normas que regulan esta posición son, esencialmente, las denominadas de servicio universal, aunque pueden complementarse con derechos específicos de los consumidores. Ahora bien, las normas de servicio uni-

versal no permiten a mi juicio, construir una nueva categoría formal de servicio público, ya que se trata de obligaciones o cargas impuestas por el regulador al prestador de un servicio o actividad, dentro de la categoría más propia de ordenamiento sectorial.

Al no ser competencia material de la Comunidad la organización de los servicios liberalizados, su intervención no ha sido la de adoptar una política comunitaria, sino la de eliminar las políticas nacionales sometién-dolas todas ellas al efecto unificador del mercado.

Aparece aquí el elemento cualitativo: el servicio universal no es una política pública, sino una carga de funcionamiento del mercado. Carga que se articula poniendo en primer plano la figura del destinatario de la actividad económica, con lo que la regulación del servicio universal se adapta estructuralmente mejor a las regulaciones que sobre la prestación de servicios impone el Derecho de los consumidores, que a la realización de una política de igualdad social.

La dimensión de cohesión social que se atribuye al servicio universal parte de considerar que estamos ante actividades necesarias para el funcionamiento de la sociedad y ante el ciclo histórico que ve en el mercado a quien mejor puede organizar ese funcionamiento a través de la inversión en tecnología y los efectos derivados de la libre competencia. Quizás por este motivo de confianza en el mercado no existe explícitamente una cláusula de garantía pública del mantenimiento del servicio ante una quiebra económica o material del principio de continuidad. En todo caso, hay que señalar que la legislación española sí recoge esta garantía última, al atribuir al Estado la posibilidad de hacerse cargo de las actividades de los operadores que no prestasen el servicio en las condiciones legales oportunas. Ello abre una ulterior reflexión, sobre si la existencia de estas garantías públicas de funcionamiento frente a la desaparición del operador, no nos siguen situando estos servicios en la órbita ideológica de los servicios públicos definidos por Duguit, como aquellas actividades que, en función de su relación con la interdependencia social, deben ser garantizadas por el Estado.

En todo caso, podemos ver, a través de un doble repaso, las diferencias entre el servicio público y el servicio universal. Ateniéndonos a las características clásicas del primero, diríamos que el servicio universal no exige una organización pública, sino una pluralidad de organizaciones que actúan en concurrencia. Sin embargo, admite una regulación pública y una intensa intervención administrativa sobre la legalidad de la relación contractual que media entre el operador u el usuario. Es decir que, en gran medida, los contenidos de las cláusulas de los pliegos de condiciones concesionales pueden aparecer ahora como reglas normativas en las páginas de los Bo-

letines Oficiales. El servicio universal tiene como finalidad la tutela de intereses generales del mismo modo que el servicio público, sólo que se articula mediante cargas similares a las que encontramos en ordenamientos sectoriales, como el bancario, o en los denominados servicios impropios, como el servicio del taxi o el de las farmacias.

Observando ahora las características de los servicios liberalizados en régimen de servicio universal, veamos la situación en la que quedan los usuarios. Comenzando por la regla de la libertad de prestación en concurrencia, las mayores ventajas derivan de la libertad de opción entre servicios de distinta calidad y las mejoras que en precio y calidad puedan derivarse de la competencia. Sin embargo, las dimensiones financieras de este tipo de servicios hacen que nos situemos, por lo general, en un escenario de oligopolios. Ello pone de manifiesto que, por parte del consumidor, no existe un derecho a exigir la concurrencia de un número determinado de empresas. Si en el mercado se produce una situación oligopolista sólo podrá hacer las denuncias oportunas en caso de prácticas colusivas. Quizá, incluso, el error es el no plantearse que en estos sectores va a existir una situación tendencialmente oligopólica y no desarrollar, en consecuencia, regulaciones acordes a dicha situación.

La separación entre regulación y gestor debe combatir el efecto de captura del regulador en base a la experiencia norteamericana. Las figuras de las autoridades independientes no deberían existir allí donde el Estado hubiese privatizado sus empresas, pues, al estar estas autoridades compuestas de expertos en el sector, difícilmente van a ser independientes del mismo. La garantía de la neutralidad exige un estatuto transparente del destino profesional de estos expertos cuando abandonan su posición pública. En cualquier caso, la garantía de independencia frente al sector debe ser tal, que el nivel político debería estar en condiciones de modificar permanentemente las condiciones del mercado en beneficio de los usuarios, especialmente en lo que se refiere a la extensión de los contenidos del servicio universal.

Los principios de igualdad y de continuidad existían ya, como hemos visto. Aparecen, sin embargo, conectados al nuevo principio de la universalidad sobre el que luego hablaremos. En todo caso, la articulación de subsidios en favor de sectores necesitados, debe salvaguardar que no se instrumenten ayudas públicas encubiertas a determinadas empresas.

La adaptación a las mejoras técnicas, sigue siendo un criterio político, frente al que no existe un derecho subjetivo del usuario y su exigencia a través del cauce judicial es de difícil articulación. En todo caso, debe recordarse que la no adaptación a estas mejoras fue la causa histórica de las municipalizaciones de servicios ya en el siglo pasado.

Nos queda por examinar el principio de universalidad, que encierra serias dudas en su aplicación. Recordemos que este principio en sus orígenes norteamericanos, lo que esencialmente preconizaba era la interconexión de redes frente a una parcelación basada en la iniciativa privada que limitase la expansión del servicio. Si de lo que se trata ahora es de llevar el servicio a cualquier punto del territorio donde existan potenciales usuarios, estaríamos creando el derecho subjetivo a la implantación del servicio, con un coste que se trasladaría a todos los usuarios, vía precios. Ahora bien, si hemos visto que se niega la construcción dogmática de los derechos sociales constitucionales, como verdaderos derechos subjetivos ante el Estado, por su tremenda carga económica ¿cómo se pretende que el mercado se haga cargo de este coste, si no lo hacían las propias empresas públicas cuando actuaban en régimen de monopolio? ¿que sucederá si en un determinado servicio no existe el operador principal, como es el caso del tendido de fibra óptica? Estas dudas hacen que el principio de universalidad pueda acabar derivando en el principio de igualdad de acceso cuando las instalaciones estén a disposición del usuario o que el contenido del servicio universal sea declarado en su versión mínima. Es cierto que los controles públicos son intensos, pero también lo es que un sistema de libre iniciativa privada se compadece mal con los contenidos del principio de universalidad.

En definitiva, el proceso de liberalización de servicios en régimen de servicio universal derivado del Derecho comunitario ha alterado las posiciones anteriores del Estado y de los usuarios con relación a estos servicios. El Estado ha perdido la posibilidad de elaborar políticas ejecutivas, más allá de las expresadas en sus poderes de regulación, al no controlar ya discrecionalmente la entrada a escena de los agentes que prestan el servicio. Es decir, es el propio uso del poder de intervención y de su intensidad como un elemento de la discrecionalidad política el que desaparece.

De otro lado, al tiempo que privatizamos la gestión de los servicios económicos de interés general, permanece publicada, a través del Derecho del consumo, la tutela de las correctas relaciones de mercado. Igualmente, trasladamos un monopolio a la libre competencia, pero permanece publicado el control de las reglas de la competencia atribuyendo su tutela a la correspondiente Administración. Con todo, estas tutelas operan como una mera protección de la legalidad, sin que intervenga la Administración de forma procedimentalizada en la composición de intereses entre las posibilidades de la oferta del servicio y las necesidades de su demanda.

VI. CONCLUSIONES

El cambio introducido por la extensión desde el Derecho comunitario del principio de libre iniciativa económica en un marco de libre competencia, si bien, de una parte, limita la fórmula clásica del servicio público, de otra, ha forzado al concepto de servicio público a recuperar de forma adecuada sus bases constitucionales

Desde mi punto de vista la conclusión principal estriba en la necesidad de articular la legitimidad constitucional de implantación de servicios públicos, como derechos de ciudadanía cuya satisfacción debe ser garantizada por las autoridades públicas. Ello implica, de una parte, un procedimiento lo más objetivo posible de identificación de la necesidad de una prestación pública, que puede basarse bien en la constatación de necesidades sociales declaradas por la Constitución o por el legislador, o por necesidades puestas de manifiesto por la propia Sociedad organizada. De otra, es necesario el establecimiento de una organización que garantice la satisfacción de tal necesidad, la cual se puede realizar de una forma muy variada: pública o privada, ejecutiva o normativa; con garantía final expresa o implícita.

Esta debe ser la correcta orientación, ya que, la vía de distinguir dentro del Derecho comunitario entre servicios de contenido económico, sometidos a la libre competencia y servicios de contenido social, donde no existiría concurrencia, no tienen un futuro muy sólido. Prácticamente todos los servicios públicos aptos de ser prestados en régimen de concesión administrativa implican que se trata de una actividad económica y, por tanto, debe probarse, según la jurisprudencia creciente del TJCE, que no es posible alcanzar las misiones de interés económico general a través de una mera intervención reguladora.

A mi juicio, en el Derecho comunitario, tanto la evolución del concepto de empresa, como el examen de las necesidades de distorsionar las reglas de la competencia. Eliminan en gran parte la articulación efectiva de un sistema de reserva pública de la titularidad del servicio.

En la jurisprudencia del TJCE (Corbeau, Amelo, Ambulanz Glökner) para la interpretación del artículo 86,2 TCE se ha utilizado el criterio de evaluar si las distorsiones a las reglas de la competencia son *necesarias* para la realización de las misiones de interés público, y la evaluación de esta necesidad de distorsión de la competencia se ha centrado en constatar que de otro modo no sería posible el mantenimiento del equilibrio económico de la empresa pública. Pues bien, si se aplicasen a estos casos las soluciones aportadas por el sistema de organización y financiación del servicio universal de telecomunicaciones, a través de las reglas de la interconexión

y la financiación de pérdidas del operador principal a través de un fondo creado por los demás operadores, podría verse en crisis la apreciación de tal necesidad.

Ya hemos visto cómo los elementos subjetivos, objetivos o jurídico formales no sirvieron históricamente para poder delimitar adecuadamente el concepto de servicio público. Por ello, sólo la afirmación de un servicio público como construcción de un derecho de ciudadanía que no puede quedar a merced del éxito del mercado y que sea identificable dentro de los fines constitucionales de los poderes públicos, puede constituir una base firme de expresión del componente social del actual modelo existente tanto en los Estados nacionales como en la propia Unión Europea.