

EL SERVICE PUBLIC FRANCÉS Y LA DASEINSVORSORGE EN ALEMANIA

MARTIN BULLINGER
Catedrático Emérito de Derecho Público
Universidad de Friburgo (Alemania)

I. LA NECESIDAD DE ACTUAR: 1. *Transición al mercado como amenaza para la solidaridad nacional.* 2. *Falta de recepción del service public francés en el extranjero:* a) Falta de recepción en Alemania. b) Disimulada recepción parcial mediante la doctrina de la *Daseinsvorsorge*. 3. *Posibles puntos de partida para una línea de defensa conjunta.*—II. DIFERENCIAS EN CUANTO A LA CONCEPCIÓN Y LA DOGMÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN PRESTACIONAL: 1. *Diversidad de los puntos de partida:* a) Estado restringido versus Estado omnipotente. b) Solidaridad versus subordinación. 2. *Diferencias en el régimen jurídico:* a) Consolidación de un *service public* con debilidad solidaria. b) Cooperación flexible como creciente concepto guía de la procura existencial alemana. 3. *Resultado.*—III. POSIBILIDADES DE DEFENSA CONJUNTA: 1. *¿Asimilación como condición previa?* 2. *Incompatibilidad entre la libre competencia y el cumplimiento de deberes públicos.* 3. *Margen suficiente para una política sociocultural a nivel nacional:* a) Aseguramiento de fines sociales mediante garantías. b) Aseguramiento de otros intereses públicos. 4. *Regulación de la competencia en atención a las políticas socioculturales nacionales.*

En el artículo se exponen la concepción y la dogmática de la Administración prestacional en Alemania y en Francia, y se buscan vías para una estrategia de conservación conjunta ().*

I. LA NECESIDAD DE ACTUAR

1. *Transición al mercado como amenaza para la solidaridad nacional*

Francia, al igual que los demás Estados miembros de la Unión Europea, es impulsada por ésta a conducir al mercado común también sus grandes empresas de prestación de servicios que poseen un monopolio nacional o un privilegio legal comparable. Entre éstas están Correos, Telecomunicaciones, Electricité de France (EDF) y Gaz

(*) Versión revisada de la conferencia pronunciada el 28 de noviembre de 2002 en la Albert-Ludwigs-Universität de Friburgo, y publicada en JZ, 03, págs. 597 y ss. Esta investigación surgió como estudio preliminar de un grupo de trabajo multinacional que deberá aclarar de forma comparativa las preguntas fundamentales de la regulación de empresas de abastecimiento liberalizadas en los Estados miembros de la UE. Son promotores del grupo de investigación la Universidad de París I y el CNRS francés, y directores los catedráticos Franck MODERNE y Gerard MARCOU.

de France (GDF), que hasta ahora forman parte del *service public*. Con su completa liberalización (1), Francia teme la pérdida de un pilar esencial de su estatalidad; es más, de su identidad. Trata por ello de retardar y mitigar este proceso (2), y pretende obtener a tal fin la ayuda de otros Estados miembros, entre ellos la República Federal de Alemania.

Frente a otros pasos de «liberalización» de sectores y la privatización consecuente de los mismos se organizan manifestaciones, especialmente por los empleados de las empresas de prestación de servicios. Temen la pérdida de miles de puestos de empleo y el empeoramiento de las condiciones laborales. Los consumidores también están afectados pero, por ahora, apenas movilizados.

La manera en la que los consumidores, al igual que otros intereses públicos, resultan afectados por este proceso se puede ilustrar muy bien tomando como ejemplo al *cartero*. Lo ha recalcado en su informe del año 2002 sobre la competencia en cuanto a entidades públicas el *Conseil d'État*, tribunal contencioso-administrativo supremo y, al mismo tiempo, máximo órgano consultivo del Gobierno (3). Ve en peligro una *dimension humaine majeur* de la función técnica del cartero; literalmente dice: «(...) rien ne remplace le passage régulier, jour après jour, dans chaque localité et auprès de chaque usager, d'un agent bien identifié et appartenant à un service bien implanté sur tout le territoire. Cette seule présence est plus porteur en elle-même de service public et de la solidarité que celui-ci exprime, que les prestations proprement dites confiés au préposé (...)». La misión del cartero consiste en distribuir cartas. Su función es el *transporte*, que podría ser privatizado y dejado a cargo de varias empresas competidoras. Esta función de transporte se encuentra hasta ahora superpuesta por una —se podría decir— función «democrática». Habitualmente, el cartero hace visible a diario al Estado como lugar de servicios para

(1) En el sentido más amplio de su subyugación bajo las reglas normales de competencia, que en parte también incluyen una «privatización»; en cuanto a la terminología, véase SCHÖCH, DVBl., 1994, págs. 962 ss.

(2) Véase Jacques CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, 4.^a ed., 1997, págs. 104 ss.; LÖWENBERG, *Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa*, 2001, págs. 60 ss. Bajo el Gobierno liberal de derechas formado en el año 2002 la resistencia parece haber disminuido. Poco antes de la lectura de la tesis doctoral en último lugar citada fue divulgado que también Francia habría abandonado sus reservas frente a una «liberalización» del abastecimiento energético y habría aprobado en el Consejo de Ministros la transición completa al mercado antes del año 2007; véase «Le Monde» del 27 de noviembre de 2002, pág. 20. Esta decisión fue tanto más fácil para Francia cuanto que EDF, siendo hasta ahora una empresa monopolística de alto rendimiento, seguramente llegaría a tener una posición aún más fuerte.

(3) *Rapport Public 2002, études et documents*, n.º 53, Doc. Franc.; allí, «Considérations générales du Conseil d'État: Collectivités publiques et concurrence», págs. 215 ss., en especial pág. 354.

el ciudadano. Se le pueden hacer preguntas, expresar sus preocupaciones, transmitir quejas y así, día tras día, integrarse nuevamente en el Estado prestacional. Si el único cartero del único correo estatal competente es reemplazado por variables comisionados de entrega de varios entes privados en competencia, de los cuales cada uno atiende a clientes seleccionados diariamente en ritmo cambiante sin pérdida de tiempo, la función «democrática» tradicional del cartero desaparece sin reemplazo y se desvanece su contribución a la diaria integración en el Estado. ¿Es suficiente esta imposibilidad de cumplir con una misión pública, que hasta ahora fue atendida por el correo estatal, para excluir al correo de la competencia según el artículo 86 TCE y, de este modo, conservarlo como servicio público nacional o *Daseinsvorsorge* (procura existencial)? ¿Podrían Alemania y Francia conjuntamente formar una comunidad *argumentativa*?

2. Falta de recepción del service public francés en el extranjero

Sin embargo, existen estudios que han demostrado que, a pesar de denominaciones parecidas, no existe un equivalente más o menos comparable al *service public* francés en otros países (4), por lo cual resulta difícil formar una «colectividad» para su defensa.

a) Falta de recepción en Alemania.

En Alemania, por ejemplo, el *service public* de carácter francés no se ha ofrecido para una recepción, aunque el Derecho administrativo alemán forma parte del círculo de Derecho francés (5). Una razón es que, históricamente, la idea del *service public* surgió de una fuerte antítesis a la en aquel entonces sostenida doctrina alemana del Estado.

Unos cien años atrás, el profesor y posterior decano de la Facul-

(4) Esto resulta con toda claridad de Franck MODERNE/Gerard MARCOU (eds.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, París, 2001, con un resumen impresionante de Franck MODERNE (págs. 9 ss.) y un informe detallado sobre Alemania de Gerard MARCOU (págs. 83 ss.). Una exposición alemana profundizada del *service public* francés se encuentra en Johann-Christian PIELOW, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, en especial págs. 133 ss.; LÖWENBERG (nota al pie 2), págs. 65 ss. Incluso en el Derecho francés este concepto comprende múltiples significados; véase LÖWENBERG (nota al pie 2), pág. 65; TRUCHET, AJDA, 1982, págs. 427 ss., en especial pág. 428.

(5) Tanto los principios generales del Derecho administrativo como también la tutela judicial fueron desarrollados de manera muy apegada al Derecho administrativo francés. Parece poco razonable que Europa quede dividida en familias de distinta tradición jurídica exclusivamente para el *service public*; véase un resumen de tales intentos de división en LÖWENBERG (nota al pie 2), págs. 49 ss.

tad de Derecho de la Universidad de Burdeos, Léon DUGUIT, había definido el *service public* como característica esencial de la República que se había impuesto definitivamente en Francia después de la guerra de 1870-71. Vio como elemento decisivo de la República la fraternidad, al igual que la libertad y la igualdad una idea de la Revolución de 1789, y le dio la forma de solidaridad (6) y cooperación de los servicios públicos. A ambos contraponía la idea del poder estatal absoluto de la teoría monárquica del Estado, representada sobre todo por profesores alemanes como Georg JELLINEK y Otto MAYER (7). Con el vigor del poder estatal absoluto, según los juristas franceses, Alemania se había anexionado Alsacia y Lorena en 1871. Una República basada en las ideas de solidaridad y cooperación se contradice con la ocupación violenta de territorio extranjero (8).

Poco antes de la creación de esta nueva doctrina, Otto MAYER había ajustado su teoría del Derecho administrativo a la tradicional ciencia francesa del Derecho administrativo. Veía en el poder estatal y no en la solidaridad la característica principal del Estado moderno. Sobre este fundamento, Otto MAYER había construido su Derecho administrativo, al principio en su obra *Derecho Administrativo Francés*, de 1886, base de su curso en la Universidad alemana de Estrasburgo; luego en su *Derecho Administrativo Alemán*, de 1895-96, y su traducción al francés de 1903, que inicialmente había sido recibida con agrado en Francia (9).

Entre 1901 y 1913, DUGUIT, sin embargo, desarrolló su teoría opuesta del Estado republicano y de sus servicios públicos solidarios, a los cuales calificaba de inevitables, debido a la creciente dependencia del individuo de prestaciones públicas como el suministro de electricidad y agua, pero también requiriendo restricciones (10). El éxito de esta nueva doctrina en Francia, pese a las tensiones internas y a la en parte vehemente crítica acerca de aspectos par-

(6) Primeros pasos en *L'État - Le droit objectif et la loi positive*, París, 1901 (los individuos que convivían en conocimiento conjunto del Derecho, la *société*, intercambiaban servicios solidariamente). Todos los elementos esenciales de su teoría ya están formulados detalladamente en *Les transformations du droit public*, 1913, introducción, págs. XVI ss. (cambio económico a mitad del siglo XIX, de la economía doméstica a la economía nacional, con sus servicios centrales, como de aquí en más fueron exigidos). En cuanto a la solidaridad y DUGUIT en general, ver Dieter GRIMM, *Solidarität als Rechtsprinzip*, 1973.

(7) Se remonta a un filósofo del Estado del siglo XVI, Jean BODIN, quien estimaba necesario el poder absoluto del monarca para poder crear una paz interior que no era compatible con poderes intermediarios. Una exposición comprimida de las ideas de DUGUIT se encuentra en su *Traité de droit constitutionnel*, 2.^a ed., tomo II, 1923, págs. 54 ss.

(8) Esto estaba incluido subliminalmente en la teoría de DUGUIT. Véase, por ejemplo, *Les transformations...* (nota al pie 6), cap. II, pág. 48: solidaridad también para las relaciones entre Estados.

(9) Ver MARCOU, en BEAUD/HEYEN (eds.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft*, 1999, reseñado por M. BULLINGER, «Der Staat», 41, 2002, págs. 317 ss.

(10) Comprobable en LÖWENBERG (nota al pie 2), pág. 88.

ciales (11) y su tendencia adversa a la «autoritaria» y «monárquica» doctrina alemana, se debe seguramente a la Primera Guerra Mundial. Ésta fue comprendida como una lucha de liberación contra la «opresión» alemana, especialmente de Alsacia y Lorena. Durante la Guerra, catedráticos de Derecho franceses tenían que disculparse en declaraciones públicas por haber adoptado teorías alemanas y prometer una reorientación de su pensamiento (12). Todavía en 1920, el catedrático de la Universidad de Estrasburgo, CARRÉ DE MALBERG, se vio obligado a condenar en el prólogo de su *Teoría general del Estado* (13), cuya impresión ya había comenzado antes de estallar la Guerra, el abuso de las teorías alemanas del poder estatal absoluto (14) que detalladamente había descrito. Este abuso carece de toda moral y cooperación, sobre todo frente a los pueblos subyugados, una concesión a DUGUIT. En Alemania, Otto MAYER dejó de citar la ciencia administrativa francesa como fuente de conocimiento a partir de la segunda edición de su compendio, de los años 1914 y 1917, salvando muy pocas citas. Seguía aferrado firmemente a su concepción «autoritaria» del Estado y de sus servicios.

Entretanto, los caminos de las dos ciencias nacionales del Derecho público y de las entidades de la Administración prestacional se separan.

b) *Disimulada recepción parcial mediante la doctrina de la Daseinsvorsorge.*

El *service public* gozó de una nueva posibilidad de recepción por el Derecho alemán a través FORSTHOFF, quien se refería claramente a DUGUIT en su obra *Administración como gestor de prestaciones*, del año 1938 (15). Inspirado en la Sociología, al igual que DUGUIT, tam-

(11) Explicado detenidamente por Evelyn PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de Léon Duguit*, París, 1972.

(12) Según una información verbal dada por Jacques CHEVALLIER.

(13) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tomo I, 1920, «Avant-propos», págs. V ss., en particular págs. V-VI (el poder estatal absoluto habría sido aceptado antes de 1914, también fuera de Alemania, como criterio de un Estado capaz de defenderse de la hegemonía alemana), págs. VI ss. (ahora transición hacia más cooperación), pág. XIX (no es responsable la Teoría del Estado, sino el abuso por parte de Alemania, como medio de conquista, de la esclavización de otros pueblos, sin escrúpulos morales).

(14) El poder estatal absoluto, según la opinión predominante, era una característica del Estado moderno y podía solamente ser limitado por este mismo, internamente mediante una Constitución, externamente mediante tratados internacionales. Críticas en DUGUIT, *Staatsrecht* (nota al pie 7), págs. 73 ss.

(15) Tomo II de *Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen*. Editado con modificaciones y una introducción en *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959 (serie Res Publica, tomo I). Sobre el nexo causal entre DUGUIT y la teoría de la procura existencial de FORSTHOFF, ver Elisenda MALARET I GARCÍA (en esta REVISTA, 1998, págs. 49, 54, nota al pie 18).

bién FORSTHOFF vio que el Estado cada vez más tenía que hacerse cargo de prestaciones que superaban las posibilidades del individuo y de la sociedad. Estas prestaciones existenciales FORSTHOFF las denominó *Daseinsvorsorge* (procura existencial). Hizo responsable de la misma al Estado, que, en su opinión, había sido superado como Estado *liberal*, transformándose así necesariamente en un Estado *social*. Éste no concedía al individuo un derecho a la prestación existencial individual, pero le proveía de expectativas seguras en el marco de comunidades, como en particular la «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*) (16). Este modelo cooperativo de prestaciones evoca similitudes con los servicios públicos solidarios de DUGUIT, quien también había renunciado a reconocer a los ciudadanos derechos subjetivos.

El elemento corporativo, según FORSTHOFF, debía subordinarse al principio de primacía de la voluntad del Líder (*Führerprinzip*) (17), que por entonces era intocable en Alemania. De esta manera, FORSTHOFF finalmente dejó que los gobernantes fuesen exclusivamente responsables de la planificación y de la dirección del Estado prestacional. Por su estructura autoritaria, la procura existencial alemana permaneció como concepción del Estado esencialmente diferente a la de la teoría del *service public* francés.

Pero FORSTHOFF había desistido de diseñar para las prestaciones estatales de la *Daseinsvorsorge* un régimen autoritario de Derecho administrativo. Veía en el Derecho público y en el Derecho privado dos regímenes parciales para la *Daseinsvorsorge*, complementándose en forma variable y tendiendo a su fusión (18). Por lo tanto, la evolución de su teoría permanecía como algo posible. Posteriormente se adaptó a las condiciones cambiantes del Estado de Derecho liberal y social, sin que a la vez tuviera lugar la recepción total del *service public* (19).

(16) *Verwaltung als Leistungsträger* (nota al pie 15), pág. 6. Quien no formaba parte de la «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*) o de una comunidad integrada, como las personas de ascendencia judía, no estaba sin más incluido en los grupos de beneficiarios de los servicios del Estado. LARENZ (*Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, 1935) lo ha formulado de la manera siguiente: «Un mismo derecho sólo lo comparten los compatriotas (*Volksgenossen*). Compatriota sólo es quien es de sangre alemana». Esta frase podría haber sido antepuesta al nuevo ordenamiento jurídico, en lugar del § 1 BGB, que expresa la personalidad jurídica de cada ser humano.

(17) *Verwaltung als Leistungsträger* (nota al pie 15), pág. 6: del aseguramiento individual al aseguramiento solidario por los grupos sociales y, finalmente, al aseguramiento existencial por los titulares del poder público; págs. 16 ss. La edición revisada de 1959 (nota al pie 15) admite que la economía privada habría entretanto demostrado su capacidad para garantizar servicios imputables por sí misma.

(18) *Verwaltung als Leistungsträger* (nota al pie 15), págs. 22 ss., 38 ss., con referencia al Derecho francés.

(19) Evidente, por ejemplo, en *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, tomo I, Parte General, 10.^a ed., 1973, págs. 368 ss. Para más detalles, ver *infra*, II.2.b).

3. Posibles puntos de partida para una línea de defensa conjunta

Cincuenta años más tarde, debido al acercamiento entre Alemania y Francia que siguió a la Segunda Guerra Mundial, se retomó la cooperación entre las dos ciencias del Derecho administrativo. Un intenso intercambio de ideas podría aclarar si, pese a diferencias históricas y dogmáticas, existen conexiones entre las ideas del *service public* y de la procura existencial. Éstas podrían permitir el desarrollo de una línea de defensa conjunta frente a exigencias europeas, en el supuesto de que éstas no dejaran suficiente espacio para la conservación de la «identidad» de cada Estado, en especial de la política social de los países miembros de la UE. Una vez que estos objetivos han sido reconocidos recientemente en el artículo 16 TCE como conceptos-guía de la UE (20), sería posible construir sobre esta base un nivel de defensa adicional.

II. DIFERENCIAS EN CUANTO A LA CONCEPCIÓN Y LA DOGMÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN PRESTACIONAL

Un examen más preciso proporciona la impresión de que el *service public* francés y la Administración prestacional alemana en la forma de la *Daseinsvorsorge* no solamente surgieron históricamente de diferentes fuentes, sino que también siguieron distanciándose en su desarrollo.

1. Diversidad de los puntos de partida

a) Estado restringido versus Estado omnipotente.

Francia permaneció aferrada a la idea del *service public* porque —a través de Léon DUGUIT— había obtenido su lugar fijo en el Estado y así se convirtió en uno de los fundamentos del concepto francés del mismo.

Lo que para DUGUIT había quedado del Estado moderno, después de la desaparición del monarca, eran los diferentes servicios públicos, entre ellos la defensa nacional, la policía, las obras públicas y el mantenimiento de viales, hospitales, escuelas y universidades. Mien-

(20) Con la consecuencia de que ahora la Comisión se interesa cada vez más por la realización de los fines propuestos y exige informes de los Estados miembros; véase KÄMMERER, NVwZ, 2002, págs. 1041, 1043.

tras que *Luis XIV*, que gobernaba como *monarca* absoluto, podía decir: «*L'État c'est moi*» (el Estado soy yo), en la *República* se debía decir: «*L'État c'est un ensemble de services publics*» (el Estado es un conjunto de servicios públicos). Estos *services publics*, según la doctrina del Estado de *Duguit*, son dirigidos por los gobernantes (*gouvernants*) según el principio de solidaridad y, en caso de resultar necesario, son impuestos por la fuerza a los gobernados (*gouvernés*) que no están dispuestos a una cooperación solidaria. El poder estatal se convirtió así en un instrumento auxiliar de los *services publics*. Los compendios y tratados de Derecho administrativo agrupaban toda la actividad administrativa, o al menos gran parte de la misma —JÈZE (21), LAUBADÈRE (22)—, dentro del concepto-guía del *service public*.

El concepto emparentado en Alemania se refería, al menos directamente, sólo a una parte de las funciones del Estado, a saber, las prestaciones que el Estado liberal consideraba en principio propias de la sociedad. Pero éstas cada vez más recaían en el Estado y, por ello, se pasó a llamarlo Estado de bienestar. Junto con la tradicional competencia general del Estado en cuanto a la seguridad y el orden, la creciente expansión al sector económico conducía finalmente al Estado «omnipotente» o «total» (23), con una competencia general en todos los órdenes. DUGUIT, en cambio, tenía como objetivo la limitación de todas las funciones estatales a lo estrictamente necesario para lograr sus fines; por eso pensaba en un Estado «omnirrestringido».

Así pues, dos concepciones del Estado esencialmente diferentes determinaban al principio la doctrina francesa del *service public*, de un lado, y la alemana de las instituciones de la procura existencial, de otro; según DUGUIT, la concepción, en el fondo liberal, de la República burguesa como unidad suprema prestadora de servicios cuidadosamente limitados; según FORSTHOFF, la idea conservadora y romántica del Estado como suprema comunidad de convivencia con responsabilidad general para con el bienestar de sus miembros.

(21) *Les principes généraux du droit administratif*, 3.^a ed., tomo II, 1930. En el tomo I, de 1925, se encuentra la frase: «Le droit public et administratif est l'ensemble des règles relatives aux services publics...».

(22) En su *Traité de droit administratif*, 9.^a ed., 1984, por VENEZIA y GAUDEMET, sólo 13 págs. (págs. 629 ss.) tratan del «derecho policial» como Derecho administrativo autoritario y 73 págs. (págs. 643 ss.) de *services publics*.

(23) El mismo FORSTHOFF había comparado en 1933 el Estado total con el Estado liberal, también en el campo de las prestaciones (*Der totale Staat*, 1933, págs. 7 y 49: «el Estado total debiera ser un Estado de responsabilidad total, que representara la toma de juramento total de cada individuo a favor de la Nación»).

b) *Solidaridad versus subordinación.*

El propósito fundamental de los *services publics*, y así también de toda actividad de una República, lo encontró DUGUIT, por un lado, en la *fraternité* de la Revolución Francesa y, por otro, en la Sociología de su colega DURKHEIM, quien también enseñaba en la Universidad de Burdeos y contaba a DUGUIT entre sus oyentes (24). La fraternidad de la Revolución Francesa se transformó con DUGUIT en solidaridad y cooperación de los grupos sociales. Habría de reunir a gobernantes y gobernados en la consecución conjunta del interés público en el marco del *service public* (25).

En Alemania, la solidaridad como virtud republicana no era un ideal de la Administración prestacional:

1) Otto MAYER había extendido el ideal del Estado autoritario y monárquico al ámbito de la Administración prestacional. Quien pretendía un servicio de una institución administrativa tenía que someterse a un régimen unilateralmente dictado, que carecía de base legal, y así se integraba en una «relación especial de sujeción» (*besonderes Gewaltverhältnis*). En ésta el poder estatal era ejercido sin necesidad de base legal previa, como «poder institucional» (*Anstaltsgewalt*) (26). Esto era aplicable al enfermo ingresado en un hospital público como también a los estudiantes en las universidades (27).

Los comienzos de formas *solidarias* de administración social, en los años ochenta del siglo XIX, se remontan a las comunidades solidarias de los seguros sociales, pero no fueron analizados y aprovechados para el sistema del Derecho administrativo general; tampoco la transición a una plena economía pública durante y después de la Primera Guerra Mundial. Para los dogmáticos del Derecho administrativo general, los efectos secundarios y fenómenos pasajeros no parecían dignos de generalización (28).

(24) Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, París, 1893, págs. 197 ss., 450, 457. Ver CHEVALLIER (nota al pie 2), págs. 9 ss.; GRIMM (nota al pie 6), págs. 38 ss.

(25) Sobre la cooperación entre clases y grupos según DUGUIT, ver PISSIER-KOUCHNER (nota al pie 11), págs. 228 ss.; LÖWENBERG (nota al pie 2), págs. 64 ss.

(26) *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1.^a ed., tomo I, págs. 318 ss.

(27) Además de estas relaciones de servicio institucionales de Derecho público, Otto MAYER reconocía excepcionalmente también relaciones de servicio institucionales que se desarrollaron históricamente en estrecha coordinación con el Derecho privado, pero con una tendencia a desarrollarse hacia el Derecho público (*Deutsches Verwaltungsrecht*, tomo II, 3.^a ed., 1924, págs. 274 ss.).

(28) Ursula KÖBL y Manfred LÖWISCH llamaron mi atención sobre la temprana realización de comunidades de servicio solidarias en los seguros sociales públicos.

2) Con la procura existencial de FORSTHOFF se inició un cambio. Como ya se ha señalado, para él, el individuo como miembro de una comunidad, la comunidad del pueblo u otra corporación, podía estar seguro de obtener servicios estatales de procura existencial, pero sin ostentar un derecho público subjetivo a los mismos, lo cual también DUGUIT negaba decididamente. Este elemento corporativo de la procura existencial, que en la doctrina de la *Daseinsvorsorge* desapareció otra vez después de 1945 (29), no podía evitar que las prestaciones fueran planeadas y dirigidas autoritariamente (principio de autoridad). Debido a ello, la subordinación a la omnisciencia de los gobernantes era el elemento decisivo de la procura existencial, no la cooperación en solidaridad según DUGUIT.

Restringiendo el Estado, en forma cuasi liberal, a los servicios imprescindibles, DUGUIT encontró del lado alemán cierta correspondencia, si bien no en la doctrina administrativa de la procura existencial, sí en la teoría económica *ordoliberal*, representada por Franz BÖHM, profesor de Derecho civil en Jena y, posteriormente, en Francfort del Meno, quien en el año 1937 la presentó públicamente con pleno apoyo del economista Walter EUCKEN, de Freiburg, como coeditor.

Una deficiente provisión de servicios por la economía privada debía ser remediada en primer lugar desde la distancia a través de la dirección y el control estatal, sobre todo de una estricta prohibición de la formación de cárteles, mientras que la asunción de esta provisión de servicios por el Estado, la denominada «socialización total», solamente era aceptada como *ultima ratio* (30). Esta teoría ordoliberal no fue tenida en cuenta por FORSTHOFF en 1938 y su emergencia no tiene lugar hasta después de 1945. Las teorías y consideraciones económicas generalmente no fueron atendidas por el Derecho administrativo alemán durante su fase de formación, ni lo fueron posteriormente durante mucho tiempo (en parte incluso hasta hoy), pues parecían algo extraño que afectaba a la economía privada y no al Estado en tanto que ente comprometido con el bienestar común.

(29) *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959, págs. 14 ss.

(30) Franz BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, 1937, editado por BÖHM, EUCKEN y GROBMANN-DOERTH, págs. 161 ss. (si la competencia no conduce a un ordenamiento estable, es necesaria la dirección autoritaria del Estado con el fin de llegar a la situación que se presentaría con competencia ideal), págs. 171 ss. (socialización como último recurso; normalmente, el Estado debería estar por encima de la economía y no actuar económicamente él mismo).

2. Diferencias en el régimen jurídico

Dirigiendo la vista desde la concepción inicial al régimen jurídico actual de la Administración prestacional, llama la atención la medida en que ambos ordenamientos jurídicos se han ido distanciando.

a) Consolidación de un service public con debilidad solidaria.

A partir del último cuarto del siglo XIX, la jurisprudencia del *Conseil d'État* se ha empeñado en subsumir las instituciones públicas de Administración prestacional —como, por ejemplo, un teatro municipal— bajo el concepto de *service public*. Por lo tanto, rige el Derecho público y así quedan asegurados tanto la competencia jurisdiccional del *Conseil d'État* como la aplicación de los principios del *service public* (continuidad, igualdad, adaptabilidad) (31). El *Conseil d'État* no exige la dirección mediante actos de soberanía (*actes d'autorité*) para adscribir el *service public* al ámbito del Derecho público, pues se conforma con una *gestión según el interés público* (*gestion publique*), tal y como había sido reconocida para Correos (32). Si a pesar de ello se considera aplicable el Derecho privado, por ejemplo para la actuación en el mercado de los *établissements publics à caractère industriel*, como lo es v.gr. una compañía de seguros nacionalizada, se ve en ello desde hace décadas una «crisis» del *service public* (33). Nuevamente, aumentan las voces que ya no quieren concederle al *service public* la función de diferenciar el sector público del sector privado (34).

En la medida en que se entregan gradualmente al mercado las instituciones del *service public*, el principio de competencia se convierte, junto con los principios del bien común, en norma de actuación para aquéllas. En esta situación mixta, el *Conseil d'État* nuevamente no sólo reclama la exclusiva competencia jurisdiccional sobre la interpretación y aplicación de las normas del bienestar común (normas *autoritarias*) (35), sino también sobre la interpretación y aplicación del principio de competencia (norma jurídico-privada) y

(31) CHEVALLIER (nota al pie 2), págs. 29 ss.

(32) Ver CHEVALLIER (nota al pie 2), págs. 39 ss. y 52 ss.

(33) Véase MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, 2.^a ed., págs. 40 ss. y 55 ss.

(34) Véase TRUCHET, AJDA, 1982, págs. 427 y 429 ss., quien reduce el *service public* a una denominación variable (*label*) para diferentes servicios, aunque siga enlazada con una consecuencia jurídica determinada.

(35) Ver *Rapport Public 2002*, «Collectivités publiques et concurrence» (nota al pie 3), págs. 383 ss.

la relación de ambas normas entre sí (36). De este modo, el *Conseil d'État* atribuye la consecución del bienestar común nacional al *service public* mediante un equilibrio, y siempre que el principio de competencia lo permita. Sin embargo, en tanto este principio de competencia se halle tutelado por el Derecho de la UE, el *TJCE* tendrá la última palabra.

Lo que difícilmente se puede garantizar aplicando el Derecho público y afirmando la competencia de control del *Conseil d'État* respecto de la *gestion publique* es la solidaridad de DUGUIT en el sentido de cooperación. Por cierto que esta solidaridad es mencionada a menudo como idea propia del *service public*, también en el informe del *Conseil d'État* sobre la competencia del año 2002. Pero pocas veces las leyes o las mismas instituciones de servicio conceden al ciudadano que recibe prestaciones en régimen de Derecho público un derecho de participación, por ejemplo, a través de un representante en el consejo de administración de una entidad pública (37). Recientemente, en su informe del año 1994, el *Conseil d'État* vio en el derecho solidario de participación de los ciudadanos una manifestación de la «capacidad de adaptación» del *service public*, que bien podría ser tenida en cuenta (38).

La insatisfacción debida a la inmovilidad del *service public* se extiende, pero todos los proyectos de reforma se paralizan una y otra vez (39). El *service public* francés, símbolo de apertura de la Administración al servicio solidario en aras del bien común, se ha convertido en un instrumento poco flexible del poder unilateral de prestación del Estado.

La idea según la cual el «espíritu del *service public*», tan reivindicado, sería suficiente para que los servicios públicos sigan sirviendo al bien común y a los ciudadanos, es decir, para que su comportamiento sea objetivamente «solidario», constituye más una esperanza que una certeza. Huelgas y manifestaciones a favor de la conservación del *service public* apuntan más a la conservación de puestos de trabajo (que podrían ser racionalizados) y de niveles salariales privilegiados.

(36) Véase *Rapport Public* (nota al pie 3), págs. 386 ss.

(37) MESCHERIAKOFF (nota al pie 33), págs. 229 ss.; *Conseil d'État, Rapport Public 2002* (nota al pie 3), págs. 318 ss. (sobre el *partenariat* entre el Estado y los particulares).

(38) Véase LÖWENBERG (nota al pie 2), pág. 106. Este principio permite una adaptación sucesiva caso por caso.

(39) CHEVALLIER (nota al pie 2), págs. 115 ss. y 120 ss.: se trata de la revalorización del cliente y usuario a la categoría de ciudadano, lo que incluye su participación. CHEVALLIER critica la rigidez del *service public*, que motiva que el usuario acepte dócilmente el servicio ofrecido (págs. 85 ss.).

b) *Cooperación flexible como creciente concepto guía de la procura existencial alemana.*

En Alemania, el retorno al Estado de Derecho después de 1945 también cambió de forma esencial el Derecho de la Administración prestacional, lo que, en definitiva, llevó —al menos en parte— a una cierta aproximación de la misma a la concepción original de un *service public* solidario en el sentido de DUGUIT, que en Francia había pasado precisamente a un segundo plano. Pero en gran parte indicó al Derecho de la Administración prestacional su camino propio:

1) La razón de ser del desarrollo por DUGUIT de un *service public* solidario era la desviación de la doctrina «monárquica» alemana del poder estatal, el cual en principio no se consideraba limitado. Esta doctrina también retrocedió en Alemania. La idea de DUGUIT de que el poder estatal se halla ya de antemano determinado y limitado por el Derecho se acerca bastante a la moderna Teoría del Estado alemana (40).

Con el abandono del dogma de un poder estatal previo al Derecho y a la ley desapareció en Alemania la base para la «relación especial de sujeción», en la que el ciudadano tenía que entrar voluntariamente si quería hacer uso o beneficiarse de una institución de servicio, sin que una ley pudiera definir sus derechos y obligaciones (41).

2) La *Daseinsvorsorge* ya no encierra una determinada concepción del Estado, como sucede aún hoy con el *service public* francés. Ha sido trivializada y significa en el lenguaje jurídico el conjunto de toda prestación que es ofrecida por el Estado o sus corporaciones territoriales de acuerdo con el interés público. El concepto de la procura existencial se usa en algunas leyes como concepto general poco preciso que comprende todas las prestaciones tradicionales de los entes públicos, como v.gr. los municipios (42), y sirve en la jurisprudencia

(40) Advierte un poder estatal absoluto, en todo caso, en el titular del poder constituyente, pero no en los órganos estatales que actúan conforme a una Constitución y cuyas competencias siempre son derivadas del Derecho (de la Constitución); véase, por ejemplo, ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre*, 13.^a ed., 1999, § III.2, págs. 60 ss.

(41) Ver *supra*, II.1.b).1). Con detalle, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.^a ed., 1999, § 8, cifras marginales 26 ss.

(42) Así, en el § 102 de la Ley de Régimen Local (*Gemeindeordnung*) de Baden-Württemberg, que admite instituciones económicas municipales que forman parte de la *Daseinsvorsorge*, aun cuando los particulares pudieran prestar el mismo servicio en mejores condiciones y de forma más rentable. De este modo, seguramente se trata de caracterizar una parte de las prestaciones municipales de interés público que tradicionalmente corresponde a los deberes públicos; otras leyes de régimen local emplean para ello una enumeración de determinados servicios usuales de los municipios, añadiendo las telecomunicaciones, como, por ejemplo, el § 107.1.3 de la Ley de Régimen Local de Renania del Norte-Westfalia.

dencia para deslindar, sin una diferenciación muy clara, la actuación económica del Estado de aquellas prestaciones públicas que sirven a fines públicos y que, a pesar de gestionarse con arreglo a formas del Derecho privado, están sujetas a los principios generales del Derecho administrativo (43) y al control de equidad (44), sin que a los poderes públicos se les puedan oponer derechos fundamentales (45). Asimismo, este concepto también aparece en las versiones alemanas de textos y declaraciones de la UE (46). Pero, en general, prevalece la utilización del concepto de «Administración prestacional». Algunas voces incluso postulan que sea abandonado el concepto de la procura existencial por ser exclusivamente sociológico y no jurídico (47).

3) La *Daseinsvorsorge* (o Administración prestacional) se rige en caso de duda, pero no necesariamente, por el Derecho público. Es decir, los entes prestadores de servicios públicos pueden elegir en el marco de la ley entre gestionarlos en régimen de Derecho público o de Derecho privado, a condición de que, como consecuencia de esta elección, no se sacrifiquen importantes principios del Derecho constitucional. Los principios fundamentales del Derecho público también se proyectan sobre las relaciones de Derecho privado, como las tarifas de las empresas de transportes públicos, dando lugar así a un «Derecho privado administrativizado» (48). Sin embargo, estos principios de Derecho público no forman un catálogo fijo de obligaciones que solamente puedan ser excluidas por ley, como ocurre en el *service public* francés.

4) Al elegir un régimen de Derecho privado resulta un mínimo de estructuración solidaria de la necesidad de articular la relación jurídica a través de un contrato, si bien mediante el empleo de condiciones generales de contratación la prefiguración del servicio sigue siendo posible, por ejemplo, en la adquisición de electricidad a una empresa estatal o municipal.

Pero también si se opta por una estructuración de la relación de prestación de servicios de acuerdo con el Derecho público, la coordinación y cooperación informal es posible. Ésta es evidente cuando al

(43) BGH del 24.11.1977, LM Luft V 20 n.º 5.

(44) BGH del 5.4.1984, NJW, 1985, págs. 197 (198, 200).

(45) BVerfGE, 45, págs. 63 (78 ss.), del 7.6.1977.

(46) Así, el informe de la Comisión para el Consejo —Servicios de Procura Existencial— del 17.10.2001, KOM (2001) 598 def.

(47) Por ejemplo, PIELOW (nota al pie 4), pág. 399: el concepto sería meramente sociológico. RONELLENFITSCH defiende este concepto; ver «Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff», en BLÜMEL (ed.), *Ernst Forsthoff*, Berlín, 2003, pág. 53.

(48) Ver MAURER (nota al pie 41), § 3.II.3. Sin embargo, existen todavía muchos des- acuerdos; ver WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, tomo I, 11.ª ed., 1999, § 23.II.11.

destinatario de prestaciones se le conceden por ley derechos públicos subjetivos que dejan espacio de maniobra para negociaciones. Así sucede, por ejemplo, con el derecho de los vecinos a usar dentro del marco legal las instalaciones públicas de acuerdo con el principio de igualdad —§ 10 de la Ley de Régimen Local (*Gemeindeordnung*)—. Esto incluye la posibilidad de negociar condiciones individuales para eventos especiales.

El nuevo estilo administrativo de cooperación entre la Administración y los ciudadanos se extiende dentro y fuera del campo de la Administración prestacional, como, por ejemplo, en el ámbito del Derecho de la planificación y del Derecho ambiental, y conduce a una «división de responsabilidades» cuyas particularidades aún se hallan en discusión (49).

Así, el ciudadano en busca de servicios se convierte en el «cliente» civil de empresas públicas de servicios que actúan «solidariamente». La forma jurídica pierde su importancia. Sobre todo, la diferenciación entre Derecho público y Derecho privado ha perdido progresivamente su justificación ideológica, que se había visto en la contraposición entre el Estado y la sociedad, entre la subordinación y la libertad, entre el beneficio común y el beneficio privado, entre la uniformidad y la flexibilidad. Se ha involucionado a la diferencia meramente relativa del instrumental legal y sus normas funcionales, como ya DUGUIT la había postulado a Francia (50), aunque hallando oídos sordos.

5) Teniendo en cuenta las crecientes limitaciones financieras, los municipios y las mancomunidades alemanes, la Federación y los *Länder* procuran abaratar su Administración prestacional. Para ello,

(49) Véase VORKUHLE, «Gesetzgeberische Regelungsstrategien in der Verantwortung zwischen öffentlichem und privatem Sektor», en SCHUPPERT (ed.), *Jenseits von «Privatisierung» und «schlankem Staat»*, 1999, págs. 47 ss. (donde los particulares, con sus «ideas liberales de autorregulación», son puestos al servicio de un Estado-providencia al que se le exige demasiado, en el sentido de una «socialización del derecho»); DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip - ein allgemeiner Rechtsgedanke des Umwelrechts*, NVwZ, 1999, págs. 1157 ss. (quien defiende la conservación de los diferentes principios funcionales, tanto del mercado como de la Administración pública, también dentro del margen de la cooperación).

(50) *Traité de droit constitutionnel*, 2.^a ed., tomo I, París, 1921, págs. 522, 524 (la doctrina de la distinción entre Derecho privado y Derecho público habría sido sostenida, sobre todo por autores alemanes como JELLINEK y OTTO MAYER, para fortalecer la «omnipotencia» de la autoridad central; lamentablemente, esta doctrina habría sido adoptada en Francia), pág. 539 (jurisdicción diferente), pág. 547 (diferencias en las sanciones). En un sentido parecido (sin tener todavía en cuenta a DUGUIT), BULLINGER, *Öffentliches Rect und Privatrect, Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, 1968, conclusiones, págs. 112 ss.; consideraciones complementarias en FS RITTNER, 1991, págs. 69 ss., conclusiones, págs. 89 ss.; colaboración en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ARMANN (eds.), *Öffentliches Rect als wechselseitige Auffangordnung*, 1996, págs. 239 ss., conclusiones, págs. 258 ss.

cada vez más emplean formas jurídicas de Derecho privado y modos de gestión propios de empresas privadas que, en condiciones de competencia, obligan a ahorrar gastos por medio de racionalizaciones y, a la vez, aseguran los intereses públicos. Sin embargo, surgen progresivamente límites a tal forma de proceder en el Derecho municipal y en el Derecho presupuestario, que deben impedir que los medios de la comunidad se vayan sustrayendo, poco a poco, a la dirección político-democrática (51). Si se trata de servicios existenciales de la *Daseinsvorsorge*, este aspecto no afecta a la elección de formas del Derecho privado, sino que opera solamente frente a la entrega de la prestación del servicio al mercado, la llamada privatización material.

6) La división del régimen jurídico de la Administración prestacional en un régimen competitivo normal dirigido por Bruselas y un régimen social adicional dirigido por Alemania no crea problemas insuperables. Tal coexistencia y cooperación ya han sido experimentadas prácticamente en el marco de la distribución de competencias entre la Federación, los *Länder* y los municipios, siendo éste un modelo de tres niveles. La división del régimen jurídico de la Administración prestacional en un régimen competitivo dirigido por el Derecho europeo y un régimen sociocultural (52) dirigido en los Estados miembros en diferentes niveles territoriales puede contribuir a que los costes de un servicio puedan ser controlados y transparentemente coordinados en los diferentes niveles, así como también a que bajen los precios que deben ser pagados por los ciudadanos por efecto de la competencia entre los ofertantes, tal y como ya ha sucedido en la red telegráfica de línea baja.

3. Resultado

La organización de la Administración prestacional, incluyendo en Alemania la procura existencial, demuestra, en términos generales,

(51) Así, por ejemplo, § 65 de la Ley Federal Presupuestaria (*Bundeshaushaltsordnung*) (condiciones de la participación de la Federación en empresas organizadas conforme al Derecho privado; entre otras, limitación de la obligación de imposiciones, aseguramiento de posibilidades de influencia adecuadas en un órgano de supervisión); § 103 de la Ley de Régimen Local (*Gemeindeordnung*) de Baden-Württemberg (condiciones de la participación municipal en empresas organizadas conforme al Derecho privado; entre otras, aseguramiento de la finalidad pública en los estatutos, limitación de la responsabilidad...).

(52) Sobre el «modelo de múltiples niveles», en especial de la UE, ver, por ejemplo, SCHUPPERT, «Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa - zwischen Gemeinwohlbindung und Wettbewerb», en SCHWINTOWSKI (ed.), *Die Zukunft der kommunalen EVU im liberalisierender Energiemarkt*, 2002, págs. 11 ss. y 26 ss.

una gran flexibilidad teórica y, cada vez más, una disposición a la cooperación, lo que evoca la solidaridad de DUGUIT como característica del *service public*. En cambio, el *service public* en Francia parece, al menos en la teoría, menos flexible y cooperativo. Ambos institutos jurídicos se han desarrollado paralelamente en dirección propia. No obstante, se plantea la pregunta acerca de si podrían ser defendidos (y de qué manera) conjuntamente, siendo la expresión de una cultura jurídica común.

III. POSIBILIDADES DE DEFENSA CONJUNTA

1. *¿Asimilación como condición previa?*

Para preparar la defensa conjunta de estos dos sistemas o modelos de Administración prestacional diametralmente opuestos frente a injerencias inminentes habría que considerar la posibilidad de asimilarlos entre sí previamente, al menos en parte. Sin embargo, no parece que semejante empresa sea muy prometedora.

a) La concepción y el régimen jurídico del *service public* francés han sido moldeados y entrelazados de tal forma con su propio sistema legal que una asimilación del mismo en dirección al Derecho alemán no puede ser considerada seriamente.

b) A su vez, una aproximación del modelo alemán de Administración prestacional al Derecho francés, aun siendo más flexible y más permeable a reformas que este último, significaría dar en determinados aspectos un paso atrás.

2. *Incompatibilidad entre la libre competencia y el cumplimiento de deberes públicos*

Así pues, sólo queda la opción de una cierta coordinación, en campo neutral —diríamos—, entre los dos modelos de Administración prestacional. Luego se podrá examinar para cada uno de ellos si las particularidades nacionales de un servicio determinado se pueden justificar ante la exigencia general de integración del mercado común.

Para este «test positivo» se cuenta con el artículo 86.2 TCE (53).

(53) Ver MARCOU (nota al pie 4), págs. 365 ss.; véase también LÖWENBERG (nota al pie 2), págs. 96 ss.

Como es sabido, éste se refiere a empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, y permite obviar las normas del Derecho comunitario, en especial las normas sobre competencia, si de otra forma aquéllas no pudieran cumplir con su deber público especial. Ha de considerarse, en caso de duda, que tanto los servicios públicos franceses como las instituciones alemanas de la *Daseinsvorsorge* persiguen la satisfacción de servicios de interés económico general. Mediante un análisis funcional se debe verificar, independientemente de la forma jurídica en cada caso empleada, de qué objetivos públicos dignos de protección (propios de la procura existencial o del *service public*) se trata, y si, de tener que ajustarse a las normas de competencia del Derecho comunitario, no podrían ser cumplidos. Finalmente, es preciso verificar en qué forma la institución prestacional se halla encargada de estas funciones (54). Si los análisis y pronósticos en este terreno, tanto en Francia como en Alemania, fueran concordantes, podrían contribuir también en Bruselas a un juicio razonable.

Si retomamos nuevamente el ejemplo del cartero, el correo de carácter tradicional pertenece, tanto en Francia como en Alemania, al ámbito del *service public* o de la procura existencial. Su monopolio en ambos países posibilita la función democrática del cartero. Una «privatización» del servicio haría, por tanto, imposible el cumplimiento de este deber público.

Sin embargo, ya que de hecho se trata tan sólo de una función secundaria y dado que Correos no está encargada de ella, no se puede proteger la existencia de esta institución pública a través del artículo 86.1 TCE. Por lo tanto, se han de buscar otros medios y caminos que permitan conseguir una integración permanente de los ciudadanos en el Estado.

3. *Margen suficiente para una política sociocultural a nivel nacional*

El test positivo sobre el merecimiento de conservación de instituciones nacionales de prestación de servicios puede ser completado con un test negativo. Éste deberá verificar si, no obstante la pérdida de influencia estatal en favor del mercado y debido a la competencia del ordenamiento del mercado de la UE, se les reserva un grado suficiente de competencias a los Estados miembros (soberanía mínima). Se trataría, así, de permitir la conservación de la identidad de cada

(54) Así, por ejemplo, artículo 1 de la Ley francesa de abastecimiento energético, de 1999, aunque se contenta con fórmulas generales cuyo cumplimiento difícilmente puede ser controlado; véase LÖWENBERG (nota al pie 2), págs. 96 ss.

Estado y de su capacidad de ejercer una política sociocultural nacional. Pues bien, ordenando y evaluando los elementos subsistentes de la soberanía de los Estados miembros, procede distinguir del siguiente modo:

a) *Aseguramiento de fines sociales mediante garantías.*

De particular importancia son aquellas normas que tienen por objeto salvaguardar las singularidades nacionales de una política social justa y de una política económica y social también en relación con empresas que, de acuerdo con el Derecho comunitario, actúan en libre competencia. Estas normas ciertamente no deben obstaculizar la competencia, pero sí tienen que dejar espacio para promover el bienestar común nacional.

Así, en el Derecho de las telecomunicaciones existen servicios que no son ofrecidos por empresas competidoras por falta de interés propio pero que, no obstante, son necesarios para atender una demanda social, como, por ejemplo, la instalación y mantenimiento de cabinas telefónicas. Por ello, los costes tienen que ser impuestos proporcionalmente por ley nacional a las empresas como servicio social. Los servicios que antes eran prestados por el Estado son reemplazados de este modo por la garantía estatal de «servicios universales» (55) (por lo que se refiere a las telecomunicaciones, su garantía se recoge en Alemania en la misma Constitución, artículo 87 *f* de la Ley Fundamental). Recientemente, Andreas VORCKUHLE ha propuesto, en el Congreso de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, incorporar estas «garantías» (*Gewährleistung*) a la teoría general del Derecho administrativo como una nueva categoría, junto a las intervenciones y prestaciones (56).

b) *Aseguramiento de otros intereses públicos.*

Cabe mencionar también las normas que en el ámbito de las instituciones públicas de prestación de servicios (*services publics*) continúan salvaguardando fines públicos secundarios, que hasta ahora

(55) No podemos entrar en los detalles de la cuestión de si estos «servicios universales» sobrecargan, más allá de lo exigible, a los ofertantes.

(56) VVDStRL, 62 (2002), págs. 266 y 304 ss. Sería importante seguir investigando el concepto de la «regulación» (así, pág. 304, nota al pie 156), que comenzó a incorporarse al Derecho administrativo económico alemán con la liberalización y privatización de las telecomunicaciones. Vid., con más detalle, mi contribución para el grupo de trabajo internacional —ver *supra*, nota al pie (*)—.

podían ser satisfechos internamente por el mismo titular del monopolio público con cargo a sus ganancias. De este modo, volvemos una vez más al ejemplo del cartero. Su función democrática podría ser transferida, por ejemplo, a un nuevo interlocutor móvil, financiado conjuntamente por la Federación, los *Länder* y los municipios. Sin embargo, teniendo presentes las endémicas limitaciones de los presupuestos públicos, esto último parece poco probable. Por lo demás, no es seguro que ese nuevo interlocutor pudiera suscitar la misma confianza que hasta ahora la población venía depositando en los carteros.

4. *Regulación de la competencia en atención a las políticas socioculturales nacionales*

Las dificultades que para la garantía de los intereses nacionales comporta el traslado completo al mercado de determinados servicios, demostradas en el ejemplo del cartero, invitan a reflexionar sobre vías que, sin perjuicio de los fines perseguidos por el modelo competitivo, permitan conservar las posibilidades de realización de una política cultural y social nacional. La cooperación entre Francia y Alemania con el fin de proteger importantes fines públicos debería ser introducida con mayor intensidad, ya en el plano de la formación de la voluntad a nivel europeo, teniendo en cuenta que el artículo 16 TCE refleja una cierta comprensión respecto de tales reivindicaciones, siempre que sean económicamente razonables.

Concretamente, sería imaginable proponer una *open service architecture*, comparable al exitoso modelo de liberalización de las telecomunicaciones, en la que se obligaría a la empresa gestora del correo tradicional a poner a disposición de los demás competidores su red local de reparto. La autoridad de regulación de correos y telecomunicaciones sería capaz de imponer un sistema competitivo de libre acceso (57). El cartero quedaría en buena medida preservado como vehículo de integración.

Se demuestra así que una cooperación entre Francia y Alemania

(57) Vid. § 28 de la Ley de Correos (*Postgesetz*), que ya obliga a los concesionarios que ocupan, en un mercado de servicios postales, una posición predominante a ofrecer, si es requerida al efecto, una parte de sus servicios de transporte a sus competidores que no ocupan una posición predominante en el mercado, siempre que de otra forma «la competencia... fuera obstaculizada de forma no sólo relativa» y la «funcionalidad de sus instituciones no se ponga en peligro». Para una solución de amplio espectro podría encontrarse una garantía en el nivel del Derecho comunitario. De momento, sin embargo, la *Deutsche Post* trata de extender a nivel internacional su posición dominante en cuanto al transporte; véase «Le Monde» del 21.03.2003, pág. 23.

no sólo puede consistir en la intervención conjunta en favor de la conservación inalterada y sin competencia de instituciones públicas que satisfacen necesidades culturales y sociales a nivel nacional, sino sobre todo en la adopción de medidas para una regulación que, en mejores condiciones que un modelo de competencia puro, pueda cohonestar las conveniencias económicas con el cumplimiento de deberes culturales y sociales. Según el artículo 16 TCE, la Comunidad Europea y los Estados miembros velarán «con arreglo a sus competencias respectivas» por que los servicios de interés económico general puedan cumplir su cometido. Esto no puede significar que la salvaguardia de los mismos corresponda a cada uno (Comunidad y Estados miembros) por separado, sino que la misma ha de lograrse mediante una coordinación procesal y material, tal y como el artículo 4 TCE lo prevé para la política económica.

En efecto, se está dibujando una evolución que, de acuerdo con las instancias europeas, permite subsistir al *service public* francés, igual que a la *Daseinsvorsorge* alemana de nuevo cuño, como modos de provisión pública de servicios necesarios en competencia con otros ofertantes, garantizando al mismo tiempo los estándares referidos desde el punto de vista social.