

Los servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal

Ángel Ballesteros Fernández
Secretario e Interventor de A.L.

SUMARIO: I. LOS DOS CONCEPTOS TRADICIONALES DEL SERVICIO PÚBLICO. II. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA. 1. Servicios económicos de interés general excluidos de la libre competencia. 2. El Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos y el concepto de Servicio universal. 3. Obligaciones de servicio público. III. CONCLUSIÓN.

I. LOS DOS CONCEPTOS TRADICIONALES DEL SERVICIO PÚBLICO

La ideología liberal, propia de principios del siglo XIX, reducía las funciones del Estado a las tradicionales de Defensa, Hacienda, Justicia, y a funciones de fomento y de intervención en la actividad de los particulares, pero, en estos últimos casos, limitadamente y dejando al libre juego del mercado y a la iniciativa privada el desarrollo del orden económico-social. Es desde mediados del siglo XIX que, como consecuencia de la desamortización, la Administración tiene que hacerse cargo de los hoy denominados servicios sociales (educación y beneficencia, fundamentalmente) y, como consecuencia de la revolución industrial, tiene que asumir la prestación de servicios económicos (ferrocarriles, transportes por carretera, electricidad, gas, teléfono, etc). Más adelante, las Administraciones públicas, aparte de prestar servicios públicos, producen bienes (dación de bienes al mercado) con la finalidad de influir sobre la economía.¹

¹ Gaspar ARIÑO ORTIZ: Prelección al Programa de Derecho Administrativo sobre *El concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico*. Madrid, 1975. «El servicio público como alternativa», en Civitas-REDA 23/1979. *El nuevo servicio público*. Madrid, 1997. Francisco SOSA WAGNER: *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas. Madrid, 1992. Fernando ALBI: *Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales*. Aguilar. Madrid, 1960. VVAA: *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1991. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «La actividad industrial y mercantil de los Municipios». *RAP* n.º 17/1957. José Luis VILLAR PALASÍ: «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo» en *RAP* n.º 3/1950; *La intervención administrativa en la industria*. Madrid, 1964. J. TORNO MAS: «Competencias municipales para la ordenación y gestión de los servicios públicos» en *REALA* n.º 245/1990. A. SERRANO DE TRIANA: *Fundamentos*

Como ha señalado VILLAR EZCURRA ², de momento, el poder público se hace cargo de esta clase de actividades sin ocuparse de su encuadramiento dogmático, y, al surgir la jurisdicción contencioso-administrativa, se utiliza el concepto de servicio público como criterio delimitador de jurisdicciones. Lo que dará lugar a la construcción de la institución del servicio público como base de la teoría del Derecho administrativo (DUGUIT y JÈZE, y *arrêts* del Consejo de Estado Blanco, y TERRIER), identificando cualquier clase de actuación administrativa con el concepto de servicio público.

La Constitución sólo alude al servicio público, identificándolo con la actividad administrativa, al referirse —art. 106.2 CE— a la responsabilidad patrimonial de la Administración. A partir de ahí el legislador empleará el término de servicios públicos tanto en un sentido amplio como en el sentido concreto de actividad prestacional monopolística. Pero el artículo 128 CE, aparte de posibilitar la intervención en el Mercado de las Administraciones públicas en concurrencia con la empresa privada (dación de bienes al mercado: artículo 86.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local), prevé la posibilidad de la «reserva» al sector público de servicios esenciales. Esta reserva no es sino la *publicatio* que supone trasladar a la esfera pública la titularidad de un sector de actividad. En la esfera local, el artículo 86.3 LRBRL también efectúa, por ley, una reserva de servicios esenciales a favor de las entidades locales; pero esta reserva es una habilitación legal que, para que sea efectiva, exige que la entidad local tramite un expediente de municipalización —art. 97 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local—. La regulación del artículo 128 CE plantea, como ha destacado MARTÍN REBOLLO ³, la diferenciación entre servicio público

del Servicio Público. Madrid, 1990. J.M. SALA ARQUER: *El principio de continuidad de los servicios públicos*. Madrid, 1977. Jaime RODRÍGUEZ-ARANA: *Privatización y gestión pública*. Pontevedra, 1993. A. MARTÍNEZ MARÍN: «La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española», en *Libro Homenaje al Profesor Fernando Garrido Falla*, Madrid, 1992. L. MARTÍN REBOLLO: «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», en *RAP* 100-102 (1983). Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «*Derecho Administrativo Económico*». I. Madrid, 1988. Rafael GÓMEZ-FERRER Y MORANT: «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid, 1991. J.M. DÍAZ LEMA: *Los monopolios locales*, Madrid 1994. Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El Derecho Administrativo Privado*. Montecorvo, Madrid, 1996. Francisco Javier FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Madrid, 1995.

² José Luis VILLAR EZCURRA: *Derecho Administrativo Especial*. Madrid, 1999. *Servicio público y técnicas de conexión*. Madrid, 1980.

³ Luis MARTÍN REBOLLO: «De nuevo sobre el servicio público», en *RAP* 100.102. Vol. III.

monopolístico, servicio público no esencial, y regulación por las Administraciones Públicas de actividades privadas. Ello ha llevado a VILLAR EZCURRA a establecer una escala de la *publicatio*, diferenciando la *publicatio* intensa, en que se reserva a la Administración la titularidad y el ejercicio; *publicatio* media, en que sólo se reserva la titularidad pero no así su ejercicio que puede ser llevada a cabo por concesionarios; y la *publicatio* mínima en la que sólo se reserva a la Administración la titularidad de una parcela de la actividad compartiéndola con la empresa privada. Como ha dicho Santiago MUÑOZ MACHADO⁴, en definitiva, el artículo 128.2 CE permite al Estado la reserva en exclusiva de recursos o servicios esenciales, pero ni impide la colaboración de los privados en la gestión de dichos servicios, ni obliga tampoco a que las reservas indicadas se hagan siempre en exclusiva. También pueden consistir en la habilitación específica para que la Administración intervenga en un sector económico determinado, sin perjuicio de la participación concurrente de las empresas privadas.

Para conceptuar el servicio público, en sentido amplio, sigue siendo válida la definición de Gaspar ARIÑO:

«Servicio público es aquella actividad administrativa del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social.»

Con lo que el servicio público se define por las siguientes notas:

—Actividad administrativa de prestación.

—Titularidad de la Administración sobre la actividad prestacional. Aquí cabe diferenciar que la titularidad administrativa excluya la actividad concurrencial en el mercado del sector privado (servicio público monopolístico), aunque se permita a éste su intervención como delegado de la Administración o concesionario, y aquellos otros servicios públicos de titularidad de la Administración que no excluyen la posibilidad de que el sector privado concorra con el servicio público en análogas prestaciones pero de carácter privadas. Los servicios sociales se prestan en régimen de concurrencia, mientras que los servicios económicos se prestan en régimen de monopolio.

—Que se prestan en régimen de Derecho público, esto es, que existe un régimen jurídico de protección especial de su prestación con inmunidades y prerrogativas especiales tanto de la Administración en relación con los

⁴ Santiago MUÑOZ MACHADO: *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*. Madrid, 1998.

titulares de la gestión, como del servicio frente a terceros. Es cierto que, en sus relaciones *ad extra*, la actividad de servicio público puede prestarse por entidad mercantil, sin privilegio alguno respecto de la sociedad gestora, pero en todo caso el servicio estará dotado de esos privilegios, como pueden ser la expropiación forzosa, la posibilidad de suspensión del suministro por impago, etc.

—Prestación indispensable para la vida en sociedad. Como ha destacado GARRIDO FALLA⁵, el concreto encaje de servicios en este concepto de servicio esencial es contingente y variable y está en función de las concepciones dominantes en relación con los respectivos papeles que la Sociedad y el Estado deben desempeñar. La CE establece un modelo de «Estado social y democrático de Derecho» en el que determinadas misiones se asignan al Estado, surgiendo así el concepto de servicios públicos constitucionales, porque de las previsiones de la Constitución derivan obligaciones directas para los poderes públicos⁶. El principio general lo asienta el artículo 9.2 CE: «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas». En concreto, se declara el derecho de todos a la educación, lo que implica el deber de la Administración de garantizar la efectividad de este derecho, pero el servicio público se presta en régimen de concurrencia porque se reconoce la libertad de creación de centros docentes (art. 27 CE). El artículo 39.1 CE asigna a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. El artículo 41 CE obliga a los poderes públicos a un régimen público de Seguridad Social; e, igualmente, el artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, correspondiendo a los poderes públicos organizar los servicios necesarios a tal fin, etc.

—Prestación regular y continua

Tenemos, así, dos conceptos de servicio público:

A/ Servicio público esencial. Es aquel que una ley ha reservado a la Administración pública por su carácter esencial (arts. 128. CE y 86.1 LRBRL) y que se presta en régimen de monopolio, por lo que el sector privado no puede realizar la actividad sino a título de delegado o con-

⁵ Fernando GARRIDO FALLA: «El concepto de servicio público en Derecho español», en *RAP* 135/1994.

⁶ Carmen CHINCHILLA MARÍN: «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?». En *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje a García de Enterría*, Madrid, 1991.

cesionario de la Administración. Este concepto estricto de servicio público es el que luce en la STS de 24 de octubre de 1989 cuando afirma que el servicio público puede considerarse «*como una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la Administración para que esta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de forma regular y continua*».

B/ *Servicio público no esencial*, como actividad de prestación de la que es titular una Administración pública, lo que implica su prestación en régimen de Derecho público, pero prestándose en concurrencia, en el mercado, con el sector privado. Así, el artículo 85.1 LRBRL define como servicios públicos cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de competencia de las entidades locales. El artículo 26 LRBRL, al establecer un régimen de servicios mínimos, esenciales para la vida en sociedad, los declara, implícitamente, como servicios públicos, de los cuales, unos son servicios públicos monopolísticos (al menos de hecho, aunque con la posibilidad del monopolio de derecho mediante la reserva establecida en el art. 86.3 LRBRL), y otros servicios públicos no esenciales y, que, en consecuencia, se prestan en régimen de concurrencia con el sector privado⁷.

La STS de 23 de mayo de 1997 explica el significado de servicio público local que resulta del artículo 85 LRBRL:

«El concepto de servicio público, calificado frecuentemente como polisémico, no es ciertamente una categoría dogmática unívoca. En Sentencia de 24 de octubre de 1989, este Tribunal advierte que ningún Texto legal da un concepto de servicio público y atiende a una noción estricta de servicio público considerándolo «como actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continúa»...Ahora bien, la referida noción, a pesar del supuesto en el que se pronuncia la sentencia citada, es más bien predicable del servicio público en la esfera estatal, en la que aparece íntimamente vinculada a la idea de titularidad, junto a la referida exigencia de Ley formal. El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la ley y que comporta, potencialmente, un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el reiterado art. 85 LRBRL, que considera servicios públicos a «cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales». Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local

⁷ Adolfo SERRANO TRIANA: *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de Bienestar*. Madrid, 1983.

no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o «publicatio», la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad local. De esta manera pueden considerarse servicios públicos locales los que los Entes locales declaren como tales, siempre que cumplan los requisitos del art. 85 LRBRL aunque no puedan considerarse de titularidad local».

Del mismo modo, la STS de 22 de septiembre de 1994 diferencia el servicio público esencial (servicio de titularidad pública, excluyente de la actividad privada) y el servicio público no esencial (organización prestacional creada por un ente público y que no impide la realización de la misma actividad por empresas privadas). Dice así la indicada Sentencia:

«El suministro de agua potable a los ciudadanos es un servicio público esencial de titularidad municipal. Por ello, el art. 86.3 LRBRL declara la reserva en favor de las Entidades locales del servicio esencial de abastecimiento y depuración de las aguas y que la efectiva ejecución de esas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma. Por su parte, el art. 26.1.a/ LRBRL manda que los municipios, por sí o asociados, presten, entre otros servicios, el de abastecimiento domiciliario de agua potable....En el caso concreto que nos ocupa estamos ante un servicio de suministro de agua que es un servicio público impropio de carácter local, sujeto al régimen jurídico administrativo y con vocación de convertirse en un servicio público en sentido propio, de titularidad municipal, de conformidad con el art. 86 LRBRL. Atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada suele distinguirse entre actividad de servicio público y actividad privada. La actividad de servicio público, subjetivamente, es competencia del ente público —Estado, Comunidad Autónoma, Municipio...—, y está sometido a un régimen jurídico determinado, exigido porque todo servicio público comporta la satisfacción de un interés colectivo, interés que la mayoría de las veces da contenido a un servicio público esencial, como es el caso del suministro de agua a los ciudadanos...».

De manera que en la legislación local coexisten las dos regulaciones de los servicios públicos: las que simplemente atribuyen su titularidad a la Administración que, en su prestación, concurre con la empresa privada (art. 85.1 LRBRL), y aquellas otras en que la atribución de la titularidad de un sector de actividad económica comporta la exclusividad de la Administración en la prestación del servicio público (monopolio), sin perjuicio de la gestión por medio de empresa concesionaria. En este caso del artículo 86.3 LRBRL, la *publicatio* se produce en dos momentos: en uno primero, la Ley reserva a los entes locales determinados servicios esenciales, con lo que se cumple la reserva de ley establecida por el artículo 128 CE. Pero esta reserva no es más que una potencialidad que, para

actualizarse, requiere que una concreta entidad local haga efectiva la reserva mediante la aprobación del expediente a que se refiere el artículo 97 TRRL. Este precepto induce a confusión al atribuir a la Comunidad Autónoma la competencia para aprobar el expediente citado, cuando el servicio se establezca con carácter de monopolio. Literalmente podría entonces entenderse que los servicios reservados podrían prestarse en régimen de libre concurrencia y de monopolio, con lo que, de prestarse en régimen de libre concurrencia no habría diferencia alguna entre los servicios públicos en sentido amplio, del artículo 85.1 LRBRL, y los servicios reservados del artículo 86.3. Entiendo que todos los servicios reservados se ejercen en régimen de monopolio, y que la referencia a la intervención de la Comunidad Autónoma en la aprobación del expediente cuando en éste se prevea el monopolio está haciendo referencia a algo distinto de la exclusividad de la Administración en la titularidad y en la gestión del servicio público, y ese algo distinto consiste en expropiar a las empresas que, con anterioridad a la reserva, hubieran estado ejerciendo su actividad en el sector autorizados por licencia administrativa (se trata de dar retroactividad al monopolio del servicio público).

Junto a la actividad de servicio público, el artículo 86.1 LRBRL, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 128.2 CE, autoriza a los entes locales para intervenir en el mercado en régimen de libre concurrencia realizando **actividades de carácter económico** que, como tales, se prestan en régimen distinto de los servicios públicos. Es cierto que determinados servicios públicos implican una cierta actividad empresarial, esto es, una actividad económica a través de una organización de medios; pero no se pueden identificar servicios públicos de carácter económico, con incidencia en el mercado, con la «iniciativa pública en la actividad económica» a que aluden los artículos 128.2 CE y 86.1 LRBRL. Si se atiende al principio de economía del legislador (o del legislador no redundante) ha de concluirse que los servicios públicos son algo distinto de las actividades económicas; éstas se refieren, necesariamente, a actuaciones empresariales de los entes locales de «dación de bienes al mercado» mediante el ejercicio de actividades que no están publicadas, y que, por tanto, no entran en el ámbito de sus competencias sino en el de su capacidad (art. 25.1 LRBRL). En este sentido, el artículo 96 TRRL refiere la iniciativa de las entidades locales para el ejercicio de actividades económicas a «cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes», con clara alusión a la capacidad que el artículo 25.1 LRBRL reconoce al Municipio para «promover toda clase de actividades...que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones

de la comunidad vecinal», o que el artículo 36.1.d/ LRBRL reconoce a la Provincia para el fomento de los intereses provinciales. Teniendo en cuenta, a este respecto, la amplísima posibilidad interventora que deriva de la cláusula general del artículo 9.2 CE, en cuanto impone a los poderes públicos el deber de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas». En definitiva, se admite que los entes locales no sólo presten servicios públicos, sino que ejerzan actividades económicas que, a diferencia de aquellos, guardan con el interés público una relación mediata o indirecta, aunque, siempre, deben estar relacionados con el círculo de intereses de la comunidad local que, según el artículo 137 CE, constituyen el fin propio de los entes locales. Y, en todo caso, como ha puesto de relieve la STC 37/1981, de 16 de noviembre

«El contenido del art. 38 CE en cuanto reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y señaladamente, con los arts. 128 y 131, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad...».

II. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA

1. Servicios económicos de interés general excluidos de la libre competencia

El Tratado de la Unión Europea, en su actual artículo 81 dice que «serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...». Y el actual artículo 86, en consecuencia, establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas 12 y 81 a 89». Pero agrega el segundo apartado de este artículo 86 que «las empresas encargadas de la gestión de **servicios de interés económico general** o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la **misión específica** a ellas confiadas.

Por lo pronto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que «empresa pública» es toda unidad económica que opere de forma independiente en el mercado. Se trata, como ha destacado Antoni BERENGUER⁸, de un criterio calificador eminentemente funcional en el que se tiene en cuenta el carácter de la actividad ejercida y no la naturaleza orgánica de quien la ejerce. Por consiguiente, el Tribunal (STJCE *Hydrotherm Geräbau c/ Compact*. Asunto 170/83, de 12 de julio de 1984) ha afirmado que es indiferente que sea el Estado u otro ente público quien ejerza las actividades de producción, distribución o prestación de servicios, aunque estos establecimientos públicos no gocen de personalidad jurídica separada de la respectiva Administración pública territorial (STJCE *Comisión c/ Italia*. Asunto 118/85, de 16 de junio de 1987). Aunque hay que tener en cuenta que el Tribunal distingue entre aquellos casos en que el Estado ejerce actividades de autoridad y aquellos otros en los que se ejercen actividades de carácter industrial o comercial consistentes en la dación de bienes al mercado. En este sentido, el artículo 45.1 del Tratado establece que «las disposiciones del presente Capítulo no se aplicarán en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque solo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. En la STJCE *Corine Bodson c/ SA Pompes funèbres des Règions Libérées* (Asunto 30/87, de 4 de mayo de 1988) el Tribunal declara que se excluyen de las reglas de la competencia los aspectos públicos de las concesiones administrativas por entenderse vinculadas a las prerrogativas del poder público, señalando que los contratos de concesión que celebran los Ayuntamientos en su calidad de Administraciones públicas y las empresas que gestionan servicios públicos no son acuerdos entre empresas en el sentido que se refiere a ellos el artículo 81 del Tratado. La STJCE *Fluggesellschaft GMBH c/ Eurocontrol*, Asunto C-364/92, de 19 de enero de 1994, declaró que el organismo Eurocontrol, encargado de la seguridad en el control de la navegación aérea no estaba sujeto a las reglas de la competencia porque las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas típicas del poder público. No tienen carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado.

Tampoco quedan incluidos en el concepto de «servicios de interés económico general» los servicios sociales que ejercen, según la terminología comunitaria, funciones de solidaridad. En la STJCE *Poucet* (Asuntos acu-

⁸ Antoni BERENGUER I REGUANT: «La influència dels principis comunitaris en el serveis locals i la seva recepció en el Reglament d'obres, activitats i serveis». En *Dret Local*, dirigido por Tomás Font i Llovet. Barcelona, 1997.

mulados 159 y 160/91 de 7 de febrero de 1993) el Tribunal afirma que un organismo encargado de la Seguridad social cumple una función de naturaleza exclusivamente social lo que permitía excluirle de las reglas de la competencia. El Tribunal tiene en cuenta el carácter obligatorio de la afiliación y el régimen de solidaridad en la financiación de las prestaciones. En cambio, en la STJCE *Federación Française des sociétés d'assurance et autres c/ Ministère de l'agriculture et de la pêche* (Asunto C-244/94, de 16 de noviembre de 1995), niega el carácter social de la prestación realizada por un organismo por ser la afiliación voluntaria y no tener su régimen carácter solidario. Por tanto, lo determinante para negar el carácter de empresa que ejerce servicios económicos a aquellas que llevan a cabo servicios sociales (salud, educación, asistencia social y cultura) es el carácter obligatorio de la afiliación, el carácter redistributivo de su sistema de financiación, y el objetivo social que deriva del principio de solidaridad.

Las notas características, entonces, para definir los servicios de interés económico general son: en primer lugar la dominación de la empresa por la Administración pública a la que se ha asignado —por un acto de autoridad pública— el cumplimiento de una misión económica; y, en segundo lugar, que se trate de una actividad que satisfaga una necesidad colectiva, que no puede ser prestada en el marco de la libre competencia, sino que exige el monopolio de su prestación por parte de la Administración. A partir de la STJCE *Corbeau* (Asunto C-320/91, de 19 de mayo de 1993) se exige, para aplicar el artículo 86.2 CEE que el servicio se preste a favor de todos los usuarios de un ámbito geográfico, sin tener en cuenta sus circunstancias particulares, con tarifas uniformes. En la STJCE *Gemeente d'Almelo* (Asunto 393/92, de 27 de abril de 1994), sobre el servicio de suministro de electricidad, el Tribunal considera que se trataba de un servicio destinado a la provisión de fluido eléctrico a toda la población de un territorio, y con tarifas uniformes basadas en criterios objetivos aplicables a todos los consumidores, siendo necesaria la restricción de la competencia porque «es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las condiciones económicas en que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida».

De lo anterior deriva que, aunque en el Tratado europeo no se aluda a los servicios públicos, el concepto de servicio de interés económico general, excluido de las reglas de la libre competencia, coincide con el concepto de servicios públicos esenciales de carácter monopolístico.

2. El Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos y el concepto de Servicio universal

GARCÍA DE COCA⁹ ha dado cuenta del proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos, formulado por la Comisión, con fecha 14 de febrero de 1994. Parte la misma de que el Derecho comunitario consagra el principio de neutralidad en relación con la relación pública o privada de las empresas. Los Estados tienen libertad para la creación de empresas públicas a las que se aplican las normas comunitarias de igual manera que a las empresas privadas.

La excepción, por razones de servicio público, de las reglas de la competencia a empresas encargadas de servicios económicos de interés general, se circunscriben a la necesidad de excluir las reglas de competencia para asegurar el cumplimiento de la misión encomendada a estas empresas públicas. Los servicios básicos, como los transportes, las comunicaciones, la energía o el agua implican, frecuentemente, costosas inversiones que sólo son rentables a medio o largo plazo. Estos factores, característicos de las infraestructuras en forma de red, justifican frecuentemente la atribución de derechos especiales o exclusivos. Por otro lado, el mercado es generalmente indiferente a los objetivos de solidaridad, cohesión o equidad, por lo que unos servicios públicos suficientes y a unos precios razonables contribuirán a facilitar la inserción de los ciudadanos desfavorecidos. Igualmente, el mercado no responde espontáneamente a algunas exigencias de interés general y de desarrollo sostenible, como la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio. Por todas estas razones el Tratado excluye de las reglas de la competencia a los servicios económicos de interés general.

Pero además de estos servicios económicos de interés general, o servicios públicos, diversas consideraciones de interés general pueden determinar que los poderes públicos decidan que una determinada actividad privada sea sometida al poder público de regulación y dirección de esa **actividad privada de interés general**. Ese interés general puede consistir en la dirección pública en la utilización de recursos no renovables o escasos; en la protección del medio ambiente; en la existencia de efectos económicos importantes positivos o negativos de la prestación de la actividad; la protección de los derechos fundamentales; etc. Estos servicios de titularidad privada pero cuyo interés general obliga a que los poderes públicos los regulen, controlen y dirijan, se denominan, en la doctrina comunitaria,

⁹ J.A. GARCÍA DE COCA, en *RAP* 136/1995.

servicios universales, **cuyo régimen supone el cumplimiento de unos principios que garanticen la efectividad del interés general**, lo que lleva a configurar la actividad como servicio universal. Estos principios son los de continuidad, igualdad de acceso, universalidad, y calidad del servicio.

El servicio universal, por tanto, no es un servicio público en el sentido tradicional de actividad reservada a la titularidad de la Administración, se ejerza o no en régimen monopolístico. El servicio universal es, pues, una actividad privada de prestación de utilidad a los usuarios caracterizada por la exigencia de una calidad determinada que «debe ser prestada a todos los usuarios, independientemente de su situación geográfica y, a la vista de condiciones nacionales concretas, a precio asequible» (Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994).

La posición de los poderes públicos, en relación con los servicios universales, no consiste en prestar una determinada actividad sino en garantizar que el sector privado la presta de una determinada forma. La Administración se coloca así fuera de la actividad ejercitando sólo potestades de regulación y control pero sin llevar a cabo ningún tipo de prestación material. De modo que el servicio universal obliga a diferenciar

—El *regulador*, bien sea una Administración pública o una Agencia independiente. Y, separadamente del mismo

—El *operador*, **autorizado mediante licencia administrativa**, para ejercer la actividad en que consiste el servicio universal.

Como ha destacado Tomás Ramón FERNÁNDEZ¹⁰

«Detrás de la calificación de una actividad como servicio público hay siempre, desde luego, una necesidad generalmente sentida que no puede ser satisfecha individualmente y que, sin embargo, debe ser atendida para cubrir esa distancia, cada vez mayor en una sociedad industrial y urbana, entre el círculo que acota lo que Fortshoff acertó a denominar, con insuperable expresividad, el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo en el que realmente se desenvuelve nuestra vida cotidiana. Pero si este dato es común a todas las actividades formalmente calificadas de servicios públicos, no lo es menos que dista mucho de ser exclusivo de ellas y que hay un buen número de necesidades de porte semejante e, incluso, más pri-

¹⁰ Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ: «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», en *RAP* 150/1999.

marías y apremiantes (la fabricación y venta de pan, sin ir más lejos) que nunca han sido objeto de semejante calificación y cuya satisfacción se ha asegurado mediante una regulación, especialmente intensa, desde luego, que ha hecho innecesaria la responsabilización directa de la Administración que la *publicatio* supone...».

La legislación española ha recogido este concepto de servicio universal. Así, la Ley del Sector Eléctrico proclama que «abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores usuarios demandantes del servicio dentro del territorio nacional». La Ley General de Telecomunicaciones se limita a decir que «las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia»

3. Obligaciones de servicio público

Frente al movimiento de los años 1940 y siguientes, de nacionalización de actividades, esto es, de asunción por el Estado de servicios públicos en régimen monopolístico, los años 1980 y siguientes se caracterizan por un movimiento contrario: la privatización de actividades anteriormente declaradas servicios públicos mediante su *publicatio*. Pero el concepto de privatización comprende diversas realidades¹¹. Por una parte, puede significar, simplemente, que la Administración no asume la gestión directa del servicio sino que, manteniendo la titularidad del mismo, encomienda su gestión, mediante contrato concesional, a una empresa privada. Por otra parte, puede significar la «desregulación» de una actividad privada que, hasta el momento de la privatización, estaba sometida a una fuerte intervención administrativa, tanto en el ámbito de su sometimiento a una serie de reglas interventoras, como del control administrativo vía licencia. Y finalmente, la privatización, es la *despublicatio* de una actividad que venía siendo de la titularidad de la Administración como servicio público monopolístico. Ahora bien, como ha señalado MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ¹², la *despublicatio* no tiene por qué ir acompañada de la privatización de las empresas públicas que puedan estar presentes en la prestación del servicio que se despublica. Con todo, la despublicación de un servicio público entra-

¹¹ Juan Carlos ETXEZARRETA VILLALUENGA: *La privatización en la Administración Local*, Bayer. Barcelona, 1995.

¹² J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ: «La regulación económica en España», en *El Nuevo Servicio público*, dirigido por Gaspar Ariño. Madrid, 1997.

ña necesariamente una alteración de la naturaleza y posición jurídica de la empresa o empresas públicas que lo hubieran prestado hasta ese momento, porque tales empresas dejarán de ejercer ya los derechos exclusivos del poder público sobre tal actividad, para pasar a concurrir con las empresas privadas que entren en ese sector de la actividad. De tal modo que de la **empresa pública de servicio público se habrá pasado a la empresa pública de mercado.**

Los defensores de los servicios públicos oponen a la apertura a la libre competencia de los servicios públicos, que las empresas privadas actuarán sólo en los espacios rentables, dejando inatendidas determinadas zonas o espacios sociales. Pero esta argumentación es falsa porque la *despublicatio*, adecuadamente regulada, permite garantizar la prestación universal del servicio. Y, aún más, al operador de los servicios universales se le puede imponer que cumpla determinadas obligaciones de servicio público. Esto significa que en lugar de declarar servicio público el correo, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad, el transporte o la televisión, lo que hay que hacer es precisar en cada uno de ellos, cuales son las obligaciones o cargas de servicio público. Ello exige la diferenciación de prestaciones, declarando obligaciones de servicio público: en el transporte la cobertura de determinadas líneas regulares; en el correo, el servicio básico postal; en las telecomunicaciones el servicio básico telefónico. Lo que implica desintegrar las actividades anteriormente monopolísticas.

Las obligaciones de servicio público suponen, pues, el establecimiento singularizado de obligaciones especiales a algún operador de un servicio universal, con la correspondiente compensación económica, estableciéndose estas obligaciones bien por ley o mediante contrato en que se asume voluntariamente la carga.

Y, así, en la ordenación del transporte marítimo la Ley de Puertos dispone que la Administración podrá establecer obligaciones de servicio público en aquellos servicios regulares de navegación, en atención a sus especiales características, con la finalidad de garantizar su prestación bajo condiciones de continuidad y regularidad. Del mismo modo, en la ordenación del transporte aéreo el Reglamento CEE 2048/92 admite la imposición de obligaciones a una compañía aérea para que adopte, con respecto a cualquier ruta para la que el Estado miembro le haya expedido una licencia, todas las medidas necesarias para garantizar la prestación de un servicio que cumpla determinadas normas relativas a continuidad, regularidad, capacidad y precio que la compañía aérea no asumiría si únicamente tuviera en cuenta su interés comercial.

La imposición de obligaciones de servicio público requiere, en primer lugar, delimitar un bloque de prestaciones básicas que deben ser ofrecidas a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su rentabilidad y el interés que puedan tener los operadores en prestarlas; en segundo lugar, establecer un sistema equitativo de cargas de servicio público entre todos los operadores que actúan en el sistema; y, en tercer lugar, establecer normas sobre costes y su reparto entre los operadores que hayan asumido las cargas.

III. CONCLUSIÓN

En el Documento de la Comisión, denominado «Los servicios de interés general en Europa», publicado el 26 de septiembre de 1996, se indica 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. Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles. Para muchos de ellos, estos servicios de interés general suponen auténticos derechos sociales y participan en gran medida en la cohesión económica y social. **Por ello, los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad...**»

El Tratado de Amsterdam ha dado lugar a la incorporación al Tratado de un nuevo artículo 16 que dice

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

De lo hasta aquí expuesto deriva que los servicios públicos locales tendrán que irse acomodando a la regulación comunitaria de los servicios de interés general y de los servicios universales, lo que no implicará pérdida de los poderes públicos para atender las necesidades sociales, sino un nuevo enfoque de los servicios públicos.