



SERVICIOS PUBLICOS Y UNION EUROPEA

Elisenda MALARET

Introducción

Servicios públicos y Comunidad Europea, ¿dos realidades contrapuestas? La confrontación entre servicios públicos y derecho comunitario ha sido objeto de intensos debates desde diversas perspectivas, académica, política o simplemente ciudadana. Constituyen un exponente ilustrativo de la preocupación especialmente extendida en la sociedad francesa las manifestaciones y movilizaciones sociales que agitaron las ciudades francesas en diciembre de 1996.

En esta dirección no pueden obviarse las propuestas de modificación del Tratado de la Unión Europea en aras a la introducción de una referencia explícita a la especificidad de los servicios públicos. Los servicios públicos aparecen en este contexto como el otro pilar de la acción de la Comunidad. Como el Par-

lamento europeo ha declarado, la acción de la Comunidad no puede orientarse únicamente hacia el establecimiento de un régimen de libre competencia, sino que es preciso contribuir a la promoción de los servicios de interés general (Resolución del 13 de marzo de 1996).

En este orden de consideraciones, no puede olvidarse que algunas recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (T.J.C.E.) y el proceso de «comunitarización» de las políticas relativas a los grandes servicios económicos con estructura de red —transportes, telecomunicaciones, correos, gas y electricidad— han contribuido de manera decidida a colocar la temática de los servicios públicos en el centro del debate social.

La preponderancia del objetivo «competencia» y la consecuente erosión, cuando no desaparición, de algunos monopolios públicos emblemáticos —correos, teléfonos, electricidad— ha obligado a replantear no tanto el ámbito de los servicios públicos en general cuanto la posición y extensión de los más significativos servicios de carácter económico. En efecto, los servicios públicos educativos o asistenciales no sólo no entran en el ámbito de competencias de la Comunidad Europea, sino que en tanto en cuanto se entiende que dicha actividad no tiene contenido económico, no cabe discutir la aplicación a la misma de las reglas de la competencia. Como ha indicado el propio T.J.C.E., puesto que cumplen una finalidad de solidaridad no entran en el ámbito del Artículo 90.2 TUE (Sentencia del 17 de febrero de 1993, «Poucet»).

En definitiva, el debate se centra en torno a la supresión de los monopolios públicos en los países de nuestro entorno. Debate no sólo en torno a su supresión como consecuencia de la aparición de nuevos operadores, sino también en torno a las nuevas reglas de juego que se imponen a las empresas prestadoras de servicios de interés general. La aparición de nuevos operadores comporta la introducción de competencia, lo que requiere repensar las formas de financiación de aquellas actividades que precisamente por su escasa rentabilidad (o por la cuantía de las inversiones que requerían) habían pasado a la órbita de lo público. Actividades que se entienden necesarias, que son esenciales para el pleno desarrollo del individuo en la sociedad. Se trata de la satisfacción de necesidades sentidas no sólo como individuales, sino también como colectivas, puesto que constituyen elementos de vertebración social.

Como se intentará demostrar en este trabajo, el proceso de construcción europea, que en nuestro país corre paralelo al de-

sarrollo del Estado de bienestar, —no en vano nos integramos en la Comunidad Europea justo en el momento de aceleración de la integración mediante la adopción del Acta Unica Europea (1986)—, obliga a replantearnos el alcance y la significación no sólo de los servicios públicos en su realidad material, con el problema de la equidad como eje central, sino algo mucho más sencillo: ¿De qué hablamos cuando utilizamos la expresión servicios públicos?

De la Comunidad Económica Europea a la Unión Europea

La perspectiva de la integración europea en su estado de evolución actual obliga a interrogarse sobre la función de los servicios públicos en el desarrollo de una Unión Europea que se ha puesto como uno de sus objetivos estratégicos institucionales el «promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria».

Como es bien conocido, el proceso de integración europea se ha producido a través de un proceso gradual de integración económica desarrollado a partir de la idea rectoral de que la formación de un mercado común constituía el fundamento necesario de una integración política, de una «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa».

En la estrategia gradualista con la que fue concebida la Comunidad Europea, el mercado tiene un papel fundamental y central en la regulación de la construcción europea. Esta opción parece permitir la «despolitización» del proceso frente a un modelo de regulación estatal clásico, en el que las divergencias nacionales e ideológicas se hubieran presentado con toda su nitidez. En esta dinámica las reglas a adoptar, las normas a formular serán meras exigencias «técnicas» para garantizar las libertades y la competencia. Por ello sus actores privilegiados en el panorama institucional comunitario serán la Comisión y el Tribunal de Justicia, instancias que se presentan como desvinculadas de los órganos políticos nacionales.

Pero el paso de un mercado «común» a un mercado «interior» ha significado también una renovación y un reforzamiento del objetivo principal de la Comunidad Europea. Este mercado no se concibe sólo como un área de libre cambio, incapaz como tal de dar respuesta a los fines enunciados en el propio Tratado de la Unión Europea (TUE): «Mediante el establecimiento del

mercado común y de una unión europea y monetaria, y mediante la realización de las políticas y acciones comunes» deberá promoverse «un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, (...) la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros» (Artículo 2). La introducción del objetivo de integración y cohesión económica y social implica la toma en consideración de una nueva dimensión que obliga a adoptar políticas y medidas que contribuyan a la creación de un espacio europeo cohesionado y solidario.

En este contexto, la Comisión ha recordado recientemente cómo la originalidad del modelo europeo de sociedad estriba en que se «ha construido sobre un conjunto de valores comunes entre los cuales está el del acceso de los ciudadanos a servicios universales o servicios de interés general que contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato» (declaración del 28 de febrero de 1996).

Es precisamente en este contexto de transformación de la naturaleza de la Comunidad Europea en el que cobra especial significación la introducción de la noción de *ciudadanía* europea (Artículo 8 TUE). Esta noción, pieza basilar de los regímenes democráticos, es fundamental para la toma de conciencia propia y la adquisición de legitimidad de la Unión.

La noción de ciudadano no puede concebirse hoy única y exclusivamente en el contexto cerrado de los Estados-nación. La introducción de la noción de ciudadano en el TUE evidencia el nuevo *status*, la nueva relación entre la UE y la población. Si la ciudadanía es ante todo un estado de conciencia y de intelección del cual sólo una parte es traducible en términos de derecho positivo, no parece entonces difícil establecer precisamente en términos de ciudadanía la relación de pertenencia de los nacionales de los Estados miembros a este nuevo sujeto, la Unión Europea, que no necesariamente debe tener la condición de un Estado, pero sí constituye ya una comunidad cultural y política.

Una comunidad transformada en Unión y que como tal se fundamenta en el respeto de los derechos fundamentales tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (Artículo F.2 TUE). En este contexto, concebir la acción de los poderes públicos como destinada a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona contribuye a afianzar la identidad política de la Unión Europea.

En esta perspectiva dinámica se inscribe el informe elaborado por el Comité presidido por Pintasilgo, *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales* (1996), en el que los derechos políticos y sociales, como un todo inescindible, constituyen el contenido necesario de la ciudadanía europea.

La lógica de este proceso de unión ha conducido a una ampliación de los cometidos y poderes asignados a las instancias comunitarias.

En esta nueva perspectiva y puesto que la determinación de la misión de servicio público es esencialmente una determinación política, las preocupaciones e ideas que estuvieron en el origen de la noción de servicio público reaparecen en el contexto renovado de un derecho comunitario que tiende cada vez más a presentarse como un derecho común.

La integración europea no puede seguir desarrollándose sobre el único pilar de la exaltación del mercado y de las reglas inherentes al mismo —la competencia— sino que requiere la construcción de cánones o títulos de legitimación de la acción política. Estado y mercado no son realidades yuxtapuestas, la construcción de una nueva comunidad política como es la Unión Europea requiere la toma en consideración de ambas formas de regulación y provisión de servicios.

El propio TUE desde su versión original contempla ya la prevalencia del interés general sobre las reglas de la competencia, pero permitiendo un control comunitario —de la Comisión y del Tribunal— sobre las reglamentaciones y decisiones nacionales (Artículo 90). Esto es, el derecho aplicable no es única y exclusivamente el derecho nacional. Sin que ello signifique en ningún momento que sólo el derecho comunitario pueda establecer servicios públicos de naturaleza económica. El principio de subsidiariedad impide una solución en este sentido. Pero no puede olvidarse que así como muchos servicios públicos nacieron con vocación local y posteriormente las necesidades de cobertura de todo el mercado nacional propiciaron su transformación en servicios nacionales, asimismo ahora los servicios con estructura de red tienen una propensión natural a comunitarizarse.

En esta dinámica la cuestión que se plantea es determinar cuál es el órgano comunitario que tiene la legitimidad para adoptar la decisión relativa a la creación de un servicio público europeo, y a quién se le encomiendan las tareas de regulación. Parece que una decisión de esta naturaleza sólo puede ser adoptada por el Parlamento y el Consejo, esto es, por las instancias

políticas dotadas de una base democrática. Cuánto mercado, qué mercado y qué tipo de competencia, son opciones estratégicas para una comunidad política puesto que contribuyen a la estructuración de una sociedad que se considera y se quiere precisamente tal.

Junto a misiones de interés general como la protección del medio ambiente, la seguridad en el aprovisionamiento de recursos energéticos o la obligación de satisfacer determinadas actividades sobre partes del territorio que no serían comercialmente rentables —las obligaciones de servicio público— existen también supuestos en que la tarea de interés general se vincula al carácter universal de la actividad. Esto es, un servicio que debe ser prestado a todos los que lo soliciten en el conjunto del territorio a un precio asequible y de acuerdo con una calidad determinada (como establece, por ejemplo, la Decisión del Consejo del 7 de febrero de 1994 sobre los principios del servicio universal en materia de telecomunicaciones).

La noción de servicio universal refuerza y concreta la noción de servicio público. En efecto se trata de una actividad esencial sometida a un régimen jurídico particular que puede caracterizarse de acuerdo con los principios de universalidad, igualdad, continuidad y calidad. Por ello es de prestación obligatoria para el proveedor, que no puede denegar el acceso a la misma.

Una noción de servicio público adecuada al ordenamiento jurídico constitucional

Tomar en consideración los servicios públicos supone afirmar que los poderes públicos (Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales) tienen en ciertos ámbitos de la vida social y económica la obligación de garantizar el cumplimiento de determinados objetivos destinados a preservar los intereses generales y las necesidades colectivas de los ciudadanos, así como la responsabilidad en la efectiva prestación de los servicios necesarios para el pleno desarrollo de la dignidad de la persona humana; valor que nuestra Constitución configura como supra-principio rector de los derechos y libertades.

Es preciso recordar que a pesar del tiempo transcurrido desde la recepción de las teorías francesas e italianas del servicio público, nuestra doctrina no ha logrado todavía un consenso suficiente acerca del significado, alcance y funcionalidad de esta noción. Sorprendentemente, no plantea conflicto más que en un supuesto concreto: cuando el legislador contempla como forma

ordinaria de gestión aquella realizada por particulares a través de la fórmula concesional.

En mi opinión, la peculiar recepción de la elaboración de matriz francesa con insertos italianos depende estrechamente del orden político-institucional en el que se produce.

En primer lugar, está lo que podría denominarse debilidad o inconsistencia de la libertad de industria y de comercio, a la que seguramente no es ajena la debilidad del liberalismo como ideología política. Si bien no existen estudios sobre esta cuestión, de la lectura de los tratadistas del primer tercio de siglo parece deducirse la hipótesis explicativa, que nos hemos atrevido a adelantar ya, de que las referencias a esta libertad fundamental en la construcción del orden económico son escasas. Pero creo que todavía es más significativo que en la etapa inmediatamente posterior a la recepción de la teoría del servicio público nos encontramos con una suspensión o ausencia de régimen constitucional de los derechos y libertades individuales (dictadura de Primo de Rivera). Dato que cobra todavía mayor significación durante los años cincuenta y sesenta, periodo en el que se elaborarán las ideas maestras de la dogmática administrativa española.

Por el contrario en el sistema francés, en el momento de auge de la teoría del servicio público, el Conseil d'Etat entendía que la libertad de comercio y de industria constituía un límite para la creación de los servicios públicos —municipales—, operando en una dirección similar a la que podría haber significado el principio de subsidiariedad del periodo franquista.

En segundo lugar está aunque pueda parecer paradójico, la debilidad de la Administración Pública, tanto desde la perspectiva del desarrollo de los servicios públicos como frente a los intereses privados. Estos elementos son tanto más relevantes cuanto que estarán presentes no sólo durante la mayor parte del siglo XIX sino también durante muy largos periodos del actual siglo XX, configurando seguramente el paisaje administrativo con el que operará la doctrina.

Posiblemente por ello la teoría del servicio público se recibe, se generaliza y se desarrolla en nuestro ordenamiento desde la óptica de la concesión, de la gestión privada como regla. En este proceso el concepto —puesto que ya no es una teoría— del servicio público cumple una función distinta; ya no se trata de delimitar el papel del sector público en relación al sector privado sino de fundamentar los poderes de la Administración en relación a determinadas actividades que realizan los particula-

res. Es la idea que se expresa con la referencia al servicio público como título de intervención. En esta óptica el régimen jurídico se analiza fundamentalmente desde la perspectiva del concesionario, se privilegia como objeto de análisis la relación concesionario-Administración, desdibujándose el papel del usuario, cuando en atención a las necesidades de éste se ha erigido precisamente la actividad en servicio público.

Como es bien conocido, en nuestro país no se conocerá una experiencia como la de la III República francesa ni lo que se ha denominado «socialismo municipal», puesto que el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo se mueve en unas coordenadas ideológicas distintas. Estos factores son especialmente importantes puesto que, si el contexto institucional en el que se elaboran las construcciones dogmáticas claves del derecho público las impregna de forma clara, este fenómeno es todavía más acentuado si nos enfrentamos a una noción como la de «servicio público», que ha estado siempre en el centro del debate ideológico, tanto en su vertiente política como jurídica, al significar una determinada forma de entender las relaciones entre Estado y sociedad.

Esta recepción de la teoría del servicio público desde la óptica del particular-concesionario llevará parejo un tratamiento de la concesión como institución necesariamente diferenciada de la autorización. Creo que esta aproximación reforzará una determinada visión del servicio público caracterizada por su carácter limitativo del concepto: sólo es servicio público lo que se presta mediante concesión o, si la Administración actúa directamente, solamente se presta atención a su quehacer en el supuesto de monopolio, cuando se reserva la actividad a la gestión por la propia Administración.

Quizás ello explica la poca atención al significado y alcance jurídico de los principios de regularidad, continuidad e igualdad, probablemente en parangón con la ausencia de enfoques globales sobre esta cuestión, así como la poca atención a las obligaciones que impone el servicio público. Sólo excepcionalmente se procederá a una determinación precisa de los niveles y condiciones de prestación.

Esta posición privilegiada de la concesión se corresponde con el importante papel que complicará la financiación privada de las infraestructuras, importancia aparente puesto que aquí aparece un factor que explica la debilidad y escasez de los servicios públicos en nuestro país. En la centralidad de la cuestión financiera está el origen de una forma «privilegiada» de actuación o gestión de los servicios públicos que se ha desarrollado especialmente en el ámbito económico. Me refiero al monopolio o gestión en ex-

clusiva, y excluyente de la gestión por otros sujetos, que será exclusivamente la contrapartida a las obligaciones asumidas.

Este es un proceso radicalmente distinto al francés, en el que la construcción de la escuela del servicio público y la determinación del alcance de la noción se articulan partiendo de la actividad que realiza la Administración como tal de manera coherente con los propios orígenes de la expresión, siempre indicativa de la actividad pública. La noción de servicio público se desarrollaba en un contexto administrativo en el que el elemento orgánico —el gestor— y el elemento material —el fin— se confunden muy a menudo. El gestor del servicio público es una persona pública cuya actividad natural —por no decir su justificación— reside precisamente en la asunción de necesidades de interés general, menos desarrolladas que ahora, por otra parte. La gestión de servicios públicos por personas privadas se contemplará posteriormente, a partir de los años treinta y reaparece con fuerza en los años ochenta. Pero es preciso señalar que, en general, se utiliza la expresión «institución u organismos de derecho privado» y con ello se alude a un fenómeno más complejo, puesto que aquí se contemplan las sociedades mixtas (de capital mayoritariamente público al menos), las sociedades íntegramente públicas y los particulares en sentido estricto.

La necesidad de contar con una red conceptual, con una noción de servicio público que tenga fuerza prescriptiva debe permitir establecer con precisión cuatro cuestiones fundamentales: a) establecer con precisión los rasgos que caracterizan la actividad pública y la diferencia de la actividad desarrollada por los particulares, que puede tener un contenido similar, pero no tiene por qué estar sometida a las mismas reglas puesto que responde a otra dinámica que tiene un fundamento distinto, la libertad personal; b) determinar el significado, contenido y alcance de la responsabilidad de la Administración cuando presta directamente los servicios, pero sobre todo en aquellos supuestos en que ha encomendado a organismos privados la realización efectiva de la prestación (como ocurre en la sanidad y la educación); c) precisar cuándo la Administración o los particulares habilitados por ésta actúan al margen de los requerimientos propios de la competencia y la libertad de empresa, bases sobre las que se asienta la economía de mercado, lo que consecuentemente permite modular el régimen de las empresas públicas en función del tipo de actividad realizada, de «mercado o económica» o, por el contrario, de «gestión de servicios públicos»; d) y finalmente pero fundamentalmente, determinar los derechos de los usuarios; la posición del usuario se verá entonces notablemente reforzada y garantizada al establecerse la obli-

gación de efectuar la prestación, circunstancia en la que Salas cifraba el origen de la declaración de servicio público del agua, gas y electricidad por el Real Decreto de 1924.

En definitiva, no puede olvidarse que la noción de servicio público ha cumplido históricamente (como el movimiento del socialismo municipal ilustra bien) y cumple todavía hoy una doble función: a) legitimación de la actividad de los poderes públicos, inicialmente sólo de gestión (puesto que si hay actividad directa de la Administración Pública no hace falta regulación específica, basta con la aplicación del régimen general, propio y peculiar que responde a exigencias de interés general) y sólo recientemente de regulación (cuando se encomienda a particulares la producción y prestación efectiva del servicio); b) fundamento de los derechos de los ciudadanos, puesto que la creación por los poderes públicos de un servicio público supone la obligación de realizar la misión encomendada y de acometerla de acuerdo con unos determinados parámetros.

Cuestión distinta es la de determinar a qué autoridad le corresponde crear el servicio público, lo cual significa determinar quién tiene la competencia para establecer o apreciar las necesidades del interés general en un determinado tiempo y territorio. En relación a la determinación de la instancia competente para la creación de un servicio público, es preciso señalar que en nuestro sistema jurídico existen tres supuestos distintos: a) exigencia constitucional, como por ejemplo, la educación básica; b) opción del legislador —estatal o autonómico—; c) decisión discrecional de la Administración Pública, como por ejemplo los servicios facultativos municipales.

Asimismo, debe diferenciarse del fundamento —constitucional, legal o administrativo— la cuestión relativa a quién decide la forma de gestión. Aquí nos encontramos también con que el derecho positivo suministra una variedad de opciones de manera coherente con la heterogeneidad de actividades susceptibles de ser configuradas como servicios públicos. En determinados supuestos la Constitución establece reglas claras; así, en el sector de la enseñanza, la Administración debe necesariamente prestar directamente el servicio, pero no puede monopolizar la actividad —lo que no supone que los centros creados en base a la libertad de enseñanza deban necesariamente tener reconocida la prerrogativa de otorgar títulos. Por el contrario, en relación a otros servicios necesarios para la efectividad de la realización de los derechos sociales, la Constitución impone única y exclusivamente la regulación y organización pública del sistema, otorgando al legislador la discre-

cionalidad en la decisión relativa al sujeto gestor. Paralelamente, existen supuestos en los que el legislador deja en manos de la Administración la forma de gestión, y otros en los que opta directamente.

Si con la noción de servicio público aludimos a aquellas organizaciones que tienen encomendada la misión de suministrar las prestaciones necesarias para la efectividad de los derechos económicos y sociales que nuestra Constitución proclama, entonces la tarea de construir un *status* de los derechos de los ciudadanos-usuarios constituye un reto inexcusable de la dogmática jurídica para la realización plena del orden constitucional que configura la perspectiva del Estado social y democrático de derecho.

Libertad e igualdad son inescindibles y por ello, como proclama nuestra Constitución, «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (Artículo 9.2).
