

DOGMÁTICA ADMINISTRATIVA Y DERECHO CONSTITUCIONAL: EL CASO DEL SERVICIO PÚBLICO

ANTONIO TRONCOSO REIGADA

SUMARIO: I. DESDE UN DERECHO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN CONSTITUCIONAL A LA RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. EL PROBLEMA DE LA HIPERFORMALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE LAS CATEGORÍAS ADMINISTRATIVAS PRECONSTITUCIONALES.—II. LA POLÉMICA DOGMÁTICA SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO Y LA DUDOSA NOCIÓN CONSTITUCIONAL: 1. *Los orígenes de la categoría del servicio público.* 2. *El servicio público en la Constitución española de 1978.* 3. *Servicio público objetivo y actividad empresarial de la Administración. Ubicación constitucional.* 4. *Conclusiones parciales.*—III. LA APARICIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL O CÓMO EL DERECHO ADMINISTRATIVO PASA: 1. *La noción comunitaria de servicio de interés económico general:* a) *El ejercicio en régimen de competencia.* b) *Derechos de los usuarios, obligaciones de las empresas, funciones de la Administración.* 2. *La inadecuación de la categoría del servicio público.*—IV. LAS CATEGORÍAS PROPIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL O EL RETORNO A LA CONSTITUCIÓN COMO DERECHO QUE PERMANECE: 1. *Servicio público o Estado social.* 2. *El concepto de derecho fundamental y su vertiente objetivo.* 3. *Las raíces constitucionales del concepto comunitario de interés económico general.* 4. *La socialización a través de las funciones públicas de soberanía y su diferencia de los servicios públicos.*—V. CONCLUSIONES.

I. DESDE UN DERECHO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN CONSTITUCIONAL A LA RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. EL PROBLEMA DE LA HIPERFORMALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE LAS CATEGORÍAS ADMINISTRATIVAS PRECONSTITUCIONALES

Tempranamente señalaba Colmeiro, en su obra *Elementos de Derecho Político y Administrativo de España*, que el Derecho Político representaba las bases del Derecho Administrativo. Para este autor, «el derecho administrativo difiere del político en que éste ordena y distribuye los poderes constituidos,

modera su acción, señala su competencia, declara los derechos y fija los deberes del ciudadano. El derecho político establece los fundamentos de la Administración, porque siendo administrar ejercer el poder ejecutivo, quien determina sus relaciones con el legislativo y judicial asienta los principios de su acción y competencia» (1).

No obstante, el Derecho político no ha cumplido esta función en un país como el nuestro, caracterizado, como ha recordado Rubio LLorente, no sólo por la ruptura, sino por el abandono del orden constitucional (2). La ausencia de Constitución en nuestro país ha facilitado que históricamente el Derecho administrativo hiciera las veces de Derecho constitucional. Nacieron al calor de esta ciencia jurídica y al vacío del Derecho constitucional un conjunto de conceptos que eran, en el fondo, una garantía de los derechos de los ciudadanos y del funcionamiento del Estado y una adaptación de categorías extranjeras, principalmente francesas. De esta manera, la Administración pública se configuró en nuestro país desde la ciencia administrativa y desde la legislación, y al margen de una norma constitucional principal (3).

Esta situación dada no llevó necesariamente a un desarrollo negativo de las instituciones jurídicas sino, en ocasiones, ocurrió todo lo contrario. En el pasado más reciente, el ordenamiento administrativo cumplió, de modo ejemplar, una función de limitar los abusos del Estado franquista. El Derecho administrativo suplantó al Derecho Constitucional, tratando de juridificar al máximo el poder y defendiendo al administrado con un conjunto de garantías frente a las inmunidades del poder (4). Como ha señalado Parejo Alfonso, «[l]a posición singular del Derecho administrativo, en cuanto única ciencia jurídico-pública en situación de articular técnicamente la necesaria racionalización del poder público en un Estado autoritario carente de verdadera Constitución [...] hubo de imprimir en tal Derecho un sello muy marcado». El Derecho administrativo trató, de alguna manera, de «reconducir al máximo el Estado real al modelo de Estado de Derecho con los solos mimbres de la técnica jurídica» (5).

(1) Cfr. M. COLMEIRO: *Elementos de Derecho Político y Administrativo de España*, Madrid, 1877 (5.ª ed.), págs. 8-10, 133 y 144.

(2) Cfr. F. RUBIO LLORENTE: «Nota preliminar», a E. STEIN: *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, donde señala que «[l]a conciencia del constitucionalista de nuestro tiempo ha sido una conciencia desdichada», pág. XX.

(3) Cfr. A. NIETO: *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986.

(4) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1989, primera edición de 1974, aunque publicado con anterioridad en núm. 38 *RAP*.

(5) Cfr. L. PAREJO: *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, págs. 30-32.

Si bien no existe un auténtico Estado de Derecho si no hay Estado Democrático —si el Derecho no proviene de la voluntad popular a través de sus representantes (6)—, sería injusto soslayar el importante papel de las Leyes administrativas (Parejo las califica como Leyes-hito), especialmente de la Ley, de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo, de la Ley, de 26 de julio de 1957, de Régimen Jurídico de la Administración Civil del Estado y de la Ley, de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estas Leyes sirvieron en un momento histórico para reconocer ciertos derechos a los administrados y para someter a una dictadura, aunque fuera parcialmente, al Derecho, y han continuado sirviendo —la LJCA ha estado en vigor hasta diciembre de 1998 y las otras dos Leyes citadas lo estuvieron hasta la Ley 30/1992— en un Estado Constitucional.

Igualmente, hay que destacar la importante labor desarrollada por la jurisdicción contencioso-administrativa y por el Consejo de Estado —en el año 1997 se cumplió el 50.º aniversario del ingreso como Letrados de García de Enterría, Villar Palasí y Alonso Olca—, que trataron de someter los poderes públicos al Derecho. Conscientes de la falta de legitimidad del régimen franquista, tanto el orden jurisdiccional contencioso-administrativo como el Consejo Estado ahondaron en la legalidad y en el control de la Administración. Es de justicia reconocer también el importante papel desempeñado por la doctrina administrativa, en especial, por la escuela de García de Enterría, ejemplificable en la *Revista de Administración Pública*. Sólo desde estos pilares se puede comprender la polémica afirmación de M. Herrero de Miñón de que el Estado franquista de la década del sesenta era un verdadero Estado de Derecho (7). Sin la legitimidad política de los hombres, se luchó por el gobierno de las leyes,

(6) Efectivamente, un Estado de Derecho no es un Estado con derecho. Entre otros rasgos, el Estado de Derecho, tal como hoy lo concebimos, se caracteriza por la separación de poderes, el respeto a los derechos fundamentales y la vigencia del principio democrático. No obstante, el concepto de Estado de Derecho, cuando es acuñado por Jellinek, Mayer, Mohl o Stein, es previo al Estado democrático y encuentra su origen dogmático en Kant, en la idea de un Estado donde impera la razón.

(7) Cfr. M. HERRERO DE MIÑÓN: *Memorias de estío*, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1993, págs. 21-25, esp. 22. El ordenamiento, como afirma Aragón, no pudo descansar en un principio de constitucionalidad, sino sólo en el principio de legalidad, de manera que la inexistencia de un Estado de Derecho constitucional sólo pudo, suplirse, de manera incompleta, mediante la ideación de un Estado de Derecho administrativo. Igualmente, para Molas, «los esfuerzos de unos pocos para tratar como constitucional el régimen anterior o para elaborar un Derecho público del Estado, aunque fuera con el fin de someterlo a algún tipo de control, no podían tener como consecuencia la consolidación de un Derecho Constitucional de legitimación inmanente. No es el Derecho quien se autolegitima sino la Constitución la que legitima el Derecho». Las afirmaciones de M. ARAGÓN e I. MOLAS se encuentran en la «Encuesta sobre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo», *TyRC*, núm. 1, 1998, págs. 17 y 28.

tratando de construir algo que se asemejara al Estado de Derecho cuando lo que había en realidad era un Estado autoritario.

Así, muchos de los principios jurídicos reconocidos en la Constitución de 1978 parten de elementos básicos del sistema de leyes administrativas anteriores a ésta y de la doctrina legal del Consejo de Estado. La Constitución contiene, sin duda, un conjunto de preceptos —artículos 103, 105, 106.1, 149.1.18— que perfilan un modelo constitucional de Administración y que la configuran como una auténtica garantía institucional (8). No obstante, la Administración como poder constituido que nace del *novum* del texto constitucional de 1978 se parece mucho al modelo de Administración que existía con anterioridad. Esta circunstancia no es excepcional, ya que ninguna Constitución nace de la nada o en un vacío jurídico —STC 108/1986—, sino que lo hace en una sociedad organizada jurídicamente, y no pretende derogar todo el ordenamiento preexistente (9).

Sin embargo, una cosa es que no puedan comprenderse plenamente muchos preceptos constitucionales sin la luz del Derecho administrativo previo, y otra cosa distinta es que haya que interpretar la Constitución a partir del Derecho administrativo preconstitucional. El parámetro de interpretación es la Constitución y no la dogmática administrativa. Así, la aprobación de la Constitución de 1978 ha puesto en entredicho algunas construcciones académicas y algunas categorías administrativas (10). Estas categorías son asumidas, tienen

(8) Cfr. A. TRONCOSO REIGADA: *Privatización, Empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 123-126.

(9) Cfr. F. RUBIO LLORENTE: «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *Claves de la razón práctica*, núm. 75, 1997, pág. 4. Sobre la pervivencia de normas y sistemas normativos preconstitucionales se ha ocupado J. L. REQUEJO: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEC, Madrid, 1998, págs. 123-147 y 152-153.

(10) Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el control judicial de la actividad política, aunque la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no es especialmente esclarecedora en este sentido. Durante el régimen autoritario, era conveniente apurar las posibilidades que presentaba el control a través de los Tribunales, porque éste era el único control eficaz, ya que no existían los controles políticos. De esta manera, la lucha contra las inmunidades del poder público se concentró especialmente en ampliar el ámbito del control judicial contencioso-administrativo de los actos del Gobierno, reduciendo al máximo los actos políticos. Este planteamiento debe ser reformulado con el afianzamiento del principio democrático, y con él, de un conjunto de controles políticos que garantizan la reconducibilidad *-zurück geführt-* de cualquier decisión libre en fines —facultativa— al titular de la soberanía. Cfr. la polémica entre L. PAREJO: *Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, y T. R. FERNÁNDEZ: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, y la reflexión final E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995. Otra doctrina que debe ser reformulada a la luz de la Constitución y de la legitimidad democrática del Gobierno —y también de la propia realidad normativa— es la relación entre Ley y reglamento.

que adaptarse o son incompatibles con una Constitución que tiene una pretensión normativa y no consolidadora de todas las situaciones preconstitucionales. A partir de la aprobación de la Constitución de 1978, el Derecho Constitucional recobra, por tanto, su función de ser el ordenamiento básico que reconoce derechos y garantías a los ciudadanos y limita el poder del Estado. Esto ha supuesto el abandono del carácter principal del Derecho administrativo en beneficio del Derecho constitucional. La resolución de los problemas de efectividad de los derechos, aventurada por la ciencia de la Administración, es cosa ya del constituyente y posteriormente del legislador. No se puede entender la Constitución sin partir de conceptos anteriores a ésta, pero la labor de interpretación constitucional no puede ser una actividad de encaje de significados previos y de defensa de categorías dogmáticas. Esta sí que sería una auténtica *ingeniería constitucional*.

Además, dar un contenido material muy preciso a determinados preceptos constitucionales, ajustándolos a categorías y a doctrinas administrativas, equivale a recortar la libertad del legislador —a afectar al principio democrático— y supone un alto riesgo de hiperformalización del Derecho constitucional. El hecho de que el constituyente adopte términos presentes en nuestra tradición jurídica no significa que para fijar su sentido el intérprete tenga prohibida toda técnica hermenéutica que no sea la investigación histórica de preceptos legales o de decisiones judiciales preconstitucionales. Esto, además de petrificar los conceptos constitucionales, haría que construcciones legales preconstitucionales se convirtieran en límites para el legislador democrático (11).

Por tanto, la reconstrucción de la importancia del Derecho constitucional frente al Derecho administrativo no se limita a que nuestra disciplina alcance de nuevo el lugar central como garantía de la libertad frente al poder del Estado, sino como garantía del principio democrático, frente a aquellas tendencias de la doctrina administrativa que tratan de hacer pasar como exigencias constitucionales determinadas construcciones dogmáticas o que pretenden afirmar que el texto de 1978 constitucionalizó determinadas posiciones doctrinales. Como afirma certeramente la STC 150/1991 —FJ. 3.º—, de 4 de julio —ponente López Guerra—, «el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de [una] norma es la propia Constitución, y no determinadas categorías dogmáticas». La Constitución no ha consagrado ninguna doctrina administrativa previa.

Así, López Guerra ha advertido recientemente de los peligros de una hiperformalización del análisis constitucional, es decir, de la construcción de cate-

(11) Cfr. las alegaciones de la Abogacía del Estado en la STC 341/1993.

gorías o conceptos con una base constitucional discutible. Dada la concisión obligada de los mandatos constitucionales, es necesario un estudio en profundidad de cada uno de los conceptos empleados y de las consecuencias de su empleo: «Pero ello no significa que toda expresión constitucional haya de reducirse a una categoría específica, buscando en la Constitución mandatos y previsiones en modo alguno contenidos en ella. La búsqueda de mandatos «implícitos» en los artículos constitucionales ha llevado en ocasiones —en la teoría, y, lo que puede ser más grave, en la práctica constitucional— a defender o proponer una interpretación extremadamente formalista, consistente en atribuir naturaleza constitucional a categorías académicas a las que se quiere singularizar, atribuyéndoles un contenido material exclusivo y excluyente, y tratando de delimitar unas características formales específicamente definidoras. [...] Se corre así el riesgo de construir un edificio categórico y conceptual que no sólo complica y dificulta extraordinariamente la comprensión y la misma práctica del sistema, sino que, además, encuentra dudosas bases constitucionales, y se funda en gran manera en heredadas —o creadas *ex novo*— categorías doctrinales, que aspiran así no a interpretar, sino a crear la realidad» (12).

Una cosa es que el lenguaje constitucional sea significativo, lo que es premisa de toda interpretación jurídica, y otra cosa distinta es ponerse a buscar un contenido esencial de cada concepto previsto en la Constitución. No se puede aplicar la construcción del contenido esencial a todos los conceptos constitucionales, y esto por dos razones diferentes. En primer lugar, porque el contenido esencial es una garantía normativa prevista sólo para los derechos fundamentales —artículo 53.1 CE—, que protege genéricamente a todos los ciudadanos, asegurando que el reconocimiento constitucional de derechos no sea algo vacío o meramente formal, sino que éstos tienen un contenido material inteligible que no puede ser suprimido por el legislador —STC 11/1981 (FJ. 8.º)— y que tiene que ser aplicado por el juez —artículo 7.2 LOPJ—. En segundo lugar, porque referencias a contenidos tan imprecisos como la «noción generalmente admitida por los juristas de lo que un derecho significa», como las «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente a un tipo previo», como la relación entre el lenguaje y el metalenguaje, o, en suma, como el recurso a que «los intereses jurídicos que hacen nacer al derecho y que le dan vida resulten efectivamente protegidos», sólo pueden aceptarse como límites legítimos al Poder Legislativo para asegurar la obligación que tiene el legislador democrático de

(12) Cfr. L. LÓPEZ GUERRA: *Memoria de Cátedra*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, *pro manuscrito*, págs. 11-12.

asumir un núcleo duro del derecho fundamental que no puede rebasar, y esto porque la persona es el centro mismo de la Constitución —Hernández Gil— y porque la dignidad personal y los derechos inviolables que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social —artículo 10.1 CE—.

Pero esta construcción que es válida para los derechos fundamentales no se puede extrapolar a cualquier concepto constitucional que no esté conectado íntimamente con la libertad personal, con la autonomía privada o con la libertad ideológica (13). No a toda costa se puede restringir la libertad del legislador, que se encuentra ya limitada por los controles políticos. El lenguaje constitucional puede ser interpretado extensivamente cuando define ámbitos de libertad, regulando derechos constitucionales, que tienen siempre un substrato subjetivo (14). Sin embargo, es preciso relativizar el significado de los demás enunciados constitucionales, especialmente de aquellos conceptos jurídicos tradicionales que han sido utilizados por la Constitución, que es norma que se inscribe forzosamente dentro de una cultura jurídica. Vale que unas ideas generalmente aceptadas de lo que un concepto constitucional significa vinculen al legislador, recortando su libertad, en aras de la eficacia de los derechos fundamentales (15). Pero no es admisible globalmente la aceptación acrítica de la capacidad normativa supralegislativa de las doctrinas administrativas —no positivizadas— al interpretar los conceptos jurídicos que la Constitución ha incorporado.

Un ejemplo de la ausencia de contenido esencial en las categorías jurídicas abstractas es el caso de las garantías institucionales —*Einrichtungsgaran-*

(13) Sin embargo, De la Quadra-Salcedo utiliza la categoría del contenido esencial para proteger el concepto de servicio público frente a la Comisión y al TJCE. Así, para este autor, la normativa y la jurisprudencia comunitaria han restringido tanto el servicio de interés económico general «vacando el contenido» del art. 90, dejándolo «desprovisto de sentido», llegando a «desnaturalizarlo». Cfr. T. DE LA QUADRA: *Liberalización de las telecomunicaciones, Servicio público y Constitución económica europea*, CEC, 1995, págs. 25-26. En un defecto semejante incurre Meilán cuando alude a la existencia de un supuesto «contenido esencial de la economía de mercado». Cfr. J. L. MEILÁN GIL: «El servicio público como categoría jurídica», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, 1997, pág. 88.

(14) La titularidad de derechos por parte de las personas jurídicas públicas es de carácter instrumental —STC 64/1988—. Cfr. *infra*, nota 38.

(15) En todo caso, nosotros mantenemos una interpretación restrictiva del contenido esencial de los derechos fundamentales frente al legislador. Así, la propia STC 11/1981, de 8 de abril, señala que este contenido esencial tiene que estar «referido al momento histórico de que se trate y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas». Conceder una excesiva eficacia jurídica —a la hora de declarar la inconstitucionalidad de las leyes— a las cláusulas generales que regulan derechos fundamentales —una comprensión amplia del contenido esencial de éstos— supone, para nosotros, un posible riesgo para el principio democrático.

tien—, es decir, de aquellos preceptos constitucionales que hacen referencia a organizaciones o instituciones atribuyéndoles un conjunto de rasgos específicos, con la finalidad de asegurar su mantenimiento con sus elementos característicos y haciendo imposible su modificación por el legislador ordinario (16). La protección constitucional de la garantía institucional sólo se extiende a la institución y a sus rasgos constitucionalmente fijados, pero no a otras características que nos pueden parecer históricamente típicas de la misma. Así, las garantías institucionales carecerían de legitimidad constitucional si a través de ellas se pretendiera extender la protección constitucional frente al legislador a otros elementos que se consideren esenciales pero que no se encuentran identificados expresamente en la Constitución, o cuando se ambiciona que el reconocimiento de una garantía institucional lleve aparejado el aumento del rango constitucional de estos artículos, otorgándoles una eficacia protectora superior a otros preceptos constitucionales (17).

La doctrina del contenido esencial tiene sentido en el caso de los derechos fundamentales, ya que éstos, aunque tengan una vertiente objetiva, tienen un origen pre-estatal —la dignidad de la persona es previa a la Constitución— y son «reconocidos» constitucionalmente, reconocimiento que les dota de eficacia jurídica. Sin embargo, esto no se cumple en el caso de las garantías institucionales porque, como afirma Schmitt, «todas estas instituciones existen *dentro* del Estado, no antes y por encima de él. El auténtico derecho fundamental parte del dato del individuo con su esfera de libertad ilimitada en principio. Una institución no puede darse como supuesta en manera semejante. El Estado

(16) El origen de la construcción está en la Constitución de Weimar y en el pensamiento de C. SCHMITT: «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung» (1931), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1958, págs. 140-173. Sobre el concepto de garantía institucional, T. MAUNZ y R. ZIPPELIUS: *Deutsches Staatsrecht*, 29.^a ed., C. H. Beck, München, 1994, págs. 133-135; F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución como fuente del Derecho», en *La forma del poder*, 2.^a ed., CEC, 1997, págs. 57-59. Cfr. recientemente A. GALLEGO ANABITARTE: *Derechos fundamentales y garantías institucionales*, Civitas-UAM, Madrid, 1994. La inaplicabilidad del límite del contenido esencial para las garantías institucionales se puede ver en L. MARTÍN-RE-TORTILLO y I. DE OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 100-101. En el mismo sentido, L. PAREJO: *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, 1981. En contra, cfr. J. M. BAÑO LEÓN: «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *REDC*, núm. 24, 1988, págs. 169 y 177-179.

(17) La creación de esa categoría de la garantía institucional lleva, para Cruz Villalón, «a una *formalización* de la Constitución» y produce la «descompensación del Parlamento dentro de la Constitución», ya que sólo los derechos son «el único «contrapeso» legítimo del Parlamento» —la cursiva es nuestra—. Cfr. P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los Derechos fundamentales», *REDC*, núm. 25, 1989, pág. 60.

moderno es una unidad política cerrada y, por su esencia, el *Status*, es decir, un *status* total, que relativiza en su seno todos los otros *status*. No puede reconocer en su seno ningún *Status* de derecho público dado antes que él o sobre él, y por ello jurídicamente equiparado». En el fondo, este razonamiento es consecuencia de que «[l]as instituciones no tienen derechos fundamentales» (18). Igualmente, para López Guerra, «no hay que olvidar que el reconocimiento de derechos fundamentales suele derivar de unas preconcepciones morales y filosóficas sobre la dignidad y libertad de la persona, que suponen unos mayores límites a la acción del legislador; mientras que en el caso de las garantías institucionales, predicadas de organizaciones muchas veces vinculadas a una peculiar situación histórica, el «contenido intocable» de la institución aparece menos definido, y, por tanto, afectable en mayor medida» (19).

Recientemente se ha abierto en nuestro país un debate doctrinal más amplio acerca de la necesidad de la dogmática como método de investigación jurídica. Villar Palasí ha criticado el sofisma de la categorización que produce estragos en nuestra doctrina administrativa española, recordando la diatriba de Ihering hacia el conceptualismo jurídico y su irónico mundo de los conceptos (20). Así, este autor ha puesto en duda la existencia de doctrinas que tengan el carácter de categorías en el actual Derecho administrativo, describiendo este método de investigación como «cernido sobre nubes aristofánicas en la búsqueda *more civilistico* de las categorías» (21). En cambio, García de Enterría ha vuelto a destacar la necesidad de la dogmática, como «capacidad de construir un entramado institucional complejo, ordenándolo alrededor de unos cuantos vectores arraigados en la naturaleza profunda de la institución de que se trata y dirigiendo toda

(18) Cfr. C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, 1992, págs. 177-178.

(19) Cfr. L. LÓPEZ GUERRA: *Introducción al Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 117.

(20) «Los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. Donde los conceptos han de vivir e imperar, todo lo que pertenezca a ese mundo debe mantenerse a gran distancia. En este mundo de los conceptos, no existe la vida tal como vosotros la concebís. Es el reino de los pensamientos y de los conceptos abstractos que se han venido gestando a partir de ellos mismos, con total independencia del mundo de la realidad. Por eso rehuyen todo contacto con el mundo terrenal». Cfr. R. V. IHERING: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, 1987, pág. 218.

(21) Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: «Prólogo» a G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUÉTARA y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 9-12. Ariño habla igualmente del trágico destino de la ciencia del Derecho administrativo, ya que sus conceptos, al ser un subproducto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social, son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez. El Derecho administrativo, a diferencia del Derecho civil, no puede elaborarse como un sistema cerrado y permanente de conceptos, ya las instituciones administrativas son esencialmente contingentes, y, por ello, en alguna medida, irracionales, *ibidem*, pág. 24.

la operación en función de unos valores jurídicos materiales que están presentes en dicha institución». Hacer dogmática es, para García de Enterría, una tarea inexcusable «porque sólo la dogmática es capaz de alumbrar los elementos estructurales profundos de las instituciones y su articulación en servicio de los principios generales del Derecho que sostienen y animan a dichas instituciones para que alcancen su mayor funcionalidad». Para este autor, la dogmática es el método más alto, cuando es capaz de obtener el máximo rendimiento de las instituciones jurídicas, vislumbrando posibilidades nuevas (22).

La dogmática, si no quiere perderse en el cielo de los conceptos jurídicos como afirmaba Ihering, tiene que estar en la tierra, lo que significa que tiene que ser un instrumento para explicar la realidad y no para distorsionarla. Son las categorías las que se deben adaptar a la realidad y no viceversa, y son éstas las que mueren cuando esta realidad cambia. Esta realidad a la que nos referimos es también la legislativa, ya que la decisión política recoge la solución a las distintas tensiones sociales y es lo que constituye en última instancia el Derecho administrativo. Por tanto, las mismas categorías válidas hace unos años pueden dejar de serlo por la sola voluntad del legislador. Hacer dogmática no puede justificar una defensa numantina de categorías antiguas, asumidas personalmente y desarrolladas en obras científicas. La dogmática puede, en todo caso, aderezar y preparar el camino al legislador y a la jurisprudencia, animándola, pero no entrando en contradicción con ella; tiene también una función didáctica pues busca dar coherencia lógica a distintas normas que parecen incompatibles y que miradas aisladamente carecen de sentido. La dogmática, por tanto, trata de explicar que la regulación no es un conjunto de normas inconexas sino que tiene una explicación sistémica armónica, y lo hace poniendo en conexión procedimientos y principios o valores, y razonando cómo el legislador no es siempre arbitrario o absurdo (23).

En muchas ocasiones, la dogmática tiene que asumir su incapacidad de elaborar categorías, que sean generales y que acierten a explicar una realidad compleja y variada. El abandono de lo general no debe ser visto como una huida sino que es casi siempre una imposición de la realidad social, al igual que el

(22) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Prólogo» a A. HUERGO LORA: *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas-Universidad de Oviedo, Madrid, 1998, pág. 13.

(23) Hernández Gil consideraba preciso «desbordar el modelo de la dogmática» para alcanzar el practicismo del derecho y mantener su capacidad para entender las nuevas realidades. Ahora bien, si abandonar la dogmática supusiera una vuelta atrás, preferiría la conservación del modelo. Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL: *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 12-13. Luhmann, como es sabido, abogaba por un tratamiento no dogmático de la dogmática, afirmando que ésta se debe adaptar a las consecuencias de las decisiones jurídicas. Cfr. N. LUHMANN: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, CEC, Madrid, 1983.

abandono de lo permanente es una consecuencia de la propia realidad y de la voluntad de legislador. Por eso, la actitud hacia la dogmática, aun asumiendo su carácter de método jurídico válido, tiene que ser profundamente desmitificadora. Realmente, la única dogmática que merece ese nombre —que pretende ser, como los dogmas, permanente, y que es general por su carácter de derecho principal— es el estudio del Derecho constitucional, y, más en concreto, el análisis del significado de los preceptos constitucionales. Ni siquiera analizar la jurisprudencia constitucional es, en puridad, dogmática.

Hemos juzgado así, en alguna ocasión, desacertada la expresión de Otto Mayer de que el Derecho constitucional pasa, mientras que el Derecho administrativo permanece —*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*—, justificada únicamente por la inestabilidad constitucional europea de principios de siglo. Es al contrario, el Derecho administrativo es el que pasa, porque es resultado de la ideología cambiante del Legislador, mientras que el Derecho Constitucional es el que permanece y el que define los rasgos de la Administración pública, que no deja de ser un sujeto constituido, y del derecho administrativo, limitando la libertad de legislador (24). Y el único Derecho administrativo que permanece es aquél que transpone el Derecho constitucional —la posición constitucional de la Administración—, es decir, aquel derecho administrativo que es, en expresión feliz de Fritz Werner, Derecho constitucional concretizado (25). El Derecho administrativo tiene sus bases en el Derecho constitucional, por lo que es incorrecto aceptar acriticamente conceptos y principios preconstitucionales sólo por el mero hecho de que estén consolidados en

(24) Cfr. A. GALLEGU-ANABITARTE: *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid, 1989, págs. 17-20, y J. L. MEILÁN GIL: «La Administración pública a partir de la Constitución española de 1978», *REDC*, núm. 47, 1996, págs 55-56, nota 2. Un sentido distinto en S. MARTÍN-RETORTILLO: «Prólogo» a P. MENÉNDEZ: *Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 14. Una interesante reflexión de Mayer sobre las relaciones entre Derecho administrativo y Derecho constitucional se encuentra en O. MAYER: *Derecho Administrativo alemán*, 2.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, tomo I, págs. 17-24. Frente a esta idea de que el Derecho administrativo pasa, se puede afirmar, por ejemplo, que el acto administrativo no nace de la Constitución sino que es previo a ésta. No obstante, habría que recordar que aspectos como la autotutela ejecutiva del acto administrativo o su presunción *iuris tantum* de legalidad han tenido que ser reconsiderados a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva o de la eficacia *ad cautelam* de los derechos fundamentales.

(25) La referencia a F. WERNER es de «*Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*», *Recht und Gericht in unserer Zeit, Reden, Vorträge, Aufsätze 1948-1969*, Herausgegeben von Karl August Bettermann und Carl Hermann Ule, Carl Heymans Verlag KG Köln-Berlín-Bonn-München, 1971, págs. 212-226. Distintas referencias a Werner se pueden encontrar en P. LUCAS VERDÚ: «El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo. La "ideología" constitucional del Prof. García de Enterría», *RDP*, núm. 13, 1982, págs. 7-52, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «El Derecho Constitucional como Derecho», *RDP*, núm. 15, 1982.

la doctrina administrativa. La aprobación de una Constitución, que tiene una pretensión normativa, obliga a reformular parcialmente estas categorías administrativas. Una de estas categorías es la del servicio público, sobre el que van a versar estas páginas (26).

II. LA POLÉMICA DOGMÁTICA SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO Y LA DUDOSA NOCIÓN CONSTITUCIONAL

1. *Los orígenes de la categoría del servicio público*

El servicio público es una categoría administrativa tradicional en el Derecho público a partir del siglo XIX. El concepto de servicio público nace cuando el Estado deja de limitar su actuación a la preservación de la libertad y a la garantía de los derechos individuales —propiedad privada y libertad de comercio— y se convierte en protagonista directo del crecimiento económico y del progreso social. La evolución hacia el Estado democrático, que se caracteriza por la participación de los ciudadanos y progresivamente de las minorías en la toma de decisiones políticas, hace que se amplíen las funciones sociales de los poderes públicos. El servicio público es resultado, por tanto, de un compromiso político nuevo de los gobernantes en favor de la vertebración social del Estado y del interés general (27).

Aparece así una correspondencia entre la posesión de un poder público y la obligación de ejercerlo para prestar determinados servicios sociales. La legitimidad moral del Estado no viene del simple hecho de ejercer un poder soberano, sino de la preocupación por el progreso social. La idea de solidaridad social, de «solidarismo», es, para Muñoz Machado, clave en la aparición del concepto de servicio público y en el desmantelamiento de la noción metafísica

(26) Este trabajo fue escrito inicialmente como ensayo crítico a una obra reciente de S. MUÑOZ MACHADO: *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998, a petición de esta Revista. La publicación de la recensión de Germán Fernández Farreres ha aconsejado adaptarlo a la forma de estudio más general sobre el concepto de servicio público. Mi recensión de esta obra, además de otras consideraciones específicas sobre el concepto de servicio público que complementan este estudio, se publicará como Nota en la RVAP.

(27) Cfr. M. GARCÍA PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, págs. 22-27; M. S. GIANINI: *Derecho Administrativo*, INAP, 1991, págs. 76-79 y 86. Estamos lógicamente hablando del origen de la categoría. La expresión «servicio público» es anterior a la configuración de esta categoría en Francia. Pero esto no es más que un ejemplo de la vieja pretensión de adaptar mejor las nuevas categorías, utilizando palabras más antiguas que faciliten su encaje.

del Estado-poder. El viejo planteamiento del Estado como poder de dominación —*Herrshaft*—, que estaba presente en Gerber, Laband, Ihering o Jellinek, o la teoría de la soberanía de Carre de Malberg, que eran la base de la construcción alemana y francesa del Derecho Público y que servían para explicar las funciones públicas de soberanía, no pueden justificar las nuevas formas de intervención pública en la sociedad (28).

En una época donde reinaba el dogma de la separación nítida entre el Estado y la Sociedad, el instrumento que disponían los poderes públicos para poder intervenir directamente en el progreso social era la declaración de una actividad como servicio público. Es decir, el servicio público es a la vez el título habilitante de potestades administrativas y la justificación de que en esas materias existe una competencia propia de la Administración pública. Paradójicamente, la fuerte conciencia de los derechos individuales y la separación radical entre Estado y sociedad que respetaba unos ámbitos amplios de los particulares libres de toda intromisión favorecen el nacimiento del servicio público como un instrumento de intervención pública en sectores sociales.

La declaración de una actividad como servicio público equivale ordinariamente a la titularidad exclusiva del Estado, aunque éste lo desarrollaba a través de particulares que actuaban como concesionarios del servicio. De hecho, al principio los servicios públicos no se concebían sino para su gestión por los particulares, pero con la garantía que supone la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comienzan así a aparecer desde finales del siglo XIX un conjunto de servicios públicos económicos, como son los de correo, teléfono, suministro eléctrico o televisión. Estos servicios se caracterizaban legalmente porque eran prestados por el Estado o por particulares en régimen de monopolio (29).

La quiebra económica de muchas empresas privadas concesionarias de servicios públicos y una ideología keynesiana que defendía una presencia directa de los poderes públicos en la economía como motor del crecimiento justificó una política de nacionalizaciones. La noción de servicio público en su origen no conllevaba su prestación por los poderes públicos; esto es consecuencia de la influencia americana del *Welfare State* y del *New Deal* (30). De esta forma, el Estado, además de cumplir las tradicionales funciones públicas de soberanía,

(28) Cfr. S. MUÑOZ MACHADO: *Ibidem*, I, págs. 99-106.

(29) Cfr. S. MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, págs. 84-99.

(30) Cfr. J. L. MEILÁN: *Loc. cit.*, págs. 76-77. Como es sabido, la situación en España fue distinta. Las empresas privadas, que tenían por concesión del Gobierno de Primo de Rivera el monopolio sobre algunas actividades —Compañía Telefónica Nacional de España (1924), Campsa (1927)—, fueron nacionalizadas durante la dictadura de Franco. Estos monopolios, a los que se añadieron otros —Iberia (1940), Renfe (1941)— encontraban justificación en la autarquía económica entonces vigente.

desarrollaba a través de empresas públicas una política económica y social y un conjunto de actividades de interés general que se configuran como servicios públicos subjetivos. A la vez, el Estado realizaba otros servicios asistenciales, no como titular en exclusiva, sino junto con otros particulares. Este es el caso de la educación, de la sanidad o de ciertos servicios de beneficencia, que no eran servicios públicos subjetivos o servicios públicos en sentido estricto, sino servicios públicos en sentido más amplio.

De ahí que no haya habido una uniformidad doctrinal acerca de lo que significaba el concepto de servicio público, ni siquiera en sus orígenes. A pesar de que se ha hablado en Francia de unos principios estrechamente vinculados a la idea misma de servicio público —«de unas leyes naturales del servicio público», no es idéntica la noción de servicio público de Hauriou y de Duguit (31). Mientras el primero vinculaba esta categoría a la titularidad pública de la actividad, Duguit tenía una idea amplia del servicio público, apoyada sobre unas actividades consideradas de utilidad pública que dependían, de un modo más o menos intenso, de una persona jurídica pública. La idea dominante, el denominador común en la noción amplia de servicio público era el interés general. Mientras que para Hauriou existían actividades que por naturaleza son propias de la Administración —concepción objetiva—, Duguit rechaza esta perspectiva, afirmando que la aparición de un servicio público parte de una decisión previa discrecional y subjetiva de los gobernantes de establecerlo (32).

Igualmente, en nuestro país, con anterioridad a la Constitución, existía una confusión doctrinal acerca de si el servicio público implicaba la titularidad estatal de la actividad —Villar Palasí— o si esto no era imprescindible —Garrido Falla—. Villar Palasí mantenía que los servicios públicos exigen la declaración de titularidad pública de una actividad —*publicatio*—, de manera que éstos son un monopolio legal —una actividad incorporada al Estado— y un sector excluido a la iniciativa privada salvo concesión administrativa expresa (33). En cambio, Garrido Falla afirmaba que el servicio público también admite la coexistencia de titularidades del Estado y de los particulares sobre una actividad.

(31) Un trabajo aclaratorio de la dogmática francesa del servicio público se encuentra en E. MALARET: «Servicios públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *RAP*, núm. 145, 1998, esp. págs. 50-71; cfr. también J. L. MEILÁN: *Loc. cit.* págs. 78-86.

(32) Malaret afirma, sin embargo, que «lo que se pretende expresar con la noción de *titularidad* es tan ajeno al Derecho francés que no tiene incluso traducción posible», *ibidem*, pág. 57.

(33) Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *RAP* núm. 3, 1950, págs. 54-130, y *Apuntes de Derecho administrativo*, I, UNED, Madrid, 1974, págs. 99-100.

2. *El servicio público en la Constitución española de 1978*

La Constitución española de 1978 no ha asumido expresamente la categoría de los servicios públicos. Únicamente ha afirmado en el artículo 128.2 segundo párrafo que «[m]ediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general». A partir de la aprobación del texto constitucional —y, más en concreto, del artículo 128.2 CE—, la doctrina —en especial, Garrido Falla— ha rectificado, afirmando que sólo caben servicios públicos cuando la Administración tiene la titularidad exclusiva de la actividad, pudiendo sólo actuar los empresarios privados en ese caso a través de una concesión administrativa o mediante una colaboración con la Administración. Esta mutación de criterio de Garrido Falla ha sido explicada por este autor como un cambio de convicciones personales a la luz de la nueva regulación constitucional (34). Se cerraba así un interesante debate dogmático entre nuestros publicistas.

Sin embargo, un sector de la doctrina administrativista española mantiene todavía que el concepto de servicio público no implica siempre la titularidad estatal de la actividad, sino también la mera asunción por parte de los poderes públicos de la responsabilidad de facilitar unos servicios y de prestar una actividad de solidaridad. Así, Muñoz Machado, después de exponer con claridad las dos maneras de ver el servicio público entre los administrativistas españoles, mantiene que el artículo 128.2 segundo párrafo CE afirma únicamente que el Estado sólo podrá reservarse como titular en exclusiva los recursos o servicios que tengan el carácter de «esenciales», por lo que no tiene el menor fundamento entender que «la Constitución dice que sólo caben los servicios públicos con titularidad exclusiva de la actividad por parte de la Administración». Para Muñoz Machado, estas conclusiones «interpretan la Constitución a partir de construcciones doctrinales previas a las que tratan de ajustar el texto de aquélla, en lugar de interpretarla utilizando sus propios conceptos y principios, que es la única manera correcta de hacerlo». Si bien esta última afirmación es exacta, Muñoz Machado olvida que Garrido Falla ha hecho todo lo contrario, ha modificado su posicionamiento doctrinal previo para adaptarlo a la Constitución (35). El ar-

(34) Cfr. F. GARRIDO FALLA: «El modelo económico de la Constitución y la revisión del concepto de servicio público», *REDA*, núm. 29, 1981, págs. 225-237. Cfr. también G. ARIÑO: «Servicio público y libertades públicas», *Libro Homenaje a Garrido Falla*, Ed. Complutense, Madrid, 1992, vol. II, págs. 1315-1335.

(35) Cfr. S. MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, págs. 113-118. No obstante, Muñoz Machado parece contradecirse cuando afirma que «[e]l servicio público es una noción de construcción funda-

título 128.2 segundo párrafo CE es, para Muñoz Machado, «una habilitación para que la Administración intervenga en un sector económico determinado, sin perjuicio de la participación concurrente de las empresas privadas». Caben tanto los servicios públicos reservados como los no reservados.

Antes de analizar el espacio que nuestra Constitución atribuye a los servicios públicos, es necesario diferenciar las distintas actividades que la Administración desarrolla dentro de Constitución. Dentro de estas actividades de la Administración —entendida en un sentido amplio de Poder Ejecutivo, que incluiría el Gobierno—, podemos destacar principalmente tres: la actividad pública de soberanía, la de iniciativa empresarial y la actividad de prestación de un servicio esencial (36).

Las funciones públicas de soberanía, por utilizar una expresión de Zanobini, son aquellas actividades administrativas de dirección política o ejecutivas —principalmente de policía—, que aparecen en el artículo 97 CE. Estas actividades son esenciales e irrenunciables del Estado, que justifican su existencia y sin cuyo ejercicio éste no podría subsistir. Estas funciones, que constituyen la reserva de Administración —*Verwaltungsvorbehalt*— e implican el ejercicio de autoridad —de *imperium*—, deben ser desarrolladas necesariamente por una Administración bajo forma y régimen jurídico de Derecho público, y no pueden en ningún caso ser abandonadas en manos de los particulares (37).

La Administración puede desarrollar también una actividad mercantil en competencia con los particulares. Así, el artículo 128.2 CE en su primer párrafo «reconoce la iniciativa pública en la actividad económica». Esta actividad, calificada por Villar Palasí como actividad de producción de bienes o gestión económica del Estado, se caracteriza porque el Estado actúa como un agente más del mercado sin reservarse la titularidad de la actividad. La Administración desarrolla su iniciativa empresarial en régimen de Derecho privado y res-

mentalmente doctrinal que no tiene por qué coincidir necesariamente con la usada en el artículo 128.2» —pág. 115—. Sin embargo, no se entiende qué sentido tienen las opiniones doctrinales que no se adaptan a la noción constitucional. Las categorías dogmáticas —en este caso, la noción de servicio público— tiene que servir para explicar la realidad, no para confundirla.

(36) Cfr. A. TRONCOSO: *Op. cit.*, págs. 129-140, 145-149 y 158-166.

(37) Cfr. H. DREIER: «Zur Eigständigkeit der Verwaltung», *Die Verwaltung*, núm. 25-2, 1992, págs. 137-156. Para las distintas clases de actividades administrativas, cfr. F. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, II, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, págs. 115-149 y 245-262 y, recientemente, L. PAREJO: «La actividad de la Administración pública»: sus características, clasificaciones y formas», *Manual de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Ariel, Madrid, 1996, págs. 351-420. Los rasgos de la actividad administrativa son, para Parejo, la presencia de un interés público, que debe ser atendido por la organización política como totalidad y el acotamiento de su tráfico a la Administración. Cfr. L. PAREJO: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP, Madrid, 1995, págs. 65-70.

petando las reglas de mercado, especialmente el Derecho de la Competencia —artículo 38 CE— (38).

En tercer lugar, la Administración puede desarrollar una actividad de prestación de servicios esenciales, reservándose en exclusiva su titularidad y desarrollándola, bien directamente por medio de una empresa pública, bien por medio de particulares, en régimen de monopolio o a través de más de un concesionario del servicio o mediante otras fórmulas como la empresa mixta o la gestión interesada. El artículo 128.2 segundo párrafo CE afirma que «[m]ediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio». El establecimiento de un servicio esencial supone la publicación de una actividad, que pasa a ser de titularidad exclusiva del Estado, lo que significa la supresión del ejercicio de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de los particulares en ese ámbito. La declaración por Ley de un servicio esencial, aunque admita la intervención de los particulares mediante concesión administrativa, crea siempre, de alguna manera, un monopolio del Estado, ya que a éste le corresponde la decisión de si habrá concesionarios, cuáles y cuántos. Los particulares no son titulares de un derecho originario sino que prestan una actividad por un plazo y por voluntad del Estado. Esta es la característica que distingue radicalmente la iniciativa empresarial pública —compatible con la libertad de empresa de los particulares— de la actividad de servicio esencial de una empresa pública. Este precepto constitucional exige dos condiciones: que la reserva se haga mediante Ley —porque implica límites a derechos fundamentales— y que sólo se substancie sobre recursos o servicios esenciales. El reconocimiento constitucional de la existencia de servicios esenciales de titularidad pública —incluidos los monopolios— tiene una gran importancia porque implica la aceptación de la supresión en determinados ámbitos de los derechos de propiedad privada y de libertad de empresa de los particulares, y, en ocasiones, de un derecho fundamental como la libertad de información (39).

(38) Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: *Ult. op. cit.* La Administración no es titular de derechos fundamentales por lo que no tiene *libertad* de empresa. Su legitimidad para competir en el mercado proviene, no del artículo 38 CE, sino de la iniciativa que le reconoce el artículo 128.2 CE.

(39) Para Meilán, los servicios esenciales del artículo 128.2 CE sólo pueden tener un carácter económico, ya que se encuentran en el Título VII de Economía y Hacienda —*loc. cit.*, pág. 92—. Sin embargo, la aprobación de la Constitución fue coetánea con la existencia de monopolios que afectaban a derechos fundamentales como el caso de la radiodifusión y nunca se pensó que eso era inconstitucional. Cfr. STC 127/1994, de 5 de mayo, y el voto particular de López Guerra, donde se afirma que «el legislador dispone de un amplio margen de libertad para configurar [el régimen jurídico de la televisión] y para escoger el modelo de ordenación que estime más adecuado». Cfr. A. TRONCOSO: *Op. cit.*, págs. 158-166, y C. CHINCHILLA: *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988. Los derechos fundamentales, que no son

La actividad de prestación de un servicio esencial no es una actividad que por naturaleza sea pública o administrativa; sólo es pública en la medida en que ha sido declarada como tal por el Legislador. Esta actividad no está dentro de la reserva de Administración *pública* ni supone ejercicio de *imperium* —no es una función pública de soberanía— y, por tanto, no tiene que ser ejercida por la Administración de conformidad con su garantía institucional, sino que puede desarrollarse íntegramente a través del Derecho público o recurriendo al Derecho privado.

Realmente, la Constitución no afirma claramente que el establecimiento de un servicio esencial equivalga a la declaración de una actividad como servicio público. O lo que es lo mismo, que la declaración de una actividad como servicio público lleve aparejada la atribución al Estado de su titularidad. Esto es consecuencia de la identificación entre servicio esencial y servicio público, ya que la Constitución prevé únicamente la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, pero no menciona los servicios públicos, que no tienen por qué ser considerados recursos o servicios esenciales. Sin embargo, esta identificación parece lo más coherente doctrinalmente por distintas razones: por una parte, la previsión del artículo 128.2 segundo párrafo CE encaja con la doctrina tradicional predominante sobre el concepto de servicio público; además, la previsión de servicios esenciales en régimen de monopolio se identifica con el régimen jurídico más típico del servicio público.

La mayoría de la doctrina ha asumido una noción estricta —subjetiva— de servicio público, que identifica servicios públicos y servicios públicos reservados (40). Esta identificación entre el concepto de servicio público y el de servicio esencial del artículo 128.2, *in fine*, CE ha sido refrendada por el intérprete supremo de nuestra Constitución. Así, el Tribunal Constitucional, en la STC 127/1994, de 5 de mayo, ha definido el servicio público como una forma de organización de la prestación de actividades, que reserva a las Administraciones Públicas su titularidad o su control, y que impide su ejercicio por empresas privadas o particulares si no es mediante una habilitación específica de la Admi-

ya únicamente derechos subjetivos, no pueden ser un auténtico obstáculo porque se reconocen constitucionalmente al igual que los servicios esenciales. Otra cosa distinta es que la reserva sea una opción política y no una exigencia constitucional. Tampoco podemos compartir la afirmación de Elisenda Malaret de que «es necesario conciliar la libertad individual con el *derecho* de las Administraciones públicas a crear servicios públicos», *loc. cit.*, pág. 53 (la cursiva es nuestra). Cfr. *supra* nota anterior.

(40) Cfr. el estudio exploratorio que hace en este sentido P. MENÉNDEZ: «Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades locales», *REDA* núm. 89, 1996, págs. 53-55. Igualmente, Malaret, a pesar de mantener un concepto de servicio público material o funcional, basado en la naturaleza de la actividad, reconoce en todo caso la preeminencia del servicio público en sentido estricto, *loc. cit.*, pág. 69.

nistración, otorgada a través de concesión administrativa (41). Por tanto, el concepto jurídico de servicio público en nuestro país hace referencia a una actividad cuya titularidad se reserva el Estado en exclusiva, aunque pueda gestionarlo bien directamente, bien indirectamente, a través de particulares que disfruten de una concesión administrativa. Así, han sido tradicionalmente declarados servicios públicos con titularidad pública de la actividad la radio y la televisión, las telecomunicaciones, el servicio postal, la electricidad, los hidrocarburos, el ferrocarril, el transporte aéreo, etc.

Existen otros preceptos constitucionales donde se contiene la expresión «servicio público», sin concretar expresamente su significado. Según el artículo 106.2 CE, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos «siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los *servicios públicos*». El artículo 158.1 CE prevé que en los Presupuestos Generales del Estado se establezca una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los *servicios públicos* fundamentales en todo el territorio español —artículo 158.1 CE— (42). Ambos preceptos constitucionales apoyan la idea

(41) Esta es también la opinión del Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/1990, de 7 de febrero, donde se afirma que «la declaración de servicio público y la asunción de la titularidad del mismo por la Administración elimina la libre iniciativa económica-privada». «La declaración del transporte de agua como servicio público supone [...] una publicación de una actividad hasta ese momento en el ámbito de plena disponibilidad de la iniciativa privada». Esta es la posición que ha adoptado el Parlamento en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local —arts. 85 y 86—, cuando se diferencia la actividad de servicio público de la actividad de iniciativa empresarial pública en libre concurrencia en el mercado, estableciendo qué actividades están declaradas servicios públicos locales y fijando que la gestión sea directa o indirecta —concesión, gestión interesada, concierto—. En relación a esto último, es sabido que los servicios públicos pueden gestionarse a través de un concierto —la mera noción de concierto excluye la reserva—, aunque no es lo más frecuente. Así, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, liberalizó los servicios funerarios que aparecían en la LBRL como actividades consideradas servicio público, y reservadas, por tanto, en exclusiva a los municipios.

(42) Precisamente la dificultad para determinar qué ha de entenderse por «servicios públicos fundamentales» es una de las razones principales por las que todavía estas asignaciones sean una fuente de financiación autonómica casi inédita. Con el fin de superar este escollo, A. Giménez Montero, tras barajar hasta tres vías posibles para acotar esta noción, ha propuesto que las decisiones sobre qué conjunto de servicios son los fundamentales y sobre su jerarquización sean consensuadas en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera —«El problemático desarrollo del artículo 158.1 de la Constitución Española», *El sistema económico en la Constitución Española*, II, Madrid, 1994, págs. 1987-1990—. En cambio, Fernández Rodríguez y López Nieto aconsejan que sea una ley ordinaria de las Cortes Generales la que especifique cuáles han de ser los servicios públicos que merecen el calificativo de fundamentales —«Los servicios públicos fundamentales en la LOFCA (el art. 15 y sus derivaciones)», *Revista de Estudios Regionales*, núm. 7, 1981, pág. 44—.

del servicio público como actividad de titularidad pública en sentido estricto. El Estado no va a asumir una obligación de indemnizar por el funcionamiento anormal de un servicio si no existe una declaración clara del carácter público de la actividad (43). De igual manera, las subvenciones de nivelación del artículo 158.1 CE son dotaciones presupuestarias especiales, de carácter excepcional y potestativo, destinadas a igualar con respecto a la media nacional las diferencias intercomunitarias en el nivel de prestación de servicios básicos —funciones públicas de soberanía y actividades prestacionales— que hayan sido traspasados a las Administraciones autonómicas.

Dicho esto, hay que reconocer que la Constitución prevé expresamente algunas Administraciones prestacionales y, por tanto, alude indirectamente a algunas actividades que desarrollan los poderes públicos, sin calificarlas como servicios esenciales y sin que exista reserva exclusiva del Estado de su titularidad —sin ser servicios públicos subjetivos—. Así, existe la previsión constitucional de una Administración educativa que garantiza el derecho de todos los ciudadanos a una enseñanza básica obligatoria y gratuita a través de la programación general de la enseñanza y de la *creación de centros docentes* —artículo 27.4 y 5 CE—. Igualmente, la Constitución establece una *Seguridad Social* pública como garantía institucional (44), que asegure la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo —artículo 41 CE—, y que es el instrumento con que implícitamente cuentan los poderes públicos para organizar y tutelar el derecho a la salud «a través de medidas preventivas y de las prestaciones y *servicios necesarios*» —artículo 43 CE—. La Constitución prevé también la existencia de un sistema de *servicios sociales* para la tercera edad, que promuevan su bienestar —artículo 50 CE—. La Constitución alude de igual manera a la existencia de unos *servicios esenciales* de la Comunidad cuando reconoce el derecho de huelga y de

(43) El concepto de servicio público presente en los artículos 139 LRJAP y PAC, en el derogado artículo 40 LRJAP y en los artículos 121 y 123 LEF son también restrictivos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime. Cfr. las SSTS de 18 de septiembre de 1998 y de 31 de marzo de 1998, ambas de la Sala 3.ª, Sección 6.ª Estas Sentencias siguen los *leading cases* de las SSTS 13 de febrero de 1987 y de 9 de mayo de 1989. Obviamente, la Administración puede ser considerada responsable por daños cometidos por empresas públicas, aunque esta responsabilidad viene en este caso no por una noción amplia del servicio público, sino por la noción subjetiva de la titularidad —levantamiento del velo, teoría de los grupos de empresa—. Igualmente, la Administración es responsable de los servicios públicos objetivos que presta. En relación con la malpraxis sanitaria en centros públicos como supuesto de responsabilidad administrativa extracontractual, cfr. E. GAMERO CASADO: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 173-203.

(44) La STC 103/1983 definió a la Seguridad Social como una institución pública garantizada constitucionalmente, realizadora de una función estatal cual es la de asegurar la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad.

adopción de medidas de conflicto colectivo —artículos 28.2 y 37.2 CE—. La jurisprudencia constitucional ha comprendido estos servicios esenciales como prestaciones vitales imprescindibles para asegurar el libre ejercicio de los derechos constitucionales, aunque éstos no tienen por qué corresponderse con actividades de los poderes públicos ni ser necesariamente servicios públicos (45).

Realmente, en el caso de la educación y de la seguridad social la CE no emplea la palabra «servicio», como tampoco utiliza la expresión servicio público sino servicio esencial en el artículo 128.2. Aunque no parezca lógico que cada vez que la Constitución aluda a la palabra servicio esté estableciendo un servicio público no subjetivo, sí se puede calificar como tal la actividad prestacional de los poderes públicos en beneficio del interés general. La noción de servicio empleada en estos casos no es orgánica —no depende de la titularidad de la actividad—, sino material o funcional. Se puede hablar así de servicios públicos en sentido objetivo, entre los que destacarían la educación y la sanidad, también en nuestra tradición jurídica (46), que no son servicios públicos subjetivos por expresa voluntad constitucional (47). Estas actividades no son exclusivas de los centros públicos de enseñanza y de la Seguridad Social, ya que es legítima *ab initio* la iniciativa privada. No obstante, si bien la CE no otorga al Estado la titularidad exclusiva de estas actividades, sí obliga a mantener la continuidad de estas Administraciones prestacionales, preservándolas de una completa privatización sustancial (48).

(45) SSTC 11 y 26/1981. Los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y de conflicto colectivo —artículos 28.2 y 37.2— son distintos a los también llamados esenciales del artículo 128.2 CE. Estos servicios, que nacen como límites al derecho de huelga y a adoptar medidas de conflicto colectivo, exigen el mantenimiento de unos servicios mínimos que no tienen que ser desarrollados necesariamente por los poderes públicos, aunque existe la obligación del Estado de asegurar subsidiariamente el funcionamiento de estos servicios o de prestarlos —artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que no ha sido declarado inconstitucional por la STC 11/1981, de 8 de abril—.

(46) Cfr. R. GÓMEZ FERRER: «El régimen general de los centros privados de enseñanza», *RAP*, núm. 70, 1973, págs. 377 y sigs.

(47) Así, el inciso final del artículo 41 CE afirma que «la asistencia y prestaciones complementarias [a la Seguridad Social] serán libres». Igualmente, el artículo 27.7 CE reconoce «la libertad de creación de centros docentes». De esta manera, no sólo es legítimo constitucionalmente el ejercicio libre de estas actividades por los particulares, sino que está prohibida su publicación —la declaración de servicio público en sentido subjetivo—. Sin embargo, Alvarez Conde sostiene que la enseñanza es un servicio público y los centros privados tienen el carácter de concesionarios de una actividad que es de titularidad estatal. Cfr. E. ALVAREZ CONDE: *Curso de Derecho Constitucional*, I, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 431.

(48) Cfr. A. TRONCOSO: *Op. cit.*, págs. 277-282. Podríamos hablar así de dos garantías institucionales. Igualmente, la Constitución prevé la existencia de medios públicos de comunicación —art. 20.3—, por lo que se puede hablar también en este caso de una garantía institucional de una

En todo caso, para que se pueda hablar de servicio público objetivo tiene que haber una actividad prestacional de los poderes públicos en aras del interés general. Esta noción amplia de servicio público, además de tener una compleja ubicación constitucional, tiene que diferenciarse de otras actividades de la Administración y, en especial, de la iniciativa empresarial pública, cuestión que abordaremos a continuación.

3. *Servicio público objetivo y actividad empresarial de la Administración. Ubicación constitucional*

El principal problema que plantea una noción amplia de servicio público —el servicio público objetivo o material— es que no se diferencia claramente de la actividad económica de la Administración en competencia con los particulares. Esta dificultad es especialmente grave para aquéllos que, como Muñoz Machado, consideran que el concepto de servicio público del artículo 128.2 CE segundo párrafo es una mera habilitación para la actividad empresarial de la Administración. Esta conclusión dejaría vacía la previsión del primer párrafo del mismo precepto constitucional que autoriza abiertamente y sin condicionamiento alguno la iniciativa pública en la actividad económica (49). La doctrina, como hemos señalado anteriormente, ha afirmado tradicionalmente que aquí no hay en rigor prestación de un servicio al público sino dación de bienes (50). Si se afirma que la declaración de servicio público es una habilitación para que los poderes públicos participen en la actividad económica en aras de la satisfacción de los intereses generales, esta categoría del servicio público no se distingue en nada de la actividad empresarial del Estado, a menos que se mantenga que esta última no pretende la consecución de intereses públicos (51).

Administración prestacional que garantiza el derecho de todos a la información —servicio público objetivo—. No obstante, en este caso, por voluntad del legislador la actividad de radiodifusión se ha configurado como servicio público subjetivo —*infra*, nota 126—.

(49) Esto lo pone en evidencia G. Fernández Ferreres en su recensión a la obra de Muñoz-Machado. Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES: «Servicio público y mercado», *REDC*, núm. 53, 1998, pág. 351.

(50) La distinción entre la actividad de servicio público y la actividad de dación de bienes al mercado se puede ver en J. L. VILLAR PALASÍ: *Loc. cit.* Cfr. más ampliamente para este apartado A. TRONCOSO: *Op. cit.*

(51) Según esa versión, el artículo 128.2 CE contendría tres actividades: la de reserva —servicio público subjetivo—, y la de iniciativa empresarial de interés público —servicio público objetivo—, que se encontrarían en el segundo párrafo, y la actividad empresarial pública de interés particular, que estaría en el primer párrafo. Otra posibilidad sería que en el primer párrafo del artículo 128.2 CE se encontraran tanto los servicios públicos objetivos —la iniciativa de interés general— como la iniciativa empresarial pública —de interés particular—, dejando el segundo párrafo sólo para los servicios públicos subjetivos. Estos planteamientos no son válidos, por lo que se dirá en texto.

Y, sin embargo, como hemos afirmado en alguna ocasión, la actuación empresarial de la Administración debe estar justificada por la búsqueda del interés público —del interés general del artículo 103.1 CE— (52). En caso contrario ¿qué sentido tendría la iniciativa empresarial de la Administración? El Estado está mucho más vinculado a los derechos fundamentales que los particulares y no puede pretender otra cosa que no sea la satisfacción de los intereses públicos y la defensa de los derechos fundamentales. El interés que debe perseguir la empresa pública no es el suyo particular —no es el enriquecimiento privado, el interés por obtener beneficios—, sino el interés general, el interés de la sociedad (53). Así, como señalaba gráficamente Haverkate, «el rótulo que debería estar a la entrada de toda Sociedad Anónima del sector público rezaría: *aquí se busca alcanzar en primera línea fines públicos*» (54). Esto no obsta para reconocer que no existe una noción concreta de «interés público», sino que éste es un valor o un principio, no una regla, lo que otorga un amplio margen de discrecionalidad política a la Administración.

Las dificultades operativas de la noción amplia de servicio público son semejantes a las que presenta la definición del concepto de Administración pública desde una perspectiva material. Esta línea de pensamiento —iniciada por Gallego Anabitarte y continuada por Menéndez Rexach— pretende reformar la noción de Administración pública, dando primacía al criterio teleológico-material sobre el orgánico-subjetivo, incluyendo dentro de ésta a las actividades materialmente administrativas bajo formas de Derecho privado. De esta manera, se establece una división dentro de las actividades de la Administración en régimen jurídico privado, entre actividades públicas o estatales —como la de servicio público— y actividades privadas —como la actividad empresarial de la Administración—.

(52) Así, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 10 de octubre de 1989 —FJ. 3.º (Ar. 7352)—, entendió que «[m]ientras los particulares pueden crear empresas con plena libertad de criterios, sin más condición de la que sus fines sean lícitos —artículo 38 CE—, todas las actuaciones de la Administración Pública deben responder al interés público —artículo 103.1 CE—, tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales».

(53) Cfr. J. PIETZCKER: «Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge», *AöR*, núm. 107, 1982, pág. 11. En este sentido, Püttner establecía una diferencia esencial entre la actividad comercial de las cajas de ahorros y la de los bancos privados. Cfr. G. PÜTTNER: «Kommentar VerfGH NW 17/85 (del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia) 15 de septiembre de 1986», *DVBl*, 1 de diciembre de 1986, pág. 1198.

(54) Cfr. G. HAVERKATE: «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», *VVDStRL*, núm. 46, 1988, págs. 226-229, 292 y 316. En una posición semejante, cfr. D. EHLERS: *Verwaltung in Privatrechtsform*, Duncker & Humblot, Berlín, 1984, pág. 97, y K. A. SCHACHTSCHNEIDER: «Diskussionsbeitrag» a la ponencia de HAVERKATE, *cit.*, págs. 304-305.

Esta pretensión de establecer una diferenciación se encuentra también en un sector de la doctrina alemana, que ha subdividido a la Administración que actúa en régimen jurídico privado en dos grupos, en atención a cuáles sean las tareas o fines que ésta persigue en cada caso: si presta servicios públicos o cumple directamente tareas a ella asignadas, se habla de actividad de Derecho privado administrativo; en caso contrario, se califica como actividad fiscal (55). La actividad fiscal de la Administración será aquélla que utiliza el Derecho privado para desarrollar una actividad que no tiene lugar en cumplimiento de tareas públicas y por lo tanto que no se puede clasificar como actuación administrativa material. Dentro de la actividad fiscal entrarían la actividad empresarial y la actividad instrumental de suministro, aunque esta última, no tan claramente. La actividad de Derecho privado administrativo es la actividad de cumplimiento directo de tareas públicas o de una función administrativa —*öffentliche Aufgabe*— que se desarrolla en régimen jurídico privado. El ejemplo más claro es la prestación de un servicio público.

El problema en ambos casos, tras el abandono de la noción subjetiva del servicio público —que identificaba éste con aquellas actividades cuya titularidad exclusiva le corresponde al Estado—, se encuentra en determinar cuándo estamos ante el cumplimiento directo de tareas públicas y, por tanto, ante una actividad materialmente administrativa bajo formas jurídicas privadas (56). La noción objetiva de servicio público, que incluye dentro de éste a aquellas actividades de interés general que prestan las empresas públicas aunque no exista reserva de la

(55) Cfr. H. MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10.^a ed. C. H. Beck, Munich, 1995, págs. 38-41; D. EHLERS: «Rechtstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts», en *DVBl*, núm. 98, 1983, pág. 423; K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, II, C. H. Beck, Munich, 1980, págs. 744-747; H. KLEIN: *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1968, págs. 168-169; F. SCHNAPP: *Kommentar Art. 20*, en PH. KUNIG (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 4., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Munich, 1992, tomo 1, pág. 1058; J. BURMEISTER: «Der Begriff des "Fiskus" in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik», *DÖV*, núm. 28, 1975, págs. 695-698 y 701; F. OSSENBÜHL: «Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht», en *DÖV*, núm. 24, 1971, pág. 520; V. EMMERICH: «Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand -BGHZ, 52, 325 und BGH, Betr. 1969, 1971», *JuS*, núm. 10, 1970, pág. 338; H. D. JARASS: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Alfred Menzer Verlag, Frankfurt am Main, 1980, págs. 136-137. Entre nosotros, cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, y J. BARNES: «Introducción a la doctrina alemana del Derecho Privado Administrativo», en AA.VV.: *Administración Instrumental*, Civitas, Madrid, vol. I, págs. 229-238.

(56) Para Luciano Parejo, la concepción material de la Administración pública es una traslación del esfuerzo doctrinal alemán por construir un Derecho privado administrativo y presenta las mismas deficiencias. Cfr. L. PAREJO: *Eficacia*, cit., pág. 28.

titularidad al Estado, lleva en su raíz el germen de la difícil acotación de qué actividades constituyen auténticos servicios al público. El interés general o la satisfacción de las necesidades vitales son criterios subjetivos, siempre dudosos y necesariamente cambiantes, que deben ser especificados en cada caso por el Legislador. Le corresponde a éste establecer qué actividades de los poderes públicos, por su naturaleza de interés general, van a ser consideradas servicios públicos objetivos, aunque no está claro que efectos tendrá esta consideración más allá de que sea un ámbito material sometido a una mayor regulación (57).

Por consiguiente, la determinación de qué actividades son servicios públicos en sentido objetivo o amplio —la utilización del criterio del fin público y del cumplimiento de tareas públicas— es algo problemático bajo todos los puntos de vista, por lo que la diferencia entre la actividad de servicio público y la actividad empresarial de la Administración se hace difícil de trazar (58). Como ha señalado Emmerich, «[t]ampoco sirve de mucho para concretar el concepto de tarea pública tomar el punto de vista del *fin público* [...], y no sirve de mucho porque ya, de entrada, el Estado no puede ni debe perseguir otros fines que fines públicos» (59). Esto mismo puede argumentarse frente a quienes —desde una perspectiva material— pretenden sustentar un concepto de Administración a partir de unas funciones típicas (60). El hecho de que las distintas

(57) Malaret afirma que la idea clave para hablar de servicio público es que se trate de una actividad que la Administración respectiva asume como propia. Esta concepción subjetivista y amplia del servicio público llega a admitir incluso la existencia de servicios públicos aunque no exista como tal una declaración formal y explícita. Se habla así de «presunción de servicio público» o de la aplicación de una teoría de los indicios en caso de silencio por parte de la norma. Cfr. E. MALARET: *Ibidem*, pág. 62. No obstante, esta posición es difícilmente compatible con la jurisprudencia comunitaria que exige que la declaración de un servicio público objetivo sea expresa a través de un acto de autoridad —*infra*, nota 77—.

(58) Cfr. K. LÖW: «Fiskalgeltung der Grundrechte?», *DÖV*, núm. 16, año 10, 1957, pág. 880; K. ZEIDLER: «Schranken nichtoheitlicher Verwaltung», *VVDStRL* núm. 19, 1961, págs. 301-302; J. PIETZCKER: *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, Tübinga, Mohr, 1978, pág. 366. En la doctrina española, Parejo ha resaltado las dificultades que tiene la doctrina del Derecho privado administrativo para especificar qué actividades están sometidas a este régimen. Cfr. L. PAREJO: *Eficacia*, cit., págs. 76-77.

(59) Cfr. V. EMMERICH: «Die Fiskalgeltung der Grundrechte», cit., pág. 335. Igualmente, para Pietzcker, «[h]ay razones de peso a favor de la tesis de que el Estado siempre que se dedica legítimamente a una tarea está cumpliendo una tarea pública, y parece dudoso que el cumplimiento mismo de tareas, no sólo derechos y deberes, pueda ponerse en una situación tal que de cara a determinados afectados no se esté ante algún tipo de cumplimiento público «directo» de tareas». Cfr. J. PIETZCKER: *Der Staatsauftrag*, cit., pág. 366.

(60) Afirma García de Enterría que «la Administración pública no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material [...]. Para el Derecho Administrativo, la Administración pública es una persona jurídica. Este de la personificación es el único factor que

actividades que desarrolla la Administración le vengan dadas políticamente pone de manifiesto que el criterio material de la función administrativa no tiene sustantividad propia, ya que la Administración cumple una pluralidad de funciones muy diversas (61). Realmente, las únicas funciones típicamente —materialmente— administrativas son las que constituyen la reserva constitucional de Administración pública y no pueden ser cercenadas por el Legislador. Estas funciones, entre las que se encontrarían la actividad de dirección política, la de policía y la de fomento, son funciones públicas soberanas, prestadas *uti universi*, que deben ser obligatoriamente ejercidas por la Administración en régimen de Derecho público (62).

El difícil deslinde entre actividad de servicio público en sentido objetivo e iniciativa empresarial de la Administración afecta principalmente a aquéllos que sostienen que las empresas públicas sólo están vinculadas a los derechos fundamentales cuando prestan un servicio público. La noción objetiva de servicio público —como la concepción material de Administración pública o la doctrina del Derecho privado administrativo— tratan, sin duda, de ampliar la vinculación a los derechos fundamentales cuando la Administración actúa bajo forma o en régimen jurídico privado, aportando alguna solución al problema de la huida del Derecho administrativo, ya que la noción subjetiva de servicio público —la exigencia de *publicatio* de la actividad— limitaría en exceso el número de empresas públicas vinculadas a la Constitución. No obstante, la imposible distinción entre la noción objetiva de servicio público y la actividad empresarial de la Administración es un argumento más para respaldar la vinculación plena a los derechos fundamentales de toda la actividad pública y privada de la Administración.

4. Conclusiones parciales

De lo dicho hasta ahora se pueden extraer las siguientes reflexiones:
No existe una noción clara de servicio público ni con anterioridad a la

permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones y por él se hace posible el Derecho administrativo». Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, vol. I, págs. 25-27, y vol. II, pág. 562. En cambio, para López Guerra o Gallego Anabitarte, la personalidad jurídica le corresponde a cada una de las Administraciones —Estado, Municipio...—. Cfr. L. LÓPEZ GUERRA: «Sobre la personalidad jurídica del Estado», *RDP*, núm. 6, 1980, págs. 17-35, y A. GALLEGO ANABITARTE: *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992.

(61) Cfr. K. STERN: *Das Staatsrecht*, II, cit., págs. 743-746.

(62) La actividad de servicio público —como la de suministro— no es una actividad típicamente administrativa, y por ello puede ser desarrollada, bien a través del Derecho administrativo tradicional, bien a través del Derecho privado.

Constitución ni a partir de ésta. El servicio público es un concepto que no tenía un significado unánime en la tradición doctrinal. Todos los autores de uno y otro signo han convenido en afirmar que el servicio público es una categoría dudosa. Así, hay tantos conceptos de servicio público como tratadistas han escrito sobre él (63). «Como el Matías Pascal de Pirandello, [señalaba tempranamente Villar Palasí], el servicio público, una de las pocas cosas, tal vez la única, que sabe de sí mismo es que se llama servicio público» (64). De esta manera, había actividades que la propia doctrina discutía si tenían o no el carácter de servicio público, como es el caso de la producción, transporte y distribución de la electricidad.

La Constitución Española de 1978 se mantiene ajena a la noción de servicio público, que no es empleada con contenido sustancial dentro de ella, a pesar de existir en nuestra cultura jurídica (65). Si bien la Constitución ha asumido principios administrativos, se observa claramente que en este caso nuestra Norma Suprema no ha sido una continuación del Derecho administrativo preconstitucional. Ya hemos comentado como no tiene sentido interpretar la Constitución a partir de categorías administrativas preconstitucionales, ya que la Constitución admite o pone en entredicho estas categorías administrativas. El servicio público tiene una configuración principalmente académica, siendo su naturaleza constitucional muy discutible.

No obstante, parece que la noción de servicio público que más claramente menciona la Constitución es la noción estricta que hace referencia a unos servicios cuya titularidad se reserva en exclusiva a los poderes públicos, incluso en régimen de monopolio. Esta noción subjetiva aparece en el artículo 128.2

(63) Cfr. J. M. DE LA CUÉTARA: «Perspectivas». *El nuevo servicio público*, cit., págs. 62-63. S. MUÑOZ MACHADO señala que no existe una noción unitaria de servicio público con validez universal, *op. cit.*, 112-123. J. L. MEILÁN ha hablado de la multivocidad de la expresión y lo ha calificado como un instrumento maleable, *loc. cit.*, pág. 76. E. MALARET señala que la noción de servicio público es polisémica, compleja, polivalente, difícil de asir, *loc. cit.*, pág. 58. Cfr. sobre la cuestión recientemente F. GARRIDO FALLA: «El concepto de servicio público en Derecho español», *RAP*, núm. 135, 1994, págs. 7-36; P. SALVADOR CODERCH, M. R. LLOVERAS I FERRER y J. C. SEUBA I TORREBLANCA: «Del Servicio público al servicio a la comunidad», *RAP*, núm. 136, 1995, págs. 69-117; L. MARTÍN REBOLLO: «De nuevo sobre el servicio público. Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, núm. 100-102, vol. III, 2471-2542.

(64) J. L. VILLAR PALASÍ: «Prólogo» a J. L. MEILÁN GIL: *La cláusula de progreso en los servicios público*, IEA, Madrid, 1968.

(65) En ningún caso se puede afirmar que los servicios públicos se configuran constitucionalmente como una garantía institucional, ya que ésta presupone evidentemente la existencia de una institución —*Einrichtung*—, es decir, de un establecimiento —de una organización—, lo que no ocurre en este caso. El servicio público es, esencialmente, un concepto constitucional, que no tendría, como ya hemos señalado, contenido esencial.

segundo párrafo y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional. El legislador, como veremos también más adelante, ha empleado la terminología del servicio público para referirse a una actividad declarada de titularidad pública y prestada por los poderes públicos bien directamente o bien a través de particulares concesionarios. Así, se puede afirmar la prevalencia del concepto estricto de servicio público.

La noción objetiva de servicio público no sólo no está presente en nuestra Constitución, sino que es todavía más ajena a ésta que los servicios públicos en sentido estricto. La Constitución sí recoge algunas Administraciones prestacionales como garantías institucionales, como es el caso de la Seguridad Social y de los centros educativos públicos. Se podría, de esta manera, intentar configurar una noción amplia de servicio público que albergase a la actividad de los poderes públicos de prestación de un servicio de interés general; así, la actividad educativa y sanitaria serían ejemplos de servicios públicos objetivos. En todo caso, hay que afirmar que estos servicios públicos objetivos tienen imprecisos contornos jurídicos, especialmente para distinguirlos de la actividad empresarial pública, ya que toda la actividad pública está encaminada al interés general. En realidad, el interés general es el denominador común, no sólo del servicio público, sino de todo el Derecho administrativo. No obstante, se podría afirmar que estos servicios públicos objetivos se caracterizan —y se diferencian de la actividad empresarial pública— porque están sometidos a una mayor regulación que asegure la realización de esta actividad que se considera de interés general y que establece una relación jurídico-pública con sus destinatarios (Insalud-paciente) y no jurídico-privada (Argentaria hasta hace poco-cliente). Por tanto, es el propio Derecho positivo el que diferencia los servicios públicos objetivos de la actividad empresarial de la Administración. Para que haya servicio público objetivo, tiene que haber, en todo caso, *actividad* prestacional de los poderes públicos que se oriente a la satisfacción de derechos fundamentales.

En cualquier caso, el común denominador de ambos conceptos de servicio público es la prevalencia de lo público sobre lo privado. Es decir, el servicio público es, o bien una actividad de titularidad exclusiva de la Administración que ésta desarrolla a través de una empresa pública o de particulares concesionarios, o bien una actividad de prestación de un servicio de interés general por los poderes públicos.

Recientemente se está intentando configurar por la doctrina un concepto de servicio público objetivo que haga referencia a la actividad de los particulares considerada de interés general, como sería el caso de la actividad educativa de los centros privados o de la actividad sanitaria privada. Esta nueva noción de servicio público parece que pretende abarcar tanto la propia actividad de los

particulares, como la actividad ya no prestacional sino garantizadora del servicio que le corresponde desarrollar ahora a la Administración (66). No es difícil descubrir que esta nueva noción de servicio público objetivo referida a las actividades de los particulares no se encuentra en Duguit —en los autores clásicos— sino que ha sido una reelaboración posterior del viejo concepto de servicio público para adaptarlo a la categoría comunitaria de servicio de interés económico general —artículo 86.2 TCE, antiguo artículo 90.2—. Esta será la cuestión que abordaremos críticamente a continuación.

III. LA APARICIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL O CÓMO EL DERECHO ADMINISTRATIVO PASA

El concepto de servicio público se encuentra en la actualidad sujeto a un proceso de profunda revisión, debido a las transformaciones que se están produciendo en la realidad económica y social que trata de explicar. El servicio público es difícilmente compatible con los principios económicos que aplican los gobiernos occidentales, tanto conservadores como progresistas (67). Las doctrinas más estatistas, que demandaban una presencia directa de los poderes públicos en la economía, han sido progresivamente sustituidas por el predominio de políticas privatizadoras, que pretenden la reducción del Estado y la desaparición de servicios públicos tradicionales. Los sistemas públicos de organización de prestaciones económicas y sociales son considerados incompatibles con la competencia y con el funcionamiento correcto de los mercados. La última década es un período histórico caracterizado por la globalización de la economía, que exige mercados cada vez más abiertos y competitivos, y por el predominio de las ideologías liberales, que al igual que la ola de nacionalizaciones de antaño, provienen del mundo anglosajón.

(66) Cfr. E. MALARET: *Loc. cit.*

(67) El Primer Ministro británico Tony Blair ha señalado recientemente: «I certainly believe that where there is no overriding reason for preferring the public provision of goods and services, particularly where those services operate in a commercial market, then the presumption should be that economic activity is best left to the private sector, with market forces being fully encouraged to operate». Cfr. T. BLAIR: «Speech at the Corn Exchange 7-IV-97», en I. DALE: *The Blair necessities*, Robson Books, Londres, 1997, pág. 54. Igualmente, F. Hollande, Primer Secretario del Partido Socialista francés, ha afirmado que «si el Estado ha de hacerlo todo, morirá». Cfr. *El País* (Ed. Madrid), 18 de febrero de 1998, pág. 6. Entre nosotros, F. VALLESPÍN, en su «Elogio del socialismo ligero», *El País*, 5 de marzo de 1999, ha insistido en la necesaria des-demonización del mercado y en la correlativa reinterpretación de las funciones y posibilidades del Estado actual, asumiendo un socialismo de valores que defienda un Estado activador, pero no prestador de servicios.

Son muchos los factores que han originado estos cambios. La desaparición de los servicios públicos es consecuencia, por una parte, de un fortalecimiento de las libertades individuales. Los servicios públicos han estado lejos de ser un límite a los poderes públicos y un elemento antiautoritario. Al contrario, han sido una justificación para la expansión del Estado sobre la sociedad, con el añadido de que los Tribunales no han sido capaces de garantizar habitualmente el respeto a los derechos fundamentales en la actividad privada de la Administración. Por otra parte, los avances técnicos han hecho innecesarios muchos servicios públicos basados en un supuesto dominio público limitado. El sector de las telecomunicaciones es un ejemplo del denominado monopolio natural, hoy ya desaparecido (68). Por último, muchos servicios públicos no son sinónimo de eficacia, de control del gasto o de calidad de la prestación, sino, en ocasiones, de todo lo contrario. El Parlamento o sus comisionados no han sido capaces de supervisar la eficacia social del gasto. Realmente, la crisis del servicio público no proviene tanto de un compromiso con ideologías liberales o de una reconsideración al alza de las libertades económicas individuales, sino más bien de la aceptación fáctica de que los servicios y empresas públicas no funcionan adecuadamente. Cobra cada vez más peso la idea de que la competencia y el mercado son instrumentos más adecuados para la satisfacción de las necesidades sociales, sin que esto suponga la desaparición de la acción del Estado. Se pone, de esta manera, en entredicho tanto la técnica del servicio público como la ideología que lo sustenta (69).

1. *La noción comunitaria de servicio de interés económico general*

El hecho que más ha puesto en tela de juicio entre nosotros la técnica del servicio público —y la ideología que subyace en ella— es la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986. Los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ya llevaban, como afirma gráficamente Tomás Ramón Fernández, «el germen de la nueva era». Si bien no hay que soslayar la importancia de las políticas sociales y de cohesión dentro de los Presupuestos Comu-

(68) La quiebra de este monopolio natural es mencionada en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones —LGT—.

(69) Cfr. A. TRONCOSO: *Op. cit.*, págs. 54-60 y 76-104. Una crítica temprana a la actividad positiva del Estado se puede ver en G. HUMBOLDT: *Saggio sui limiti dell' attività dello Stato*, Giuffrè, Milán, 1965, págs. 15-37. Un reciente estudio sobre los cambios que se están produciendo en las funciones del Estado y en la relación entre éste y la sociedad se puede ver en G. ARIÑO (con la colaboración de J. M. DE LA CUÉTARA y L. LÓPEZ DE CASTRO): *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, especialmente la prelección.

nitarios, el origen del abandono de la intervención pública en la economía, junto con la influencia anglosajona ya mencionada, está en los Tratados Comunitarios, incluido el primer Tratado de Roma. La Comunidad Europea se ha construido sobre «el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia» (70), y sobre la libre circulación de mercancías, trabajadores, empresas y capitales (71), lo que es difícilmente compatible con los servicios públicos subjetivos —con las actividades económicas de titularidad pública— de los Estados miembros. Si bien el artículo 295 TCE —antiguo artículo 222— establece un principio de neutralidad en relación con el régimen de propiedad de las empresas —público o privado— lo que admite la iniciativa empresarial pública, no es menos cierto que muchos preceptos de los Tratados están destinados a tratar de evitar que las empresas públicas tiendan a restringir o a falsear el juego de la competencia y abusen de su posición dominante en los mercados (72).

Los Tratados Comunitarios han influido decididamente en los modelos económicos nacionales, especialmente en aquellos que entendían que cabía en un régimen constitucional que proclamaba la economía de mercado la existencia de empresas públicas que vivieran de subvenciones estatales o los monopolios nacionales de carácter comercial. Como señala Tomás Ramón Fernández, «[n]o hay, pues, ningún espacio específico propio para las empresas públicas en el marco de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Maastrich» (73). En fin, la Administración comunitaria no interviene directamente en la economía, ni se reserva recursos o servicios esenciales; al contrario, la Comisión y el Tribunal de Justicia actúan con el fin de mejorar la concurrencia de las empresas, ya que consideran el sistema de mercado como el mejor instrumento para la asignación de recursos (74).

(70) Artículos 2 y 98 —antiguo artículo 102 A— del TCE.

(71) Artículos 23-31 —antiguos artículos 9-37 y artículos 39-69, antiguos arts. 48-73, del TCE.

(72) Artículos 81-89 TCE, antiguos artículos 85-94.

(73) T. R. Fernández resalta que el impacto del TUE en el plano ideológico ha sido mucho más fuerte que en plano monetario. Así, para este autor, el TUE «barre» con la empresa pública, con la existencia de un sector público fuerte y con la intervención pública en la economía. Así, T. R. Fernández recuerda que la expresión servicio público no figura en el Tratado. Para este autor, el TUE «nos ha hecho liberales de un golpe, nos guste o no, a todos los ciudadanos europeos, aunque permita a cada uno conservar las viejas etiquetas políticas con las que pueda sentirse encariñado». Cfr. T. R. FERNÁNDEZ: «Empresa pública y servicio público: el final de una época», REDA, núm. 89, 1996, págs. 41-44 y 46-47.

(74) Cfr. R. ALONSO GARCÍA: *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, págs. 11-12; G. ISAAC: *Manual de Derecho Comunitario General*, 3.ª ed., Ariel, Barcelona, 1995, págs. 17 y 29; E. LINDE y otros: *Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 35 y 65-67.

El Tratado de la Comunidad Europea no reconoce expresamente los servicios públicos sino que hace referencia a éstos en el Título V, Capítulo I, dentro del Derecho de la Competencia. Así, el artículo 86.2 TCE —antiguo artículo 90.2— afirma que «[l]as 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 la 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 confiada» (75). En el primer número de este artículo se afirma que «[l]os Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81-89 TCE —antiguos 12 y 85-94—, ambos inclusive», por lo que se exige la plena vigencia del principio de igualdad y de los preceptos relativos al Derecho de la Competencia.

Los servicios públicos aparecen indirectamente mencionados en el artículo 86 TCE como empresas que gestionan monopolios fiscales y servicios de interés económico general. La Comunidad no asume el concepto tradicional de servicio público e introduce la expresión de servicios de interés económico general. Estos servicios, como vamos a ver, tienen unos rasgos característicos que los diferencian tanto de los servicios públicos subjetivos como de los servicios públicos objetivos.

a) *El ejercicio en régimen de competencia*

Los servicios de interés económico general se caracterizan porque se desarrollan ordinariamente en régimen de mercado, respetando el Derecho de la competencia. Los servicios de interés económico general se diferencian, por tanto, de los servicios públicos subjetivos en que la actividad no es exclusiva de los poderes públicos —no es de titularidad pública— sino que ésta puede ser ejercida libremente por los particulares. Dicho de otro modo, los servicios de interés económico general, a diferencia de los servicios públicos subjetivos, conviven con las libertades económicas y se pueden ejercer en régimen de competencia, lo que representa el abandono del concepto de reserva. Se habla así de un nuevo servicio público o de servicio público competitivo.

Así, el artículo 86 TCE —antiguo artículo 90— prevé que la regla general es que estos servicios de interés económico general se sometan al Derecho de

(75) El TJCE ha reconocido eficacia directa al artículo 90.2 —Asunto Pigs Marketing 83/1978, de 29 de noviembre, y Asunto Ahmed Saaed, 66/1986, de 11 de abril—.

la Competencia. Sólo cuando la aplicación de estas normas a las empresas que prestan servicios de interés económico general impida de hecho o de derecho el cumplimiento de esta misión de interés general estarán excluidas de la competencia. Es decir, los límites al Derecho de la competencia sólo son posibles: uno, en aquellas actividades consideradas de servicio de interés general —lo que no se extiende a las auxiliares—, y dos, cuando la competencia impida de hecho o de derecho el desarrollo normal este servicio (76). Ni la Comisión ni el Tribunal de Justicia han sido generosos en la interpretación de la cláusula de excepción del artículo 90.2, ni para el reconocimiento de que una actividad es un servicio económico de interés general, ni para la consideración de que las normas de la competencia impiden el cumplimiento de su misión específica. Muy al contrario, «su rigor ha sido extremado» (77).

Lo habitual es, por tanto, que las necesidades más básicas —consideradas servicios de interés económico general— se satisfagan a través del régimen comercial ordinario. Así, actividades esenciales que aparentemente tenían vocación de monopolios son ahora cubiertas por particulares en régimen de competencia (78).

(76) Ariño es aún más restrictivo, transformando, a nuestro juicio indebidamente, la «dificultad» de hecho o de derecho por la «imposibilidad» de que se preste el servicio de interés general en régimen de competencia. Cfr. G. ARIÑO: «Significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico», en *El nuevo servicio público*, cit., págs 25-49, esp. pág. 35. Para Ariño, los Estados, a partir del TUE no son totalmente libres de configurar servicios públicos bajo su titularidad exclusiva porque «para la Comunidad, los servicios públicos son simplemente excepciones a la política de la competencia y a la libertad de prestación de servicios». Cfr. G. ARIÑO: *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, pág. 241. Para Malaret, el artículo 90.2 reconoce «la prevalencia del interés general sobre las reglas de la competencia» para después afirmar que esta prevalencia del interés general «se configura como excepción, como derogación». Cfr. E. MALARET: *Loc. cit.*, pág. 83.

(77) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ: *Loc. cit.*, pág. 43. Cfr. en idénticos términos T. DE LA QUADRA *supra*, nota 13. Cuétara habla de un principio «pro concurrencia» o de subsidiariedad, derivado del carácter excepcional de los servicios de interés económico general a partir de los Tratados comunitarios. Cfr. J. M. DE LA CUÉTARA: «Perspectivas», *loc. cit.*, pág. 79. La declaración de servicio público debe de ser expresa y debe darse a través de un acto de autoridad —STJCE, de 21 de marzo de 1974—, que permita, en su caso, el privilegio de estar exento de las reglas de la competencia. La posibilidad que abre el artículo 86.2 TCE (antiguo art. 90.2) —la noción de «interés económico general»— debe interpretarse restrictivamente —STJCE, de 10 de diciembre de 1991—, ya que representa una contradicción entre los intereses de la Comunidad, que preferiría la aplicación universal de las reglas de la competencia y del mercado común, y los intereses nacionales. Por eso, hay que entrar a analizar en cada caso en que medida la restricción o exclusión de la competencia es necesaria para el cumplimiento de la misión de interés general.

(78) El abastecimiento de pan es un buen ejemplo de un servicio de interés económico general que, siendo básico, se desarrolla en régimen de competencia. No obstante, en el origen del abandono de una actividad por parte de los poderes públicos está presente siempre la incertidumbre de si esa actividad social pueda ser prestada correctamente por los particulares. Así, las com-

El Derecho Comunitario y los servicios de interés económico general representan sin duda una devolución a la sociedad de la capacidad de asegurar la satisfacción de necesidades vitales, que habían sido desarrolladas progresivamente por el Estado desde la Revolución Francesa en sustitución de las corporaciones gremiales, pero que en la actualidad pueden ser desempeñadas eficazmente a través de empresas privadas (79).

Sin embargo, Muñoz Machado mantiene que el Derecho Comunitario asume el concepto tradicional de servicio público y no supone una transformación radical de su régimen jurídico, ya que los servicios de interés económico general pueden ser desarrollados en régimen de monopolio. Este autor apunta que las empresas gestoras de servicios públicos disfrutaban de un régimen privilegiado no sometido a la competencia siempre que esto sea imprescindible para el cumplimiento de la actividad de interés general. Es decir, que el Derecho comunitario no obliga a suprimir todos los servicios públicos (80). Para Muñoz Machado, el Derecho Comunitario asume la ideología del servicio público en la medida en que recoge los principios constitucionales de los Estados Europeos que hacían compatible el servicio público con el mercado libre.

pañías de seguros estatales duraron mientras existieron deficiencias en el mercado. En la actualidad, la necesidad vital de una actividad aseguradora se satisface con la competencia entre aseguradoras privadas y con la actividad de policía del Estado. No obstante, hay autores que justifican el mantenimiento de estos servicios públicos en virtud de las garantías preventivas del Estado de Derecho, doctrina que es claramente incompatible con el Derecho comunitario. Cfr. W. DÄUBLER: *Privatisierung als Rechtsproblem*, Luchterhand, Berlín, 1981, págs. 79-82, y R. HOFMANN: «Privatisierung kommunaler Aufgaben», *VBIBW*, 1994, pág. 124. Cfr. más ampliamente A. TRONCOSO: *Op. cit.*, págs. 293-294 y 296-304.

(79) Cfr. G. ARIÑO: *Ult. op. cit.*, págs. 19-22.

(80) Así, citando un Documento de la Comisión titulado «Los servicios de interés general en Europa» —apdo. 18.º— afirma que las condiciones de competencia del artículo 86 TCE —antiguo artículo 90— no se aplicarán a los sistemas de protección social o de escolaridad obligatoria. Así, en el Asunto *Poucet y Pistre*, de 17 de febrero de 1993, relacionado con el pago obligatorio de cotizaciones a la Seguridad Social, el Tribunal recuerda que la Seguridad Social no es una empresa pública, ya que no desarrolla una actividad económica sino una función de carácter exclusivamente social, que se basa en un principio de solidaridad nacional —que afecta a la financiación del sistema de seguros de enfermedad y vejez—, por lo que se excluye la aplicación de las reglas de la competencia. Se mantiene, así, la vigencia de la STJCE, de 7 de febrero de 1984, donde se afirma que «el Derecho Comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social». Cfr. S. MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, 164-167. Esto también lo fundamenta en el principio de autonomía institucional —id., «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española», *REDA* núm. 75, 1992, pág. 338—. Chinchilla mantiene que la gestión indirecta a través de concesionarios no es incompatible con los principios generales del Derecho comunitario y es el instrumento idóneo para conciliar la libertad de empresa y el mantenimiento de los servicios públicos. Cfr. C. CHINCHILLA: «Servicio Público ¿crisis o renovación?», *CGPJ*, Madrid, 1997, pág. 97.

No obstante, los ordenamientos jurídicos de los países europeos —como en nuestro caso— no han hecho compatibles los servicios públicos con el mercado libre —en el mismo sector—, sino que han mantenido a la vez actividades declaradas servicios públicos y excluidas de la competencia con actividades en régimen de mercado, lo que, obviamente, no es lo mismo. La regla general ahora es el sometimiento al Derecho de la competencia de las actividades antes consideradas servicios públicos. Estos servicios públicos tradicionales son difícilmente compatibles con los objetivos de la Unión Europea, que pretende que la actividad empresarial se haga respetando el principio de libre competencia y en igualdad de condiciones por todos los sujetos ordinarios del mercado, ajustándose al Derecho común y no a ningún Derecho estatutario de la Administración. Así, un documento interno de la Dirección General de Estudios (División del Mercado Interior) del Parlamento Europeo afirma: «En el contexto de la liberalización, caracterizado por la privatización de numerosas empresas públicas que se experimenta dentro de los Estados miembros, *la noción de servicio público queda cuestionada* (...). Se puede pensar que muchas actividades consideradas tradicionalmente como servicios públicos (porque revelan un interés general) pueden ser dejadas al libre juego del mercado sin interferencia de los poderes públicos» (81). Así, la Comisión no ha justificado la mayoría de los servicios públicos y ha ido dando plazos para abrir a la competencia determinados servicios públicos subjetivos. Prueba de ello es que se ha iniciado en casi todos los países de la Comunidad Europea un proceso de desregulación y privatización del régimen jurídico de actividades calificadas como públicas, que modifica la titularidad de la actividad, que deja de ser estatal para permitir la titularidad de los particulares (82). Esta *depublicatio* —que no *despublicatio*— de una actividad ha sido el paso previo para la privatización sustancial de algunas empresas públicas.

Así, no parece que la realidad legislativa dé la razón a Muñoz Machado. Son muchos los tradicionales servicios públicos que han sido suprimidos por

(81) Apud. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: «Nuevas perspectivas jurídicas respecto de la actuación económica de los poderes públicos», *REALA*, núm. 261, 1994, págs. 86-87, nota 55 y *El Derecho administrativo privado*, cit., págs. 391-552.

(82) La doctrina alemana la califica como privatización material de la actividad —o genuina privatización de tareas— (*Materielle —oder echte Aufgaben- Privatisierung—*). Cfr. R. HOFMANN: «Privatisierung kommunaler Aufgaben», *VBIBW*, 1994, pág. 122; A. KRÖLLS: «Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik», *GewArch*, 6 de abril de 1995, cuaderno 4, pág. 131; F. SCHOCH: «Der Beitrag des Kommunalen Wirtschaftsrecht zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben», *DÖV*, 1993, núm. 46/9, 1993, págs. 377-383, pág. 378, y «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», *DVBt*, núm. 109, 1994, pág. 963; H. LECHER: «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», *BayVBl*, 1994, cuaderno 18, pág. 559.

aplicación de la normativa comunitaria. La terminología de los servicios de interés económico general aparece en sectores nuevos que se abren a la competencia por exigencia del Derecho comunitario. Este es el caso de ámbitos como el transporte marítimo, el aéreo o las telecomunicaciones. La liberalización del transporte marítimo —Ley 27/1992, de 24 de noviembre—, después de las sucesivas prórrogas pedidas por el Gobierno a la Comisión, no es ajena a la ratificación por España del Tratado de Adhesión a las CEE y al Reglamento CEE 3.577/1992, de 12 de diciembre, que establece un régimen de libre prestación de servicios para el transporte marítimo de cabotaje (83). La liberalización del transporte aéreo se inicia a partir del Reglamento CEE 2.408/92, de 23 de julio, que suprime el servicio público y el régimen de concesión administrativa presente en la Ley de Navegación Aérea Española de 1960, y es desarrollado por la Orden Ministerial de 29 de diciembre de 1992. El sector de las telecomunicaciones ha sido despublificado progresivamente a partir de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las Telecomunicaciones, de la Ley 32/1992, de 3 de diciembre, que reforma la anterior, y del Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las Telecomunicaciones, a instancias de distintos Reglamentos y Directivas Comunitarias (84). La Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por satélite no hace otra cosa que adaptarse a lo previsto en el Libro Verde de 1990 de la Comisión Europea, que propugnó la completa liberalización de las comunicaciones por satélite y que se desarrolló a través de la Resolución del Consejo de la CEE de 19 de diciembre de 1991 y de la Directiva 94/46CE de la Comisión. La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que deroga la regulación antes citada, afirma en su Exposición de Motivos que «es importante destacar [...] el cambio profundo de filosofía que sobre la regulación del sector de las telecomunicaciones se recoge en esta Ley que pretende implantar, de forma gradual, *los mecanismos propios de un régimen plenamente liberalizado*». El texto de LGT incorpora los criterios establecidos en las disposiciones comunitarias vigentes o en proyecto (85). Esta Ley señala como objetivo «promover las condiciones de com-

(83) El Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, afirma en su preámbulo que es desarrollo reglamentario de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y del Reglamento Comunitario 3577/1992.

(84) Directiva 88/301 de la Comisión, de 16 de mayo de 1988 y, especialmente, Directiva 90/388, de la Comisión, de 28 de junio de 1990.

(85) Directiva 90/387/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones, mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones; la Directiva 97/51/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la anteriormente citada; la Directiva 96/19/CE, de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva

ptencia entre los operadores de servicios, con respeto al principio de igualdad de oportunidades, mediante la supresión de los derechos exclusivos o especiales» —artículo 3—.

Otro tanto se puede decir del sector de los hidrocarburos, del postal o de la electricidad. La Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, suprime el monopolio de petróleos, afirmando que «las actividades de importación, exportación y de intercambio de crudo de petróleo y productos petrolíferos, su refinado, distribución y venta, transporte y almacenamiento *podrán ser realizados libremente* por quienes cumplan las condiciones y requisitos establecidos en esta Ley y demás disposiciones aplicables» —artículo 2.1— (86). La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos —que deroga la antes citada—, afirma en su Exposición de Motivos que pretende ampliar el campo de actuación de la libre iniciativa empresarial y facilitar la liberalización de los mercados —artículo 2.2—. La Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de *Liberalización* de los Servicios Postales, que está inspirada en la aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 15 de diciembre de 1997, de la Directiva 97/67/CE relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad, despublica una parte importante del sector —que ya lo estaba a través de disposiciones normativas parciales y asistemáticas—, pero mantiene como servicio público el servicio postal básico, que se desarrollará en régimen de reserva en favor del operador —Entidad pública empresarial Correos y Telégrafos— al que se le encomienda la prestación de aquél, con arreglo a un sistema de tarifas —artículo 1 y Disp. Ad. quinta— (87). No obstante, para que quede claro cuál

90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones; la Directiva 97/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y de licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, etc. Cfr. más ampliamente J. M. SOUVIRÓN: *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, Granada, 1999.

(86) Cfr. más ampliamente J. A. GARCÍA DE COCA: *Sector petrolero español: análisis jurídico de la despublicación de un servicio público*, Tecnos, Madrid, 1996, y J. M. SALA ARQUER: *La liberalización del monopolio de petróleos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1995. Recientemente se ha aprobado el Real Decreto-Ley 15/1999, de 1 de octubre, por el que se adoptan medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia en el sector de hidrocarburos.

(87) La Decisión de la Comisión 90/456/CEE, de 1 de agosto de 1990, basándose en los antiguos artículos 86 y 90 —actuales artículos 82 y 86— declaró incompatibles con el Derecho Comunitario distintas disposiciones de los Decretos 1113/1960, de 19 de mayo de 1960, y 1653/1964, de 14 de mayo, que reservaban a un organismo público el servicio de correo rápido internacional de recogida, transporte y distribución de cartas. Recientemente, la Asociación Europea de Correo Urgente —AEEC— y la Organización Europea de Transporte Urgente —EEO—,

es la tendencia, se afirma también que «la relación de servicios reservados será revisada por el Gobierno para adaptarla a las exigencias del proceso liberalizador contenidas en la Directiva 97/67CE, en los plazos que ésta prevé para la armonización del régimen de reserva» —artículo 18.2—. El Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, ha sido un paso más en la despublificación de sectores —por ejemplo, los servicios funerarios— o la facilitación del acceso de terceros a redes de infraestructuras. La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector eléctrico configura «un sistema eléctrico que funcionará bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, en el que la libre iniciativa empresarial adquirirá el protagonismo que le corresponde» —Exposición de Motivos—. La Ley incorpora a nuestro ordenamiento las previsiones contenidas en la Directiva 96/92CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad (88).

Por tanto, no se puede sostener honestamente que el Derecho Comunitario haya mantenido los antiguos servicios públicos. Los servicios de interés económico general se caracterizan porque esta actividad de utilidad pública se desarrolla ordinariamente con sometimiento al Derecho de la competencia. Así, como señala el artículo 1 de la Ley 24/1998, «[l]os servicios postales son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia». Igualmente, el artículo 2 de la Ley 11/1998 afirma que «[l]as telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia» —artículo 2—. En esta misma dirección, el artículo 2 de la Ley 34/1998 reconoce la libre iniciativa empresarial de las actividades del sector de hidrocarburos, a la vez que considera algunas de éstas como actividades de interés económico general —cfr. también artículos 37, 41.2 y 54—. Así, la liberalización que supone el surgimiento de un servicio de interés económico general en lugar del antiguo servicio público implica el paso de un sistema de concesiones administrativas a un sistema de autorizaciones generales y de licencias indivi-

a iniciativa de TNT, DHL, UPS y Federal Express, han presentado ante la Comisión Europea una denuncia contra Correos y Telégrafos —por abuso de posición dominante— y contra España —por la ley postal de 1998—, ya que ésta considera todavía reservados los servicios postales transfronterizos para garantizar el servicio postal universal. Se acusa, además, a la Secretaría General de Comunicaciones de falta de independencia respecto a Correos, ya que el Secretario —Villar Uribarri— es también Presidente de Correos.

(88) Cfr. J. DE LA CRUZ FERRER y EVA PÉREZ FERNÁNDEZ: *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid, 1999; V. LÓPEZ-IBOR MAYOR: «La liberalización del Sector Eléctrico: perspectiva jurídica», *REDA*, núm. 98, 1998, págs. 191-210; J. TRILLO-FIGUEROA y F. P. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996.

duales, que no es sino una modificación impuesta por las directivas comunitarias (89).

No obstante, hay servicios de interés económico general donde el Legislador y la Administración optan por asegurar unas prestaciones básicas, estableciendo unas *obligaciones* de interés general o de servicio universal, que se encomiendan a una de las empresas que desarrolla la actividad. Estas obligaciones de servicio de interés general tratan de hacer compatible la *depublicatio* o liberalización de las actividades con la garantía de unos servicios mínimos, cuando éstos no puedan ser cubiertos adecuadamente por el mercado. Se aseguran, de esta manera, las necesidades de relevancia pública de determinados grupos sociales que carecen en ocasiones de los medios económicos para retribuir el servicio que reciben.

El Derecho comunitario autoriza a los Estado miembros a establecer estas obligaciones de servicio de interés general a determinadas empresas o a una empresa en concreto. No obstante, en coherencia con los principios generales del Derecho Comunitario y con el artículo 86.2 TCE, sólo podrán fijarse estas obligaciones cuando el servicio de interés general no pueda satisfacerse adecuadamente a través de la libre prestación de servicios. Se señala una obligación de servicio de interés general para aquellas prestaciones que el empresario no asumirá nunca o no haría en la misma medida si tuviese en cuenta sólo su propio interés comercial (90); es decir, cuando el servicio no pueda ser cubierto naturalmente por el mercado por ausencia de ofertas, ya que las empresas privadas buscan el beneficio y no desarrollan actividades no rentables —donde el precio que cuesta nadie lo puede pagar—. Existe, por tanto, la prohibición *sensu contrario* de establecer una obligación de servicio cuando el empresario asuma dichas necesidades a partir de su propio interés comercial. Esto es lógico ya que estas obligaciones son un límite a la libre competencia, que es la regla general. La tendencia es, por tanto, a tratar de reducir las obligaciones de servicio de interés general (91). Obviamente, esta actividad es prestada en régimen concurrencial aunque uno de los operadores deba garantizar el servicio

(89) Exposición de Motivos y artículos 7 y sigs. de la Ley 11/1998. Así, la Disposición Adicional sexta de la Ley 34/1998 afirma que las concesiones vivas a su entrada en vigor se convertirán en las autorizaciones que regula esta Ley. Igualmente, como afirma la Exposición de Motivos de esta última Ley, ésta pretende una mayor liberalización, suprimiendo las preexistentes autorizaciones para el ejercicio de la actividad, por la mera autorización de instalaciones afectas a una actividad que por la naturaleza de los productos manejados requieran una especial atención.

(90) Cfr. artículo 2.4 del Reglamento CEE 3577/1992, de 7 de diciembre, y artículo 2.º del Reglamento CEE 2408/1992, de 23 de julio.

(91) Esto ocurre, por ejemplo, con la obligación de distribuir a domicilio gases licuados del petróleo —Ley 34/1998—.

universal. En lo no previsto expresamente, existe el principio de libertad comercial.

Estas obligaciones de servicio de interés general se pueden fijar a través de dos técnicas de intervención pública: la autorización singular o el contrato en exclusiva. Los contratos administrativos en exclusiva tienen un carácter residual porque generan un monopolio de esa actividad de interés general en beneficio de un operador. La autorización administrativa previa es el régimen principal, ya que es un instrumento que impone obligaciones de servicio universal a varias empresas sin romper el principio general del Derecho Comunitario que es la libre competencia en el mercado. Esta modalidad respeta la libertad de empresa y la libre concurrencia entre distintos operadores que cuentan con autorización correspondiente para ejercer la actividad de interés general. Los contratos en exclusiva suprimen la libertad de empresa, por lo que legítimamente sólo se podrán usar cuando el régimen de autorización administrativa no garantice suficientemente el servicio. Lógicamente, el resto de las actividades del sector no consideradas servicio de interés general —o aun siendo un servicio de tales características, éste se preste en régimen de competencia sin necesidad de fijar obligaciones de servicio público— pueden ser desarrolladas por las empresas bajo comunicación o licencia.

Las obligaciones de servicio de interés general fijadas bajo autorización administrativa implican una cierta limitación de la libertad de empresa —al igual que otros preceptos legales—, pero no su supresión. Si la concesión administrativa dentro de los servicios públicos tradicionales permitía desarrollar una actividad que es de titularidad exclusiva de la Administración y dentro de la cual no existe libertad de empresa, la autorización administrativa está destinada a actividades que son de titularidad de los particulares. La autorización administrativa no concede el derecho fundamental, sino que sólo es un requisito para el ejercicio de un derecho que existía *ex ante*. La autorización permite pasar de una titularidad teórica al ejercicio efectivo del derecho (92). Mientras que el Derecho de la Competencia limita la libertad de empresa con la finalidad de fortalecer esta misma libertad y el funcionamiento del mercado, el establecimiento de obligaciones de interés general y el sometimiento a una autorización administrativa también limita la libertad de empresa, pero, en este caso, para asegurar ciertas prestaciones mínimas. Igualmente, estas empresas que cumplen obligaciones de interés económico general pueden llegar a recibir financiación pública y, por tanto, tienen ex-

(92) Como ha señalado Martínez López-Muñiz, el efecto de la autorización es permisivo, mientras que en la concesión es constitutivo. Cfr. J. L. MARTÍNEZ: «Una nueva regulación», *El nuevo servicio público*, cit., págs. 237-241.

ceptuadas algunas normas de competencia comunitaria que prohíben la percepción de ayudas. Así, el artículo 73 TCE —antiguo artículo 77— afirma expresamente que «[s]erán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público».

Un buen ejemplo de lo que estamos diciendo es la regulación del transporte marítimo. El artículo 1.1 del Reglamento Comunitario 3.577/1992 declara como principio general la libre concurrencia de los servicios de transporte marítimo a partir del 1 de enero de 1993 (93). El artículo 2.4 del Reglamento define las obligaciones de servicio público como aquellas «obligaciones que el armador comunitario en cuestión *no asumiría o no lo haría en la misma medida ni en las mismas condiciones si considera su propio interés comercial*». Así, el artículo 4.1 del Reglamento Comunitario autoriza a los Estados miembros «a celebrar contratos de servicio público o a imponer obligaciones de servicio público, como condición para la prestación de servicios de cabotaje, a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas y entre islas». Parece lógico que si el objetivo del Reglamento —expuesto en el Preámbulo— es la liberalización del transporte marítimo, las excepciones que se contemplen a este principio sean objeto de un entendimiento restrictivo y éstas se justifiquen en cada caso y no se enuncien con carácter absoluto, de suerte que si concurren armadores que cumplan adecuadamente este servicio en régimen de competencia, no haya que recurrir al régimen de la autorización previa ni establecer obligaciones de servicio universal. El artículo 2.4 del Reglamento permite imponer obligaciones de servicio de interés general únicamente en el caso de que el armador no las fuera a asumir atendiendo a su propio interés comercial, de donde se deduce que si se asumen voluntariamente no tiene sentido imponerlas por medio de una autorización previa. Esta es la interpretación que ha dado la Dirección General de Transportes (DG VII) de la Comisión Europea (94): «Por tanto, la posibilidad otorgada a los Estados miembros por el artículo 4 no es incondicional y debe examinarse y justificarse caso por caso si los objetivos perseguidos por las políticas nacionales no pueden asegurarse mediante el libre juego de las fuerzas del mercado. En los casos en que los armadores comunitarios presten o estén dispuestos a prestar el nivel requerido de

(93) Reglamento Comunitario CEE núm. 3577/1992, DOCE L 364, de 12 de diciembre de 1992.

(94) Carta remitida por D. Robert J. Coleman, de la Dirección General de Transportes (DG VII) de la Comisión Europea, al Embajador Representante Permanente de España ante la Comisión Europea, de fecha de 22 de octubre de 1997.

servicio por su propio interés comercial no se deben imponer obligaciones de servicio público adicionales» (95).

(95) Sin embargo, el Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, declara navegaciones de interés público «los servicios de línea regular de cabotaje insular, entendiéndose por tal el transporte por mar de pasajeros o de mercancías entre puertos situados en la península y los territorios no peninsulares, así como el de estos últimos entre sí. La prestación de servicios regulares en navegaciones de interés público requiere el previo otorgamiento de autorización administrativa cuya validez queda condicionada al cumplimiento de las obligaciones de servicio público que imponga la Dirección General de la Marina Mercante. *Excepcionalmente*, la Administración competente podrá celebrar contratos de interés público a fin de garantizar la existencia de servicios suficientes para el mantenimiento de las comunicaciones marítimas» —artículo 4 del Real Decreto y artículo 7.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, reformada por la Ley 62/1997—.

Como se puede observar, el Real Decreto citado incumple el Reglamento Comunitario en la medida en que no admite necesidades de servicio público satisfechas a través de la libre prestación de servicios. Las obligaciones de servicio público y el régimen autorizador cubren todo el cabotaje marítimo entre la península y los territorios no peninsulares, o entre estos. Así, la Dirección General de Transportes de la Comisión Europea señaló, con fecha de 22 de octubre de 1997, que «al imponer un sistema de autorización previa que puede estar sujeta al cumplimiento de obligaciones de servicio público que no están determinadas de forma clara y transparente en el Real Decreto para todos los servicios regulares de cabotaje insular *sin distinguir entre rutas con poco servicio —para las que dichas obligaciones están justificadas con el fin de proteger los interés de las poblaciones insulares— y otras rutas insulares que pueden servirse en condiciones normales de mercado, las autoridades españolas están infringiendo el principio de libre prestación de servicios y en particular el art. 1 en relación con el art. 4 del Reglamento Comunitario 3577/1992*».

Es decir, lo que era una posibilidad de establecer en determinados casos un régimen autorizador para satisfacer servicios regulares no rentables se ha convertido en la imposición indiscriminada de un régimen de autorización administrativa para todo servicio de cabotaje marítimo en dichos territorios. Como señala la Comisión Europea, «la calificación de *todos* los servicios de cabotaje con y entre los territorios no peninsulares en España como de interés general es contraria al artículo 4 en combinación con el artículo 2.4 del Reglamento. El artículo 4 prevé la posibilidad para los Estados miembros de celebrar contratos de servicio público o imponer obligaciones de servicio público como condición para la prestación de servicios de cabotaje a las compañías marítimas que efectúan servicios con destino u origen en islas y entre islas. El Decreto de 19 de septiembre de 1997 debe ser, pues, enmendado de acuerdo con lo anterior». Y continúa la Comisión: «En conclusión, el sistema general de autorización en su forma presente es innecesariamente restrictivo de la libre prestación de servicios y deja, en su concepción general, total discrecionalidad a las autoridades para imponer obligaciones de servicio público como condición del otorgamiento de las autorizaciones, que no están previamente especificadas de forma transparente en el Real Decreto. El nuevo sistema es pues contrario a la libre prestación de servicios establecida en el artículo 1 de Reglamento Comunitario». Toda esta exposición de la Comisión es efectuada, después de afirmar que el Proyecto de Real Decreto no fue notificado a esta Institución Comunitaria con tiempo suficiente para su reflexión, lo que incumple el artículo 9 del Reglamento comunitario 3577/92 que exigía a los Estados miembros consultar a la Comisión antes de adoptar disposiciones en aplicación de este Reglamento comunitario. «Al no dar a la Comisión un

Por tanto, los servicios de interés general no son una excepción a la competencia. Estos servicios no son servicios públicos subjetivos, ya que no hay titu-

tiempo justo de reflexión y de investigación, las autoridades españolas no han respetado el objetivo del artículo 9 del Reglamento 3577/92».

Por otra parte, no deja de llamar la atención el hecho de que, a pesar de que el artículo 4 del Real Decreto establezca que el régimen previsto es la autorización administrativa y *excepcionalmente* la contratación pública, el Ministerio convocó un concurso público el día 18 de diciembre de 1997 para la explotación de las líneas de cabotaje consideradas de interés general, adjudicando el contrato de explotación a la Empresa pública Transmediterránea, que venía desarrollando esta actividad en el pasado en régimen de monopolio. Así, al amparo del Real Decreto de 22 de febrero de 1952, la Compañía Transmediterránea S. A. y el Estado firmaron un contrato de «Servicios de comunicaciones rápidas y regulares de soberanía» con fecha de 31 de marzo de 1952. Un Real Decreto 1.878/1978, de 8 de julio, daba cobertura a este «Contrato regulador de los servicios de comunicaciones marítimas de interés nacional», sobre la base del RD 2.866/1977.

A simple vista parece que el Real Decreto 1446/1997 está dirigido a favorecer los intereses de Transmediterránea. El desarrollo español del Reglamento Comunitario invierte los fines previstos por la normativa de la Comunidad. Así, si lo que pretende el Reglamento Comunitario es liberalizar la actividad de cabotaje, el Real Decreto y el Concurso posterior pretenden proteger el monopolio y las ayudas financieras a Transmediterránea. El régimen previsto en la normativa comunitaria es la libre prestación de servicios, después el régimen de autorización y excepcionalmente el de contratación pública —para el supuesto de que el régimen autorizador no asegure la oferta adecuada en cantidad y calidad—. Pues bien, después de abandonar el régimen de libre prestación de servicios, la Administración no ha sometido esta actividad de navegación de interés general al régimen de autorización administrativa sino que ha convocado un concurso público para adjudicar a Transmediterránea un contrato de explotación de las líneas más importantes y con mejores expectativas de negocio, que eran, curiosamente, las mismas líneas que venía explotando hasta la fecha esta empresa pública en régimen de monopolio.

La Comisión Europea abrió un expediente sancionador contra el Estado español, paralizando la ejecución del contrato con Transmediterránea, considerando que tanto el procedimiento de convocatoria, como su ejecución, duración y precio no se habían ajustado a Derecho. Además, la Comisión entiende que el contrato lesiona la prohibición de otorgar ayudas estatales que sean restrictivas de la competencia —antiguo artículo 93.2—. Las directrices comunitarias revisadas en materia de ayuda del Estado al transporte marítimo —D.O. C 205 de 5 de julio de 1997, pág. 5— establecen que «la duración de los contratos de servicio público debe limitarse a un plazo razonable —en principio no deberán superar cinco años—, ya que con contratos más largos existe el peligro de crear un monopolio (privado). Sólo en aquellos casos en que esta condición así como las demás condiciones previstas en las directrices se han cumplido, el contrato de servicio público es considerado como no constituyente de una ayuda de estado. En todos los demás casos, los contratos de servicio público deben ser notificados de acuerdo con el artículo 93.3 y serán examinados bajo las reglas normales de ayudas de Estado».

Concluyendo se puede afirmar que la liberalización de la navegación de cabotaje choca frontalmente con el régimen monopolístico que la compañía Transmediterránea venía ostentando durante los últimos lustros. Junto a sus tradicionales líneas con las islas y plazas del Norte de África, que gozaban de grandes ayudas estatales, han aparecido, al amparo de la paulatina liberalización, otras líneas privadas que muestran que pueden ofrecer los mismos servicios sin ayudas

laridad pública de la actividad, que se rige por las reglas generales del mercado y en régimen de concurrencia. El establecimiento, en su caso, de obligaciones de servicio de interés general no suprime ordinariamente la libre competencia en el mercado, salvo que se concedan derechos especiales o exclusivos, que es un supuesto, como hemos visto, excepcional. Las instituciones comunitarias han tratado por todos los medios de abrir a la competencia servicios de interés económico general que, a primera vista, planteaban muchas dificultades y tendían a configurarse como monopolios naturales. Así, el Derecho Comunitario ha llevado a cabo una desintegración vertical de cada sector y una separación de actividades con el objeto de abrir más ámbitos al mercado y al régimen de competencia. Por una parte, se han diferenciado las actividades separables del mismo sector distintas a la de servicio universal; por otra, se ha desligado la instalación o gestión de infraestructuras de los servicios concretos.

Así, en primer lugar se ha distinguido entre infraestructuras o redes comunes —aeropuertos, vías férreas, redes de cable— y servicios singularizados prestados por distintas empresas —compañías aéreas, ferroviarias o de telecomunicaciones— que usan estas redes comunes (96). Estas redes no son servicios públicos y pueden ser propiedad de los particulares, aunque estén afectadas al bien común —obligación de acceso a terceros—. Se ha hablado así de la separación entre propiedad y uso, y de aparición de un nuevo tipo de propiedad vinculada, no por su titularidad, sino por su destino. De esta forma, es posible privatizar las líneas férreas, las redes de telecomunicaciones o los aeropuertos (97). A la vez, esta libertad de acceso a las infraestructuras evita la formación de monopolios naturales.

En segundo lugar, la desintegración del sector consiste en diferenciar el servicio de interés económico general de otros servicios adicionales. Así, el servicio de interés económico general no se extiende a toda una actividad en su conjunto, sino sólo a concretas actuaciones dentro de un sector. Se separa así el

estatales. Ante la anunciada privatización inminente de Transmediterránea, la Administración pretende su revalorización perpetuando durante algún tiempo el régimen de ayudas estatales —unos 900 millones al año—.

(96) Artículos 6 y sigs. de la Ley 11/1998, que recoge el libre acceso a las redes de telecomunicaciones; Exposición de Motivos y artículos 41 y sigs. de la Ley 54/1997, que muestran la separación entre la propiedad de las infraestructuras y el servicio que se presta, generalizándose el acceso de terceros a las redes eléctricas. En el mismo sentido, artículos 70 y sigs. de la Ley 34/1998, de hidrocarburos, que señalan la obligación de acceso de terceros a las instalaciones de transporte y almacenamiento «mediante un procedimiento negociado, en condiciones técnicas y económicas no discriminatorias, transparentes y objetivas, aplicando precios que deberán hacerse públicos» —artículos 41.1, 60.4, 63, 70—. Es importante que los precios de acceso no sean tan bajos que no hagan rentable la nueva inversión en infraestructuras y originen su obsolescencia.

(97) Cfr. A. TRONCOSO: *Op. cit.*, págs. 269-285.

servicio universal de telecomunicaciones de los servicios de valor añadido como la telefonía móvil, el refinamiento y almacenaje de petróleo de su comercialización, el servicio postal universal de la paquetería y transportes urgentes, el transporte y producción de la energía de su comercialización (98). Esto es especialmente importante cuando el servicio de interés económico general —la tarea o misión específica— se configura en régimen de derechos especiales y exclusivos y con financiación pública (99). Esta exclusividad y esta financiación sólo se pueden extender a las actuaciones de servicio económico general, pero no a toda la actividad ni a todo el sector, que seguirán en régimen de competencia plena.

Así, en el Asunto *Corbeau* —sobre el monopolio postal en Bélgica—, el TJCE separó el servicio de interés general —el servicio postal básico— de otros servicios suplementarios específicos que satisfacen necesidades no básicas. El primero puede ser asumido por una empresa en régimen de exclusiva; los segundos deben ser ejercidos necesariamente en régimen de concurrencia plena. En el Asunto *Almelo* —sobre el suministro de electricidad en Lieja—, el TJCE afirmó que los costes que suponen para una empresa el cumplimiento de una obligación de servicio de interés económico general —en este caso, un suministro de electricidad suficiente a un precio razonable— no pueden compensarse dando a esta empresa la exclusividad de otras actividades rentables distintas. No parece razonable lograr el equilibrio financiero de un servicio universal a base de cerrar a la competencia y mantener el monopolio de otras actividades. Así, se dará el caso de que una misma empresa desarrolle una actividad que constituya un servicio de interés económico general para el cual disponga de derecho de exclusiva, recibiendo en su caso financiación del Estado, y a la vez esta misma empresa realice actividades que tradicionalmente eran servicios públicos pero que han sido liberalizados y por eso son desarrollados por la misma empresa en competencia plena con otras (100).

(98) Artículo 14 de la Ley 54/1997, que recoge la segmentación vertical de las distintas actividades del sector eléctrico.

(99) Cfr. artículo 29 y sigs. de la Ley 24/1998, que recoge la separación de cuentas entre servicios postales reservados y no reservados; artículo 34 de la Ley 11/1998, que exige la separación de cuentas entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público que tengan la consideración de dominantes.

(100) La Sentencia *Corbeau*, de 19 de mayo de 1993, y la Sentencia *Almelo*, de 27 de abril de 1994, han sido ya comentadas por la doctrina. Cfr. T. DE LA QUADRA: *Op. cit.*, págs. 135-157; A. JIMÉNEZ-BLANCO: «Servicio público, interés general y monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, IV, pág. 5360-5366; G. ARIÑO: «Significado actual», *cit.*, págs. 26-27 y 34-35; S. MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, págs. 37 y 199-201.

b) *Derechos de los usuarios, obligaciones de las empresas, funciones de la Administración*

Hemos visto que los servicios de interés económico general tienen un rasgo característico que los diferencia de los servicios públicos subjetivos, y este rasgo es que se desarrollan como regla general en régimen de competencia, no siendo la actividad de titularidad de la Administración pública. La segunda característica de estos servicios es que definen una actividad de interés general que es realizada no por los poderes públicos sino por los particulares. Los servicios de interés económico general son servicios ofrecidos al público por particulares, pero garantizados por la Administración, lo que diferencia este servicio tanto de los servicios públicos objetivos como de la iniciativa empresarial de la Administración, ya que éstos, como regla general, están desarrollados directamente por entidades públicas. Ya no se puede hablar de actividad prestacional de los poderes públicos sino de «prestaciones con garantía pública» (101), aunque posteriormente maticemos esta expresión. Así, si la desaparición de los servicios públicos subjetivos fue consecuencia de la privatización material —la *depublicatio*— de actividades de titularidad pública, la configuración de servicios de interés general está unida a la privatización sustancial o patrimonial de algunas empresas públicas, que transmite la propiedad de las mismas —o mejor dicho, el control— de un sujeto público a uno privado (102). Se confirma de esta forma lo ya afirmado de que en los servicios públicos prevalece lo público sobre lo privado, mientras que en los servicios de interés económico general prevalece lo privado sobre lo público.

El núcleo central del servicio de interés económico general es la satisfacción de unas necesidades básicas, es decir, el desarrollo de una actividad prestacional con unas características concretas. Le corresponde al Legislador y a la Administración calificar una actividad como de interés general, y, en su caso, imponer a determinadas empresas unas obligaciones de servicio, con la finalidad de asegurar determinadas prestaciones, que ahora se consideran que van a ser mejor desarrolladas por los particulares que por la Administración. Se transforma, por tanto, la primitiva estatalización de una actividad en una intervención reguladora externa de los poderes públicos y en una garantía última de unas prestaciones específicas.

La declaración de un servicio como de interés económico general implica, por tanto: por un lado, el reconocimiento de una serie de prestaciones que se

(101) Cfr. J. M. CUÉTARA: «Tres postulados para el nuevo servicio público», *El nuevo servicio público*, cit., págs. 126-132.

(102) Cfr. A. TRONCOSO REIGADA: *Op. cit.*, págs. 42-47.

consideran necesarias para el funcionamiento de la sociedad y parar llevar a cabo una vida digna, y, que se configuran como derechos de los particulares; por otro lado, la calificación de una determinada actividad como de interés general que puede conllevar el cumplimiento de unas obligaciones por parte de las empresas y que modifica su posición jurídica; por último, una variación de las funciones de la Administración, que deja de ser prestadora del servicio para ser reguladora y supervisora del mismo.

Más adelante aludiremos al concepto de derecho fundamental —o al derecho económico y social— como el más apropiado para referirse al núcleo de los servicios de interés económico general. Ahora sólo queremos señalar que la calificación de una actividad como de interés general y el establecimiento, en caso de que sea necesario, de obligaciones de servicio, van encaminadas a garantizar para todos los ciudadanos unas necesidades básicas —unos derechos—, con una calidad determinada, a un precio adecuado, y en todo el territorio nacional, con independencia de la localización geográfica. Esto es, en el fondo, lo que explica un servicio universal de telecomunicaciones, de energía eléctrica, de hidrocarburos, etc. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 24/1998 «[j]ustifica especialmente la regulación del sector postal [en] la necesidad de reconocimiento explícito del derecho de todos a acceder a las comunicaciones postales a un precio asequible» (103). En general, los servicios de interés general hacen referencia a las prestaciones básicas, lo que no incluye a las prestaciones suplementarias o accesorias.

La posición jurídica de la empresa privada dentro de ese sector caracteriza también los servicios de interés económico general. Así, como hemos señalado, en el caso de que las necesidades básicas de los ciudadanos no resulten adecuadamente satisfechas en un régimen de competencia plena, los poderes públicos podrán imponer a una o varias empresas determinadas obligaciones de servicio universal, manteniéndose la actividad en régimen de competencia. La elección de la empresa que garantiza el servicio universal responde a distintas circunstancias —ser operador dominante, dedicarse a esa actividad en la zona más próxima, disponer de los medios adecuados para ello— (104). La obligación de la empresa que desarrolla el servicio con-

(103) Así, las actividades relacionadas con la energía eléctrica «se ejercerán garantizando el suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de servicio esencial» —artículo 2 de la Ley 54/1997—.

(104) Así, el artículo 38 de la Ley 11/1998 señala que «[p]ara garantizar el servicio universal de telecomunicaciones en todo el territorio nacional, cualquier operador que tenga la consideración de dominante en una zona determinada podrá ser designado para prestar, dentro de ella, cualesquiera de los servicios incluidos en el concepto de servicio universal».

siste en prestarlo con unas características concretas y con unos mínimos obligatorios. Estas especificaciones de servicio deben ser objetivas, proporcionales y transparentes. Las obligaciones de servicio de interés económico general se concretan sobre los elementos objetivos de las prestaciones, entre las que destacan la universalidad del servicio —cobertura de lugares aislados—, su continuidad —regularidad y servicios mínimos—, precios determinados —que en unos casos serán precios de mercado y en otros precios regulados, según exista o no competencia en esa actividad—, calidad del servicio, horarios, gestión autónoma al margen de otros negocios de la empresa que evite subvenciones cruzadas, etc. Otras obligaciones de servicio de interés económico general son, por ejemplo, distancias mínimas obligatorias para su distribución, limitaciones extraordinarias o suspensión de exportaciones que se pueden imponer en caso de una situación de escasez de suministros, mantenimiento de unas existencias mínimas de seguridad que garanticen los suministros, disponibilidad de infraestructuras para la actividad de transporte, almacenado y distribución, obligación de prestar las infraestructuras a terceros, respeto a la normativa ambiental, etc (105).

Analizando más detenidamente la posición jurídica de las empresas, se puede distinguir entre empresas privadas que por desarrollar una actividad de interés general y cumplir unas obligaciones de servicio universal tienen que satisfacer el interés público y el resto de la actividad empresarial privada que busca únicamente el interés particular. En todo caso, la diferencia fundamental no va a estar entre los servicios de interés económico y el resto de la actividad empresarial, sino entre los servicios que, para permitir el cumplimiento de su misión específica, no están sometidos a las normas comunitarias de la competencia y se han configurado en régimen de monopolio —artículo 86.2 TCE, antiguo artículo 90.2— y el resto de actividades que sí están sometidas plenamente a las normas de la competencia.

Un dato relevante es que la empresa que desarrolla el servicio de interés general se sitúa en una vinculación más fuerte a los derechos fundamentales que el resto de las empresas privadas (106). Así, este servicio debe ser igualitario —se presta a todas aquellas que reúnan las condiciones— y progresivo —se beneficia más de la existencia del servicio y de sus tarifas redistributivas quien menos tiene—. La empresa que asume las obligaciones de servicio de interés general cede parte de su autonomía de voluntad al devenir gestora de una

(105) Cfr. Decisión del Consejo de 7 de febrero de 1994, sobre los principios del servicio universal de telecomunicaciones. Cfr., por ejemplo, artículos 35-42 Ley 11/1998; 14-22 Ley 24/1998. Cfr. *supra*, nota 89.

(106) Cfr. A. TRONCOSO: *Op. cit.*, págs. 168-182.

prestación de garantía pública; su regla de actuación debe ser siempre la objetividad (107). De esta forma, tiene que respetar un principio de no discriminación en el acceso al servicio de un potencial usuario, las condiciones aplicables al acceso a las redes deben ser objetivas, transparentes y no discriminatorias, etcétera (108).

Por último, la declaración de una actividad como de interés económico general implica unos deberes no sólo para la empresa privada, sino también para los poderes públicos, que tienen la responsabilidad de cumplir distintas funciones. Así, además de la determinación por parte del Legislador de qué actividades tienen la consideración de servicio de interés general y, en su caso, cuáles van a ser las obligaciones de servicio universal, le corresponde a la Administración otorgar las licencias que permitan el desarrollo de la actividad por las empresas privadas y las autorizaciones individuales para desarrollar las obligaciones de servicio universal. El otorgamiento de licencias y de autorizaciones es un instrumento que permite a la Administración el control previo posterior, de manera que se garantice la prestación de la actividad dentro de las condiciones fijadas por la Ley para asegurar el interés general. El control previo es especialmente necesario, ya que el incumplimiento de las condiciones legales puede provocar daños de difícil reparación. La Ley que establece el servicio de interés económico general también debe fijar los requisitos de atribución de las licencias y autorizaciones. Estos requisitos deben responder a criterios objetivos, no discriminatorios. De esta forma, las posibles empresas autorizadas deben disponer de capacidad técnica adecuada para cumplir las obligaciones de servicio contraídas, solvencia económica, seguros de responsabilidad para casos de accidente, etc. (109). Si las obligaciones de servicio de interés general se atribuyen a través de un contrato de una empresa con la Administración, éste debe adjudicarse mediante licitación pública.

Es importante señalar que tanto la atribución de la licencia para desarrollar una actividad de interés general como la autorización administrativa singular para convertirse en el operador que cumple las obligaciones de servicio universal, con las cargas y prerrogativas que esto lleva consigo, tienen que respe-

(107) Cfr. J. M. CUÉTARA: *Loc. cit.*, pág. 173. No obstante, si bien estas empresas tienen más limitada su autonomía contractual, no hay que olvidar, como señalaremos más adelante, que cualquier particular que ostente una licencia o autorización administrativa para operar en el mercado también está sometido a determinados principios constitucionales —prohibición de discriminación, por ejemplo—.

(108) Cfr. artículos 22 y 24, Ley 11/1998; artículos 70 y 76, Ley 34/1998. Cosa distinta es que esto sea difícil de garantizar.

(109) Cfr. artículos 18 y 21, Ley 11/1998; artículos 36-37, Ley 54/1997; artículo 13, Ley 24/1998; artículo 67, Ley 34/1998.

tar escrupulosamente los derechos de las empresas y el principio de igualdad. A diferencia de la decisión de establecer un servicio de interés económico general, la de dar una licencia o la de otorgar una autorización no es una decisión de oportunidad política sino de discrecionalidad técnica. La Administración no actúa libremente, sino que su voluntad viene determinada por el derecho, ya que tiene que conceder la licencia a quien cumpla los requisitos legales y atribuir la autorización administrativa singular a aquél que ostente mejor derecho (110). Es por ello necesario que en la normativa predominen los elementos reglados sobre los discrecionales, como ocurre en los certificados de homologación. Los requisitos legales para ejercer la actividad y las obligaciones de servicio universal tienen que interpretarse restrictivamente porque limitan el ejercicio de la libertad de empresa y la libre prestación de servicios. Es imprescindible evitar que los requisitos legales representen cláusulas discriminatorias que impidan el acceso a determinadas empresas o que prejuzguen la autorización a aquella empresa que desarrollaba la actividad anteriormente en régimen de monopolio (111). En todo caso, la decisión denegatoria de una licencia tiene que ser motivada.

(110) Javier Torre de Silva ha destacado la creciente importancia de la aplicación de las normas sobre contratos administrativos a la concesión de licencias individuales en los mercados liberalizados, aunque éstas no tengan naturaleza contractual. Así, las normas reguladoras de los contratos de gestión de servicios públicos se aplican a los procedimientos para la selección de operadores en caso de limitación del número de licencias individuales o en los de otorgamiento de licencias individuales que lleven consigo obligaciones de servicio público —Disp. Ad. 2.^a y arts. 21.2 y 35.3 de la Ley 11/1998. Cfr. más ampliamente J. TORRE DE SILVA: «La preparación de los contratos y la selección del contratista en Derecho administrativo», *Curso del Consejo de Estado sobre contrato administrativo*, El Escorial, 1999.

(111) En materia de cabotaje marítimo, la Comisión Europea ha criticado la ampliación que hace el Real Decreto 1.466/1997 de los criterios previstos en el Reglamento comunitario para la atribución de las autorizaciones administrativas singulares para cumplir las obligaciones de interés general: «[e]l artículo 8 prevé que las obligaciones de servicio público deberán limitarse a aquellas previstas en el artículo 4 del Reglamento Comunitario 3.577/1992 y deberán fundarse en razones objetivas de interés público debidamente justificadas por la necesidad de garantizar la suficiencia de servicio regular de cabotaje marítimo y deberán ser impuestas de forma no discriminatoria en el caso de líneas coincidentes o semejantes. Sin embargo, no hay transparencia en cuanto al contenido de las obligaciones de servicio público, que pueden ser impuestas por las autoridades españolas de forma discrecional como condición para el otorgamiento de una autorización de servicios regulares de cabotaje. Por tanto, el sistema de autorización tal y como está previsto en el Decreto tiene el carácter de un régimen de acceso al mercado para todos los servicios regulares de cabotaje insular, que por su naturaleza no transparente viola los derechos de acceso al mercado otorgados a los armadores comunitarios por el Reglamento 3.577/92 a partir del 1 de enero de 1999. De acuerdo con lo previsto en el artículo 8.2 del Decreto, no existe transparencia tampoco en cuanto al acceso a la compensación económica por las obligaciones de servicio pú-

La actividad de la Administración no se limita a un control previo sino que desarrolla un control continuado de la regularidad y continuidad del servicio. La Ley establece los supuestos de suspensión y revocación de licencias y autorizaciones, lo que obliga a practicar una función de supervisión y sanción que garantice la adecuación de esta actividad al interés general. Por tanto, la empresa privada que desarrolla este servicio está sometida a un mayor control que cuando realiza una actividad no considerada de interés general (112). Este control es consecuencia de que la Administración sea, en última instancia, la garante del cumplimiento de este servicio y de que el establecimiento de servicios de interés económico general cree derechos para los ciudadanos.

Las funciones que desarrolla la Administración en este ámbito —autorización, regulación, supervisión, sanción— justifica que sus órganos rectores dispongan de unas garantías de independencia (113). La Administración no gestiona el servicio sino que desarrolla un conjunto de funciones de carácter materialmente jurisdiccional. Parece lógico que esta Administración de control que no actúa por criterios de oportunidad política sino aplicando un parámetro normativo se configure como una Administración independiente. Más claros son los argumentos que justifican que la Administración que supervisa el cumplimiento del servicio de interés económico general no sea la titular de las infraestructuras básicas, ya que en caso contrario el órgano de control no estaría *super partes*. Este es un argumento que justifica la privatización material y sustancial de las redes. Por consiguiente, se puede afirmar que la Administración que desarrolla las funciones públicas de supervisión y sanción debiera ser independiente —no subordinada al poder político—, aunque esta no es una exigencia constitucional, y con un estatuto que asegure que no va a ser capturada por las empresas privadas supervisadas.

Otra obligación que, en ocasiones, tiene la Administración es la financiación del servicio de interés económico general. Esta financiación es una compensación económica que trata de cubrir el ahorro neto que el operador tendría si no tuviera la obligación de prestar un servicio que le supone una desventaja competitiva. La empresa que cumple la garantía del servicio universal no tiene

blico. Además, el Decreto prevé la posibilidad de denegar una autorización por silencio administrativo que es contraria al artículo 1 del Reglamento».

(112) Cfr. artículo 19, Ley 11/1998; artículos 87 y 100, Ley 34/1998.

(113) Este es el caso de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, cuyos miembros gozan, al menos, de la garantía de la inamovilidad —artículos 6 y sigs. de la Ley 54/1997—. E. Desdentado ha incidido en la vinculación que hay entre la privatización de servicios públicos y la aparición de Administraciones independientes. Cfr. E. DESDENTADO: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 166 y 180-181.

por qué asumir los costes del mismo —que pueden ser considerados en el fondo cargas públicas—, ya que ha visto reducidos sus derechos exclusivos o especiales en otras actividades. La financiación pública del servicio pone en juego la capacidad económica de toda la sociedad, de manera que sean los recursos públicos los que acudan a sufragar el coste del servicio que no puede ser financiado directamente por los consumidores (114). De esta forma, el servicio de interés general asegura las prestaciones a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, repartiendo los costes de la garantía social entre todos de acuerdo a los principios que rigen el sistema impositivo (115). La financiación pública del servicio de interés económico general debe regirse por los principios de transparencia y proporcionalidad. La transparencia trata de evitar que las subvenciones públicas destinadas a compensar la prestación del servicio sean destinadas a otras actividades comerciales de la empresa, por lo que está vigente lo ya dicho sobre la separación de cuentas y actividades. La proporcionalidad garantiza que la subvención sea adecuada a la carga de interés general. Ambos principios protegen la libertad de empresa y evitan el falseamiento del mercado.

No obstante, la tendencia general es a potenciar instrumentos alternativos a la financiación pública para cubrir económicamente los servicios de interés general claramente deficitarios. La razón no es tanto evitar que existan excepciones a las reglas del mercado dentro de estos servicios, sino más bien tratar de reducir en lo posible los déficit públicos. Se ha producido, en ocasiones, una

(114) Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *Loc. cit.*, pág. 248. Sin duda, el reparto de los costes del servicio universal entre los usuarios —que es lo que ocurría antiguamente— es injusto, porque reparte cargas económicas sin respetar el principio de progresividad. La financiación de estos servicios universales a través de los Presupuestos Generales del Estado permite su satisfacción de acuerdo con los principios que rigen el sistema impositivo, de manera que se garantice que quien tiene más aportará más a la satisfacción de las cargas sociales del servicio universal —principio de progresividad—.

(115) Así, la carga financiera derivada de las obligaciones de prestación del servicio postal universal se cubre parcialmente a través del denominado «Fondo de Compensación del Servicio Postal Universal», que se nutre tanto de los ingresos derivados de tasas -de los titulares de autorizaciones administrativas singulares-, como de financiación procedente de los Presupuestos Generales del Estado —artículos 27, 28 y 33, Ley 24/1998—. Los servicios obligatorios de telex, telegráficos y de aquellos otros de características similares, así como los servicios de seguridad de la vida humana en el mar y los que afecten a la seguridad de las personas, a la seguridad pública y a la protección civil se financiarán con cargo a los presupuestos de la Administración —artículo 41.1.b) de la Ley 11/1998—. Las obligaciones de servicio universal de las empresas marítimas se cubren financieramente a través de subvenciones —Reglamento CEE 35/1992, de 7 de diciembre—, lo que está expresamente legitimado por el antiguo artículo 77 TCE —actual artículo 73—. Cfr. recientemente RD 1.338/1999, de 31 de julio, por el que se regulan determinadas tasas postales y el fondo de compensación del servicio postal universal. Cfr. también RD 1.736/1998, de 31 de julio, en relación a la financiación del servicio universal de telecomunicaciones.

vuelta a la solución antigua de proyectar el coste de este servicio sobre la totalidad de los usuarios. No obstante, además de que esta propuesta no respeta el principio de igualdad progresiva en las cargas, no es sensata en términos económicos al no tener en cuenta la llamada competencia entre mercados, por lo que introduce distorsiones y probablemente ineficacias. Lo más adecuado es obligar a todos los operadores a *contribuir financieramente al servicio universal*. En el caso del acceso a infraestructuras, se ha optado por financiar el coste de éstas mediante cuotas de acceso a las empresas privadas. Estas cuotas o tarifas son fijadas administrativamente, aunque exista una inclinación progresiva hacia la liberalización de los precios (116). Cuando este servicio se desarrolla en régimen de competencia plena, puede no ser necesaria esta financiación externa, que se entiende obtenida por el conjunto de las actividades desarrolladas (117).

Analizadas las funciones de la Administración dentro del servicio de interés económico general, es conveniente señalar que puede parecer inapropiada la expresión «prestaciones con garantía pública» para definir el contenido de estos servicios, ya que, en defecto de la actividad privada, estas prestaciones no son exigibles siempre a los poderes públicos. La actividad garantizadora de los poderes públicos se concreta en la posibilidad de imponer obligaciones de servicio universal a determinadas empresas, pero no hace referencia a una prestación directa subsidiaria por parte de los poderes públicos. En realidad la llamada *garantía pública* de la prestación sólo es pública porque existe una regulación pública que impone obligaciones y sanciones a los particulares, tendentes a asegurar la suficiencia y universalidad de la prestación (118). En el fondo, la garantía de las

(116) La retribución del transporte y de la distribución de la electricidad es fijada administrativamente, evitándose el posible abuso de posiciones de dominio derivadas de la existencia de una única red. Esta financiación no la aporta el Estado sino todos los operadores a través de tarifas, peajes y precios satisfechos —artículos 15 y sigs., Ley 54/1997—. Igualmente, la financiación del servicio universal de telecomunicaciones es soportado por todos los operadores que exploten las redes públicas de telecomunicaciones y por los prestadores de los servicios telefónicos disponibles al público —artículo 39.2, Ley 11/1998—. Así, las actividades de suministro de combustibles gaseosos son retribuidas con cargo a las tarifas, peajes y canones que determine el Gobierno, y a los precios abonados por los clientes cualificados, en su caso. En todo caso se prevé la liberalización total o parcial de los precios cuando la situación del mercado lo haga recomendable —artículos 91 y 97, Ley 34/1998—.

(117) Así, los servicios de líneas susceptibles de arrendamiento o de transmisión de datos, los avanzados de telefonía disponible al público, los de red digital de servicios integrados se llevan a cabo sin contraprestación económica por los operadores designados —artículo 41.2.b), Ley 11/1998—. No se prevé tampoco ninguna financiación a la obligación de los operadores de productos petrolíferos tanto al por mayor como al por menor de mantener unas existencias mínimas de seguridad —artículo 50, Ley 34/1998—.

(118) Así, la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, señala que «a diferencia de regulaciones anteriores, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar

prestaciones es privada, ya que es la empresa privada la que cumple con el servicio universal, y no los poderes públicos. Se tendría que hablar, así, de servicios de garantía social más que de servicios de garantía pública. La exigencia de estas prestaciones a los poderes públicos sólo se dará en el caso de que éstas sean derechos fundamentales —comunicaciones, servicios postales—, pero no si son principios rectores de la política social y económica, donde habría que estar a lo previsto en la legislación que los desarrolle —que no lo prevé—.

2. *La inadecuación de la categoría del servicio público*

La cuestión ahora es determinar si el concepto de servicio público sirve para explicar la nueva realidad legal y económica que supone la aparición de los servicios de interés económico general dentro del marco jurídico de la Unión Europea y del marco económico de la internacionalización de los mercados. Ya hemos señalado que no existe un concepto claro de servicio público, ni con anterioridad a la Constitución, ni con posterioridad a ésta. La noción de servicio público tiene un marcado carácter anfibológico derivado de su pluralidad de significados, y no podía ser de otra manera ya que este concepto ha evolucionado profundamente a lo largo del tiempo. Así, los servicios públicos hacen referencia a la vez a muchas cosas distintas: a una actividad de titularidad exclusiva de la Administración que ésta desarrolla en régimen de monopolio, a una actividad de titularidad exclusiva de la Administración realizada a través de empresas privadas concesionarias de un servicio público, y a una actividad de prestación social de los poderes públicos en un sector que no es de titularidad pública.

La duda estriba en si el concepto de servicio público puede ser utilizado también para calificar las actividades desarrolladas por los particulares que son consideradas de interés general. Así, la cuestión es si los servicios de interés económico general del artículo 86.2 TCE —antiguo artículo 90.2—, que se caracterizan por ser actividades que los particulares realizan en régimen de competencia y donde la Administración no presta el servicio sino que lo regula externamente, pueden ser calificados también con el concepto tradicional de servicio público. Pues bien, para un sector de la doctrina, esta identificación es posible, ya que el servicio público no se refiere tanto a una actividad de titularidad pública ó a la

el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención Estatal que la que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico». Igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, señala que ésta trata de «conseguir una regulación más abierta, en la que los poderes públicos salvaguarden los intereses generales a través de la propia normativa, limitando su intervención directa en los mercados cuando existan situaciones de emergencia».

prestación de un servicio por los poderes públicos, sino a la obligación de la Administración de establecer un marco jurídico de una actividad que se considera de interés general para su desarrollo por los particulares. La clave del servicio público sería ahora la importancia social de una actividad que justifica una relación especial entre la Administración y los particulares que se encuentran autorizados para su realización, y que implica la imposición a éstos de unas obligaciones. El servicio público se limitaría a ser «una actividad en relación a la cual la Administración juega un papel fundamental». Adquiere aquí importancia la noción de responsabilidad ya que, si bien la tarea la desarrolla el particular, la Administración cumple la función de garantizar el suministro de prestaciones (119).

Las actividades de interés público de los particulares, si bien no constituyen servicios públicos en sentido estricto —ya que la titularidad de la actividad no pertenece a la Administración, sino a los particulares, quienes prestan el servicio en régimen autorizador o de licencias y no concesional—, se corresponderían con los denominados «servicios públicos virtuales o impropios», que no son servicios públicos en sentido subjetivo, pero sí en sentido objetivo, por ser actividades que satisfacen el interés público o general. En este tipo de servicios, la potestad de intervención que la Administración ejerce a través de la técnica de la autorización alcanza una especial intensidad, plasmándose en ese género híbrido entre la autorización y la concesión que se ha denominado autorización reglamentaria (120).

Sin embargo, a pesar de estas afirmaciones, que tratan de desvirtuar el concepto de servicio público para adaptarlo a los servicios de interés general, lo que sí parece claro es que este concepto hace referencia a una actividad de los poderes públicos distinta a la función pública de soberanía —regulación y sanción—, que ya venían desarrollando con anterioridad a la configuración de esta categoría del servicio público (121). Como hemos señalado, en la actividad de servicio público predomina lo público sobre lo privado, es decir, bien la titularidad pública de la actividad, bien la prestación del servicio a través de em-

(119) Cfr. E. MALARET: *Loc. cit.*, págs. 59-63 y 86, y S. MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.* Muñoz Machado, como hemos señalado, matiza mucho la vinculación de los servicios de interés general de Derecho comunitario a la competencia, poniendo el acento en la posibilidad de una actividad en exclusiva —*supra*, nota 80—.

(120) Dictámenes del Consejo de Estado, de 13 de marzo de 1988 —exp. núm. 50.817—, de 30 de mayo de 1996 —exp. núm. 1.492/1996—, y de 10 de abril de 1997 —exp. núm. 982/97—.

(121) En este apartado vamos a centrarnos en analizar cómo la actividad privada de interés económico general no puede ser calificada con la categoría tradicional del servicio público. Dejamos para el apdo. IV.4 —*infra*, texto correspondiente a notas 153-158— la diferenciación entre función pública de soberanía —que es la desarrollada por los poderes públicos en un servicio de interés económico general— y servicio público.

presas públicas. Por ello, no parece que esta categoría de servicio público, tal como ha sido configurada hasta ahora, sirva para explicar los servicios de interés económico general, que se caracterizan porque los poderes públicos dejan de tener una actividad directa de prestación y se limitan a establecer el marco jurídico de estas actividades. Difícilmente la categoría del servicio público, tal y como ha sido construida, sirve para explicar una realidad donde predomina la sociedad sobre el Estado. Lo propio del servicio público es la limitación del mercado y la presencia directa de los poderes públicos para garantizar los servicios sociales necesarios. En cambio, el servicio de interés económico general se caracteriza por confiar en los particulares y en el mercado como instrumento para satisfacer prestaciones necesarias para la sociedad, limitándose los poderes públicos a garantizar la universalidad y permanencia de la actividad privada (122). No aporta tampoco nada la clave de que servicio público es toda actividad de interés general, ya que hay otras muchas de interés general, como las propias de soberanía, que no son servicios públicos. No es tampoco apropiada la noción de responsabilidad, ya que en los servicios de interés general, la Administración sólo supervisa la actividad de los particulares —y ni siquiera muy intensamente—, pero no es responsable civilmente si éstos desarrollan la prestación de manera insuficiente (123). No vamos a volver a insistir tampoco en la diferencia que existe entre licencia, autorización y concesión. En general, hay muchos ámbitos materiales sin calificación expresa de servicios públicos donde los particulares desarrollan una actividad de interés general y se encuentran vinculados a un nivel amplio de vigilancia e inspección por parte de los poderes públicos y a un conjunto de obligaciones que siempre imponen las normas jurídicas —hostelería, restauración, farmacias, taxis, clínicas, alimentación—. Hay actividades y sectores privados sometidos a una intensa regulación, supervisión y sanción —Banca, Seguros, Mercado de Valores— y nadie hasta ahora los ha definido como servicios públicos.

Una misma categoría no puede servir para explicar a la vez una idea y su contraria. La misma categoría del servicio público que define el monopolio público de la actividad de radiodifusión no puede servir para explicar la liberalización de las telecomunicaciones y la privatización de las empresas públicas

(122) E. MALARET habla de servicio público como necesidad colectiva respecto de la cual la comunidad reconoce la incapacidad de la iniciativa privada para satisfacerla de modo razonable —*ibidem*, pág. 86—, cuando, desde una perspectiva histórica, se observa que los servicios de interés general han nacido también por la incapacidad pública.

(123) La Administración tendría una responsabilidad por no sacar a concurso el servicio universal o en el caso de que la iniciativa privada no quiera cubrirlo, lo que le obligaría a acogerse a la posibilidad abierta en el artículo 86.2 TCE. No obstante, la responsabilidad civil por deficiencia en prestación de un servicio universal le corresponde a la empresa titular de la autorización.

que desarrollaban la actividad de telefonía en régimen de exclusiva. No se puede calificar con la misma categoría la liberalización absoluta de la actividad de hidrocarburos, y la reserva y el monopolio del Estado. Una cosa es que las infraestructuras dentro del servicio de interés económico general no se rijan plenamente por las reglas de la competencia y otra cosa es que su realidad encuentre su explicación en la categoría del servicio público tradicional. Ni su titularidad es pública —puede ser privada—, ni el acceso a estas redes está prohibido a terceros. Los límites a la competencia dentro del servicio de interés económico general con el establecimiento de algunas obligaciones de servicio y de un régimen de autorización administrativa se mueve más dentro de la actividad de regulación y no dentro de la antigua categoría del servicio público.

Esta categoría de servicios de interés económico general, más acorde con la realidad actual y más funcional, no es tampoco deudora dogmáticamente de la categoría del servicio público, ni es consecuencia de una evolución natural de la misma. Al contrario, esta categoría nace como ruptura frente al servicio público tradicional tanto en el plano jurídico como en el plano ideológico. En el plano jurídico porque la idea de servicio de interés general no significa la titularidad estatal de la actividad sino una actividad que los ciudadanos ejercen en régimen de libertad —reconociéndose el derecho de propiedad y la libertad de empresa *ab origine*—, requiriendo una autorización y no una concesión administrativa, con la obligación de respetar la regulación que afecta a estas materias (124). Además, las empresas encargadas de estos servicios de interés general están sometidas plenamente a las normas comunitarias sobre la competencia —artículos 81 y sigs. TCE—, salvo que la aplicación de estas normas impida el cumplimiento de la misión específica a ellas encomendada —artículo 86.2 TCE—. En el plano ideológico, porque el mismo concepto de servicio público que sirvió para justificar la intervención directa y agresiva del Estado en el sistema económico, no puede fundamentar dogmáticamente su retirada hacia funciones de ordenación exterior. Por tanto, el servicio de interés económico general supone una auténtica superación del servicio público tradicional, lo que no obsta para reconocer los frutos beneficiosos de la categoría del servicio público frente al liberalismo decimonónico.

El servicio público, como comentaremos más adelante, fue un medio adecuado para pasar de una sociedad rural con grandes desequilibrios sociales —sin atención sanitaria universal, sin sistema educativo, sin comunicacio-

(124) Con la gestión indirecta por parte de los particulares de un servicio público subjetivo podrá haber una cierta competencia, pero no auténtica libertad de empresa, como pretende Muñoz Machado. Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Loc. cit.*, pág. 350. Cfr. A. TRONCOSO: *Op. cit.*, págs. 85-95, 104, 105 y 160.

nes— a una sociedad desarrollada y más justa. Como señala Ariño, «[e]l servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy —como dice José Luis Villar— hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa» (125).

El concepto de servicio público debe mantenerse preferentemente para aquellas actividades de interés general reservadas a un sólo operador —que suele ser una empresa pública— en régimen de monopolio, a partir del artículo 128.2 CE, que es una posibilidad admitida por el artículo 86.2 TCE. Así, el artículo 1.2 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, señala que «[l]os servicios postales son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público, los servicios regulados en el Título III». El artículo 18 señala que «[q]uedarán reservados, con carácter exclusivo, al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, al amparo del artículo 128.2» un conjunto de servicios como el de giro, la recogida, admisión, clasificación, entrega, tratamiento, curso, transporte y distribución de cartas y tarjetas postales, etc. Esta encomienda se hace a la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos —Disposición Adicional Primera— que tiene unos derechos especiales y exclusivos y un conjunto de privilegios como beneficiarse del procedimiento de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, exención de tributos sobre los servicios reservados, etc. (126).

En cambio, no se debe mantener el concepto de servicio público cuando el propio Legislador no lo recomienda. Así, la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, ya derogada, de Ordenación de las Telecomunicaciones afirmaba que *no tendrán la consideración de servicio público* los servicios de valor añadido que utilicen como soporte exclusivamente a servicios finales de telecomunicación o a servicios portadores que utilizan redes conmutadas —artículos 14 y 21—. La Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por satélite afirmaba claramente que los servicios de telecomunicaciones para cuya prestación

(125) Cfr. G. ARIÑO: «Significado actual», *cit.*, pág. 23.

(126) La actividad de radiodifusión sigue siendo servicio público cuya titularidad corresponde al Estado —artículo 1, Ley 10/1988, de 3 de mayo, y —artículo 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión—. En cambio, en materia de telecomunicaciones sólo son servicios reservados las «redes, servicios, instalaciones y equipos de telecomunicaciones que desarrollen actividades esenciales para la defensa nacional» —artículo 5, Ley 11/1998, de 24 de abril—.

se utilicen de forma principal redes de satélites de comunicaciones *no tendrán la consideración de servicio público* —artículo 1.1— (127). La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, afirma en la Exposición de Motivos que esta nueva ley trata de introducir en nuestro ordenamiento jurídico «realidades técnicas y mercantiles socialmente asumidas, pero *carentes, en este momento, del encaje legal adecuado*». La supresión de la reserva en favor del Estado «responde a la necesidad de configurar tal Estado como regulador y no como ejecutor de unas determinadas actividades industriales». Así, sigue diciendo la Exposición de Motivos, «*se suprime en el sector del gas la consideración de servicio público*. Se estima que el conjunto de las actividades reguladas en esta ley no requieren de la presencia y responsabilidad del Estado para su desarrollo. No obstante, se ha mantenido para todas ellas la consideración de actividades de interés general que ya reconocía la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero». La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, afirma en su Exposición de Motivos que «*se 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 demandantes del servicio dentro del territorio nacional. *La explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal* desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente de la gestión económica y técnica del sistema».

La propia doctrina francesa del servicio público ha asumido la difícil compatibilidad de esta categoría con los servicios de interés general comunitario y con los fundamentos ideológicos de la Unión Europea (128). Así, el Consejo de Estado francés, en el *Rapport public* de 1994, ha imputado a la Comunidad Europea la principal responsabilidad de la nueva crisis del servicio público,

(127) En cambio, la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, afirmaba el carácter de servicio público de las telecomunicaciones por cable —artículo 1.1—, lo que republicaba algunos servicios de valor añadido que la ley Ordenadora de las Telecomunicaciones había despublicado. Toda esta normativa ha quedado derogada por la Ley 11/1998. Cfr. G. ARIÑO, J. M. CUÉTARA, L. AGUILERA: *Las telecomunicaciones por cable*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

(128) Cfr. recientemente el estudio «Le service public et la construction communautaire», en *RFDA*, núm. 2, 1995; M. BAZEX: «L'appréhension des services publics par le droit communautaire», págs. 295-303; M. VOISSET: «Le service public autrement (de quelques effets du droit communautaire sur le droit française des services publics industriels et commerciaux)», págs. 304-319; C. BOITEAU: «Concept communautaire de service public et services publics locaux», págs. 320-334; S. RODRIGUES: «Comment intégrer les principes du service public dans le droit positif communautaire (quelques propositions)», págs. 335-342.

acusándola de ignorar abiertamente la existencia de esta categoría. Este enfrentamiento entre servicio público y derecho comunitario ha sido presentado como la destrucción de una civilización asociada a la igualdad republicana de derechos. Se habla así de la «no Europa», del coste de la «Europa sin servicio público», del servicio público como un activo cultural al que no se puede renunciar (129).

Esto no es óbice para que se pueda seguir utilizando este término del servicio público en sentido abstracto sin el contenido que hasta ahora se le ha atribuido, al igual que se alude a los poderes públicos sin precisar a qué nos estamos refiriendo realmente. Como apunta Fernández Farreres, tal vez «lo único que no se arrumba es sencillamente, su *nomen iuris*, el término servicio público, pero sí su contenido sustancial, o, al menos, dada la pluralidad de contenidos que la doctrina ha incluido bajo esa categoría, el que en algunos casos el legislador no ha dudado en atribuir al servicio público. Al final, pudiera parecer que todo se diluye en un problema terminológico, en un ponerse previamente de acuerdo en qué se entiende por servicio público, porque de ello depende definitivamente que mercado y servicio público puedan o no compatibilizarse» (130). Así, la Directiva 96/19 —artículo 1.1—, que ha introducido entre las definiciones del artículo 1 de la 90/388 la del servicio público de telecomunicaciones, afirma que por tal se entiende «un servicio de telecomunicaciones accesible al público», lo que, como señala Martínez López-Muñiz, «tiene poco que ver con la significación que estamos habituados a dar a estos términos en el Derecho administrativo español» (131). Una cosa es dar con un concepto de servicio público «flexible, evolutivo y adaptado a la disponibilidad de tecnologías apropiadas», otra cosa distinta es que el resultado que se obtenga no tenga nada que ver con lo que hasta ahora se entendía por servicio público (132).

(129) *Rapport Public* del Consejo de Estado francés de 1994 titulado «Service public, services publics, déclin ou renouveau?», *Etudes et documents*, núm. 46, 1994, págs. 13-254. Igualmente, una Resolución de la Asamblea Nacional, presentada por la delegación francesa en la Unión Europea, afirmaba que «los principios del servicio público tocan a la organización misma de la sociedad francesa y no son negociables, en particular con las instancias comunitarias... [S]ólo el pueblo francés está legítimamente habilitado para definir estos principios y sacar las consecuencias en términos de organización». Ambas referencias las recoge S. MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, págs. 32-33.

(130) Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Loc. cit.*, pág. 350.

(131) Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *Loc. cit.*, pág. 233.

(132) Cfr. Disp. Transitoria cuarta de Ley de 22 de diciembre de 1995 de Telecomunicaciones por Cable. Así, por ejemplo, T. R. Fernández propone para la reivindicación del concepto de servicio público, un retorno a Duguit más que a Hauriou, es decir, a una idea amplia de servicio público entendido como actividad que, por su carácter social, debe ser regulada y controlada por los poderes públicos para garantizar su cumplimiento, *sin prejuzgar ningún régimen jurídico concreto*. Cfr. T. R. FERNÁNDEZ: *Loc. cit.*, pág. 48.

El servicio público reservado y los monopolios económicos del artículo 128.2 CE se han quedado tan trasnochados como la planificación de la actividad económica del artículo 131 CE. No tiene sentido la actividad doctrinal de recuperación —de salvamento— de un concepto como el de servicio público, que no refleja ya la realidad social ni la legislativa. El mantenimiento de la dogmática del servicio público llevaría a una esquizofrenia: por un lado irían la legislación y la realidad económica, por otro lado la teoría y la doctrina (133). Además, no vale la pena tratar de reconstruir un concepto que ha sido hasta ahora el reino de las vaguedades. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina necesita un lenguaje común del que ahora se carece por completo. Mantener la categoría del servicio público para las nuevas realidades económicas dificultaría la comprensión del Derecho público y representaría un grave riesgo de hipervalorización de todo el sistema.

La actividad doctrinal no puede consistir en la defensa acrítica de categorías antiguas puestas en entredicho, sino que tiene que renovarse cuando el Derecho administrativo cambia. La necesidad de adaptarse a la realidad —y a la legislación— obliga a volver la vista al Derecho constitucional, que siempre permanece, que es siempre preferente y principal. Pierden sentido cada vez más los debates sobre categorías administrativas cuando existen otros conceptos, otras categorías, con base constitucional mucho más fuerte que la del servicio público.

IV. LAS CATEGORÍAS PROPIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL O EL RETORNO A LA CONSTITUCIÓN COMO DERECHO QUE PERMANECE

Uno de los problemas principales que se plantean en el debate sobre los servicios públicos es la identificación que se hace entre esta categoría y la del Estado social. El servicio público nace, como hemos visto, cuando aparece una preocupación social en el Estado y cuando se toma conciencia de la función social del poder público. Así, el Estado está legitimado para ejercitar poderes soberanos dentro de ámbitos tradicionalmente en manos de los particulares en tanto que es titular de servicios públicos. El servicio público es sinónimo de responsabilidad social y es algo que se opone a los asuntos o intereses privados (134).

(133) Cfr. J. L. MEILÁN: *Loc. cit.*, pág. 80.

(134) Cfr. J. L. VILLAR: «Prólogo», *cit.*, pág. 10, y J. L. MEILÁN: *Loc. cit.*, págs. 81-85. No obstante, en ocasiones, como señala este último autor, los servicios públicos de titularidad estatal pero de gestión particular fueron profundamente antisociales porque potenciaron la creación de una burguesía de negocios —cuando no de capitalistas extranjeros— que se enriquecieron a costa de los monopolios.

La creciente influencia de las ideologías que proponían un mayor protagonismo del Estado en la atención de las reivindicaciones sociales consolidó y aumentó la presencia de los poderes públicos en distintos sectores. Las guerras mundiales y la configuración de una sociedad cada vez más urbana e industrial incrementó exponencialmente las necesidades sociales y, con ellas los servicios públicos. Nacieron así servicios como el de electricidad, telefonía, agua, correo, que se quisieron asegurar tanto en las ciudades como en los ámbitos rurales. El servicio público fue visto como una prestación debida del Estado a los ciudadanos, como un conjunto de derechos que el Estado debe garantizar. El servicio público se constituyó en una garantía tanto de la dignidad de la persona como del funcionamiento global de la sociedad y de la economía.

El Derecho administrativo da buena cuenta de esta consolidación de los servicios públicos, de manera que se puede afirmar que este ordenamiento dio los primeros pasos en la socialización del Estado antes de que éste cobrara reflejo en el Derecho Constitucional. En la historia del derecho, el Legislador ha ido frecuentemente por delante del Constituyente. Como ya hemos señalado, la categoría del servicio público tiene su origen a finales del siglo XIX en Francia con la paternidad doctrinal de Hauriou y Duguit, y, especialmente, de su Consejo de Estado —arrêt Blanco de 8 de febrero de 1873 y arrêt Terrier de 6 de febrero de 1903—. En cambio, el concepto de Estado Social se configura posteriormente por la doctrina alemana —Heller, Abendroth, Forsthoff— y aparece en las Constituciones del período de entreguerras como la Mexicana de Querétano de 1917, la alemana de Weimar de 1919 o la española de la II República de 1931, y, especialmente, en los textos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial —Constitución Italiana de 1948, Ley Fundamental de Bonn de 1949—. Herman Heller acuñó la expresión Estado Social como representativo de las nuevas funciones de los poderes públicos, que no se preocupan sólo por asegurar la libertad de los ciudadanos, sino también por su situación económica, reconociendo ciertos derechos sociales (135).

La positivización del Estado social, que es posterior a la acuñación del concepto de servicio público, se materializa también en nuestro país. Así, la Constitución Española de 1978 califica nuestra forma política como Estado social de Derecho y reconoce como valores superiores la justicia y la igualdad. La

(135) Cfr. H. HELLER: «Rechtsstaat oder Diktatur» (1929), en *Gesammelte Schriften*, II, Leiden, 1971; E. FORSTHOFF: *El Estado de la Sociedad industrial*, IEP, Madrid, 1975, págs. 120-122, y *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958, págs. 62-63 y 473-480; W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF y K. DOERING: *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986; L. LÓPEZ GUERRA: *Introducción*, cit., págs. 159-171.

proclamación del Estado social justifica de por sí la intervención de los poderes públicos en la sociedad y en la economía. Ya no hace falta la categoría del servicio público para superar la separación radical entre el Estado y la sociedad, ya que el Estado Social refleja «la interacción entre Estado y sociedad» —STC 18/1984—. Se establece así la obligación para los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud —artículo 9.2 CE—. El servicio público, como técnica de habilitación al Estado para intervenir en la sociedad, ha quedado desfasado por un ordenamiento constitucional que autoriza a los poderes públicos a regular las relaciones sociales, limitando derechos individuales y garantizando la subordinación de la riqueza al interés general. Dentro de este ámbito se situaría también el reconocimiento de derechos económicos y sociales en el Título I y la iniciativa pública en la actividad económica del artículo 128.2 CE (136).

No podemos, por tanto, estar de acuerdo con quienes mantienen una «inadaptación del Derecho Constitucional» para asegurar prestaciones básicas de los ciudadanos (137). Los conceptos de Estado social o de derecho fundamental, que ahora analizaremos brevemente, hacen innecesario acudir a la categoría del servicio público, que no es, como ya hemos señalado, una noción clave en el Derecho constitucional. Las Constituciones europeas han aceptado más ampliamente la noción de Estado social que la de servicio público, ésta última de origen francés y ajena por completo a la tradición alemana y anglosajona. Ya hemos señalado como el Derecho Comunitario ha renunciado a los servicios públicos de titularidad estatal como garantía de la continuidad y universalidad de algunas prestaciones básicas y ha configurado servicios de interés económico general. Por ello, a la hora mantener la efectividad de determinadas prestaciones sociales en el marco de las directivas y de los reglamentos comunitarios de liberalización de los mercados, la doctrina alemana de la procura

(136) Cfr. A. GARRORENA: *El Estado Español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984; J. PÉREZ ROYO: «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social», *REDC*, núm. 10, 1984, págs. 157-181.

(137) No parece acertada la afirmación de Cuétara de que «el Derecho europeo aporta la juridicidad y exigibilidad de conductas que no proporciona el Derecho constitucional», *cit.*, págs. 138 y 142, cuando la Constitución afirma la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales sin mediación legal, establece garantías jurisdiccionales, etc. Sobran trabajos que han analizado adecuadamente la Constitución económica. Entre los primeros cfr. L. LÓPEZ GUERRA: «Las dimensiones del Estado social», *Sistema* núms. 38-39, 1980, págs. 171-191; entre los más recientes, cfr. M. ARAGÓN: *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

existencial —la *Daseinsvorsorge*— y del Estado social parecen más adecuadas que la categoría francesa del servicio público (138).

1. *Servicio público o Estado social*

Los antiguos servicios públicos presentan una doble faz: por un lado, son resultado de una preocupación por las necesidades vitales de los ciudadanos y por los derechos sociales; por otro lado, son deudores de una ideología determinada que implicaba directamente a los poderes públicos en el desarrollo económico. Pues bien, si la primera de estas características perdura dentro del concepto del Estado social, la segunda, que es reflejo de un modelo concreto de política económica, ha quedado en entredicho (139). El Derecho Constitucional, al conformar la categoría del Estado social, asume la necesidad de mejorar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos que estaba presente en el surgimiento de los servicios públicos, pero no acoge esta categoría ni su régimen jurídico. El establecimiento de servicios públicos es una manera de materializar la preocupación social del Estado, pero no es la única técnica constitucional posible. La Constitución económica es un marco que admite muchas opciones distintas para garantizar los derechos económicos y sociales. La Constitución no ha cerrado el pluralismo económico y administrativo, lo que es lo mismo que afirmar el principio democrático o la libertad del legislador en este campo y en otros muchos.

Por tanto, el servicio público no es un elemento consustancial o definitorio del Estado social. La declaración de una actividad como servicio público subjetivo o la prestación directa de una labor de solidaridad por parte de los poderes públicos no son exigencias constitucionales dimanantes del Estado social.

(138) Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *Op. cit.*, pág. 551, nota 361. Esto lo reconoce también MUÑOZ MACHADO cuando afirma que «la doctrina del servicio público no ha llegado a señorear de modo tan patente los sistemas constitucionales como la idea del Estado social, que expresa un orden de obligaciones y compromisos semejantes, pero que está construido, sobre todo, desde las raíces intelectuales alemanas», *op. cit.*, pág. 107. No obstante, la teoría alemana de la *Daseinsvorsorge* no atribuye al Estado la titularidad de la actividad ni considera a los particulares gestores concesionarios de la Administración. Este concepto de *Daseinsvorsorge* es acuñado en 1938, por E. FORSTHOFF —que conecta aquí con las ideas de Karl Jaspers—, en una obra titulada precisamente *Die Verwaltung als Leistungsträger*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1938. Cfr. más ampliamente L. MARTÍN-RETORTILLO: «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de “Daseinsvorsorge”», *RAP*, núm. 38, 1962, págs. 35-65.

(139) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ: «Empresa pública y servicio público: el final de una época», *cit.*

El núcleo esencial del Estado social reside en el reconocimiento de unos derechos sociales; es decir, el Estado social constitucionaliza el derecho a obtener unas prestaciones, no un determinado sujeto prestador, unos logros, no unos medios. El Estado social obliga a garantizar unas prestaciones sociales a los ciudadanos, pero no exige que sea el Estado quien desarrolle estos servicios (140).

Es cada vez mayor la doctrina que señala que, entre las diferentes alternativas para desarrollar una actividad de prestación social, la gestión pública es la menos eficiente. En cambio, la provisión privada de servicios permite la prestación en régimen de competencia, pudiendo ser éstos financiados por los poderes públicos para aquéllos que carezcan de los recursos necesarios. Cuando el servicio se somete a la disciplina del mercado, el gestor se plantea permanentemente la mejora de la prestación que ofrece al ciudadano, contemplándolo como un cliente al que hay que retener. Al Estado le corresponde principalmente —porque es una función pública soberana que se incluye dentro de la reserva de Administración y para la cual es insustituible— la función de regulación —estableciendo las condiciones de las prestaciones—, y en su caso, de fomento, garantizando de esta forma la continuidad de estos servicios. El establecimiento, en su caso, de un servicio de interés económico general garantiza la universalidad de la prestación —de manera que no se dejen zonas de territorio que por razones de desagregación de la población no son rentables— a unos niveles de calidad y precio adecuados.

Ahora bien, si los particulares no se hacen cargo de estas prestaciones sociales o las satisfacen de manera insuficiente —falta de regularidad, tarifas desproporcionadas, desigualdad de los usuarios—, corresponde a la iniciativa pública, en atención al principio de subsidiariedad, prestar directamente estos servicios, acogiéndose a la posibilidad que le brinda el artículo 86.2 TCE (141). Esto es una consecuencia de la efectividad de los derechos sociales, que pueden ser exigidos por los ciudadanos, y que son indiferentes del sujeto prestador. No obstante, la iniciativa pública que garantice los derechos sociales puede llevarse a cabo con independencia de que estos ámbitos no sean considerados servicios públicos (142).

(140) Cfr. L. LÓPEZ GUERRA: *Loc. cit.*, págs. 179-182 y 189-190.

(141) No obstante, esto no se producirá si el Estado distribuye razonablemente las zonas rentables con las no rentables, de manera que siempre sea atractiva la oferta.

(142) En todo caso, hay que afirmar que la Constitución —como se deduce del artículo 128.2— no ha recogido el principio de subsidiariedad. Como ha señalado López Guerra, «la discrecionalidad de la acción económica se extiende en ambas direcciones [principio de compatibilidad y principio de subsidiariedad]». Cfr. L. LÓPEZ GUERRA: «Un Estado Social», en J. DE ES-

En todo caso, como ya hemos señalado, nuestra Constitución prevé la existencia de tres Administraciones prestacionales, exigiendo de esta manera a los poderes públicos que desarrollen directamente determinadas actividades de interés general, e impidiendo así que desvíen su responsabilidad hacia los particulares. Nos estamos refiriendo a la Seguridad Social —artículo 41 CE—, a los centros educativos públicos —artículo 27.5 CE— y a los medios públicos de comunicación —artículo 20.3 CE—. Así, aunque la Constitución permite el libre ejercicio de estas actividades por la iniciativa privada —la declaración de servicio público subjetivo de la actividad de radiodifusión es una posibilidad pero no una exigencia constitucional—, son tan importantes los derechos a la información, a la educación y a la salud —combinado con el mantenimiento de un sistema de previsión social— que exigen la existencia de un Estado prestador, frente al cual se puedan invocar directamente estos derechos, por lo que estas Administraciones representan una barrera insuperable a su privatización.

Podemos concluir afirmando que el retroceso de la acción de los poderes públicos sobre la sociedad que se concreta en la despublicación de algunas actividades consideradas tradicionalmente servicios públicos y en la privatización de empresas públicas no equivale, como aparentemente se quiere hacer creer, a una reducción drástica de los servicios de carácter social y al abandono puro y duro de las necesidades mínimas en manos de la competencia y del mercado, y por tanto, no representa un ataque a la proclamación constitucional del Estado social. La defensa del mercado como mecanismo capaz de satisfacer ciertas necesidades no supone una vuelta al liberalismo decimonónico ni implica abandonar los objetivos de solidaridad, cohesión social o equidad, ya que es compatible con el establecimiento de correcciones en el funcionamiento del mercado para poder atender a aquellos intereses generales que no son satisfechos con el exclusivo juego de las fuerzas de mercado (143).

TEBAN y L. LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, I, Labor, Barcelona, 1980, pág. 339. No obstante, este principio si se deduce claramente del Derecho Comunitario —*supra*, texto correspondiente a las notas 69-74—.

(143) No obstante, algunas políticas privatizadoras que conllevan el encarecimiento o la reducción del nivel de prestación afectan negativamente a los derechos sociales. Esto ocurre, por ejemplo, en la privatización de la financiación, que transfiere a los consumidores parte del gasto estatal en medicamentos. La proclamación constitucional del Estado social como límite a la privatización y, más en concreto, la reversibilidad de las conquistas sociales son cuestiones delicadas que merecen un estudio más matizado. Nos remitimos a lo ya afirmado en nuestro trabajo *Privatización*, cit., págs. 296-304. Sobre los problemas para compatibilizar prestaciones públicas y el crecimiento de gastos, cfr. L. LÓPEZ GUERRA: *Introducción*, cit., págs. 109-110; M. ARAGÓN: *Libertades económicas*, cit., págs. 134-137. Cfr. también H. H. VON ARNIM: *Rechtsfragen der Privatisierung. Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit und Privatisierungsangebote*, Karl

2. El concepto de derecho fundamental y su vertiente objetiva

El segundo concepto constitucional que sustituye a la dogmática del servicio público es el de derecho fundamental. Los ciudadanos no requieren el mantenimiento de la calificación de servicios públicos de algunas actividades como instrumento de garantía de determinadas prestaciones básicas. Estas prestaciones se encuentran aseguradas en los textos constitucionales de dos maneras: por una parte, a través de la inclusión en los mismos de un elenco de derechos económicos y sociales; por otra, a partir de la comprensión de los derechos constitucionales como derechos fundamentales (144). La socialización progresiva del Estado no se ha concretado únicamente en la inclusión de un listado de derechos sociales en las Constituciones sino, sobre todo, en el reconocimiento de que todos los derechos de la esfera personal y de libertad tienen también una vertiente prestacional. No hay libertad de cátedra sin Universidades, no hay inviolabilidad de domicilio sin domicilio privativo, no hay derecho a la libertad personal sin procedimiento de *habeas corpus* o si se depende de otros para la subsistencia (145). La categoría de derecho fundamental, como ha señalado Rubio LLorente, no significa un nombre nuevo a una categoría vieja, sino que representa un nuevo contenido de los derechos constitucionales (146). La noción derecho fundamental implica que todo derecho, a partir de su reconocimiento constitucional, no sólo tiene una vertiente subjetiva —un substrato subjetivo que exige una ausencia de intromisión de los poderes públicos en unas esferas de libertad individuales—, sino también una vertiente objetiva, que implica la obligación de los poderes públicos de desarrollar una conducta activa en garantía de estos derechos. Todo derecho fundamental es, a la vez, un derecho de libertad y un derecho de prestación. Por consiguiente, la constitucionalización de los derechos económicos y sociales y la vertiente prestacional de todo derecho fundamental son, en sí mismos, una habilitación, una autorización para que los poderes públicos lleven a cabo una intervención en

Bräuer Institut des Bundes der Steuerzahler, Wiesbaden, 1995, pág. 29; E. STEIN: *Staatsrecht*, 14.ª ed., Tubinga, 1993, par. 21.II y III; W. DÄUBLER: *Privatisierung*, cit., pág. 152; W. THIELE: «Das Problem der Privatisierung —rechtlich gesehen—», *GewArch*, 1980, cuaderno 4, pág. 107. Cfr. BVerfGE 22, 180ff, 204 y BVerfGE 71, 66ff, 80. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el legislador está legitimado para adaptar las políticas sociales a la situación económica, pudiendo reducir la cuantía de las pensiones. Cfr. sobre esta cuestión SSTC 134/87, de 21 de julio —BJC 76/77—; 97/1990, de 24 de mayo y 100/1990, de 30 de mayo —ambos BJC 110—.

(144) Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, y A. E. PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.

(145) Cfr. L. LÓPEZ GUERRA: *Introducción*, cit., págs. 108-114.

(146) Cfr. F. RUBIO LLORENTE: *Loc. cit.*, pág. 4.

la sociedad en garantía de estos derechos —limitando, en ocasiones, otros—, lo que sustituye la primitiva función del concepto de servicio público. No es extraño que Francia, cuna de la noción de servicio público, ignore el concepto de derecho fundamental, que, al igual que el del Estado Social, ha nacido en Alemania (147).

Por lo demás, es claramente erróneo afirmar que el servicio público es la fuente de los derechos de los ciudadanos. Esto ocurriría cuando las Constituciones no tenían parte dogmática importante, ni reconocían derechos económicos y sociales, pero no ahora. Curiosamente, la Constitución no reconoce servicios públicos sino derechos. Tampoco es la categoría del servicio público la garantía última de estos derechos de prestación, sino la propia Constitución que afirma que los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I vinculan a los poderes públicos, estableciendo un conjunto de garantías jurisdiccionales específicas para su protección —artículos 24 y 53 CE—. Dentro de la tutela judicial de estos derechos de prestación, la jurisdicción contencioso—administrativa no es la única eficaz —aunque tal vez sí la más eficaz—. En todo caso, no parece justificado la declaración de servicio público de una actividad como medio para facilitar la tutela de las prestaciones por los Tribunales Contencioso-administrativos (148).

Así, hay prestaciones que constituyen auténticos derechos fundamentales económicos y sociales como el derecho a recibir información —artículo 20

(147) El concepto de derecho fundamental contiene una idea de hombre y de civilización, que parte de que el reconocimiento constitucional de la libertad no sólo implica autonomía o independencia, sino también sociabilidad o religación; es decir, libertad individual conectada con un proyecto social y con la participación en las decisiones colectivas.

El principio de que la libertad del individuo no es absoluta, sino que está vinculada al interés general tiene su encaje en la tradición filosófica española en el concepto zubiriano de religación —obviamente anclado en Locke y no en Hobbes o en Schmitt— y en la importancia de los valores de la justicia y de la igualdad, del que se ha hecho eco Sánchez Agesta. Cfr. la voz «Zubiri» en el Diccionario Ferrater Mora. Cfr. también L. SÁNCHEZ AGESTA: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, 1985, pág. 101.

(148) En Alemania, la disociación entre actividad de «Derecho privado administrativo» —de servicio público— o de iniciativa empresarial tiene consecuencias en la protección judicial, ya que en el ordenamiento jurídico alemán sólo la primera actividad descrita goza del amparo del artículo 19.4 LF —«toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el *poder público*, podrá recurrir a la vía judicial»—, quedando la segunda actividad únicamente bajo la protección de la cláusula de la tutela jurisdiccional *general* que, en la Constitución alemana, se hace derivar del principio del Estado de Derecho y cuyo nivel de protección es menor que el exigido por el artículo 19.4 LF. Cfr. K-P. SOMMERMANN: «La justicia administrativa alemana», y J. BARNES: «La tutela judicial efectiva en la *Grundgesetz* (art. 19.IV)», en J. BARNES (coordinador): *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 43-60 y 146-165.

CE—, el derecho a una asistencia letrada si se carecen de medios económicos para litigar —artículo 24 CE—, el derecho a una educación gratuita —artículo 27—, etc. Estos derechos pueden ser exigidos directamente a los poderes públicos a partir de la propia Constitución. Por otro lado, hay otras prestaciones que tienen su encaje en los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I y que, por tanto, sólo pueden ser alegados como derechos a partir de la Ley —que crea el servicio de interés general— que los desarrolla —artículo 53.3 CE—.

El Estado social se vertebra sobre unas prestaciones concretas que son auténticos derechos y que son por ello exigibles por los ciudadanos. La evolución del modelo de Estado hacia el Estado social está basado en la eficacia de estos derechos sociales. A pesar de ello, existe una visión de los servicios públicos que los presenta como la realización de las previsiones constitucionales respecto a las prestaciones que la población debe recibir. A cada derecho fundamental le correspondería un servicio público. Sin embargo, la elección del modo de cumplimiento de las obligaciones sociales del Estado está en manos del legislador, que dispone de un amplio margen de libertad. Así, el Estado puede crear un servicio público subjetivo, una empresa pública que presta el servicio o puede adoptar una posición subsidiaria de la iniciativa privada. La Constitución, como ya hemos señalado, exige únicamente el mantenimiento de tres Administraciones prestacionales que son límite al legislador.

Se puede decir, por tanto, que en la actual configuración del Estado muere el servicio público tradicional en su día sacralizado como *Deus ex machina* del Estado Benefactor (149), pero perviven con igual fuerza los derechos sociales que lo justificaban. La actividad social del Estado que antes presentaba la forma de servicios públicos, ahora se plantea más bien como una labor externa de protección de los derechos fundamentales para hacerlos reales y efectivos. El Estado Social y Democrático es la organización política de una Nación que desca establecer una sociedad democrática avanzada y que obliga a los poderes públicos a una actividad de promoción de los derechos fundamentales. Así, la defensa de la solidaridad que el mercado es incapaz de dar no debe consistir en defender conceptos tradicionales de nuestra cultura jurídica como el de servicio público, sino en mirar a las fuentes constitucionales, en especial, al concepto de Estado social y a la categoría de derecho fundamental.

(149) Cfr. J. M. DE LA CUÉTARA: «Tres postulados», *cit.*, pág. 112.

3. *Las raíces constitucionales del concepto comunitario de interés económico general*

Los servicios de interés económico general no sólo no son ajenos al Derecho constitucional, sino que encuentran su explicación en este ordenamiento. Como hemos señalado, el establecimiento de obligaciones de servicio se justifica en el deber del Estado de garantizar los derechos fundamentales cuando éstos no se satisfacen en un régimen de pleno mercado. No hay libertad y secreto de las comunicaciones —artículo 18.3 CE— sin asegurar la existencia de un servicio postal universal o de redes de telecomunicaciones, no hay libertad de circulación —artículo 19 CE— si los poderes públicos no intervienen para asegurar la libertad de movimientos de las personas que viven en territorios insulares, etc. La actuación del Estado se justifica, por tanto, en la vertiente objetiva de los derechos fundamentales. Igualmente, las Leyes que reconocen derechos de prestación —necesarios para llevar a cabo una vida digna— dentro de servicios de interés económico general son, en muchos casos, desarrollo de principios rectores de la política social y económica, que pueden ser, de esta forma, reclamados ante los órganos jurisdiccionales (150).

Igualmente, la regulación que establece en abstracto las condiciones a que han de sujetarse determinadas empresas no supone ataque alguno a su libertad empresarial —STC 83/1984—. Las obligaciones de servicio universal que se pueden imponer a las empresas que desarrollan estos servicios se encuadrarían dentro de los límites constitucionales a la libertad de empresa. Muchas de estas obligaciones —por ejemplo, la universalidad y el acceso de terceros— son consecuencia del sometimiento de las empresas privadas a los derechos fundamentales, y, en especial, a la prohibición de discriminación del artículo 14 CE. Así, si bien los particulares están menos vinculados a los derechos fundamentales que los poderes públicos, las empresas privadas sometidas a licencias o a autorizaciones administrativas se encuentran más vinculadas a estos derechos a partir de la existencia de una *state action*, lo que les impide, entre otras cosas, la selección arbitraria de su clientela. La igualdad de los ciudadanos no es tan-

(150) El artículo 49 de la Ley 34/1998 afirma que «[t]odos los consumidores tendrán derecho al suministro de productos derivados del petróleo en el territorio nacional, en las condiciones previstas en la presente Ley y en sus normas de desarrollo». El artículo 10 de la Ley 54/1997 señala que «[t]odos los consumidores tendrán derecho al suministro de energía eléctrica, en el territorio nacional, en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, con la colaboración de las Comunidades Autónomas». Igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley 24/1998 dice que «el régimen de precio que se prevé por la prestación del servicio universal no reservado al operador al que se encomienda llevar a cabo éste, garantiza suficientemente los derechos de los usuarios del servicio postal».

to un criterio tradicional de la idea misma de servicio público, cuanto un principio constitucional de obligado cumplimiento. La empresa que desarrolla un servicio de interés económico general tiene que garantizar el acceso de terceros y no puede establecer especificaciones discriminatorias a potenciales usuarios.

De la misma forma, otras obligaciones de servicio de interés general como la continuidad, la regularidad, la calidad o el precio se justifican en la posibilidad que tiene el Estado de limitar la libertad de empresa para proteger otros intereses constitucionales específicos como la defensa de los consumidores y usuarios —artículo 51 CE y STC 88/1986—. Las limitaciones extraordinarias o la obligación de suspender las exportaciones en caso de escasez de suministros se ajustan también a la previsión constitucional del Estado de Alarma —artículo 116.2 CE—. Otros límites a la autonomía de voluntad de la empresa en beneficio del interés general se justifican en la protección de otros derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones —artículo 18.3 CE— o la intimidad frente al uso de la informática —artículo 18.4 CE—. En especial, muchos límites de la libertad de empresa —como la obligación de prestar las infraestructuras a terceras empresas— son consecuencia del cumplimiento de la función social de toda propiedad —artículo 33.2 CE—, que el artículo 38 CE no puede exonerar —STC 37/1987—. Así, todas las libertades económicas están afectadas a los fines sociales. No olvidemos que un principio básico de la Constitución económica es que «[t]oda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general» —artículo 128.1 CE—. La función social significa que el derecho de propiedad no es sólo un derecho individual sino que a su vez alberga unos deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, «en atención a valores o interés de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto del dominio esté llamada a cumplir» —STC 37/1987—. No olvidemos que, en nuestro país, las libertades económicas se encuadran en la Sección II del Capítulo II del Título I y no tienen el carácter de preferentes. De esta forma, los poderes públicos apoyándose en el Derecho constitucional pueden imponer obligaciones en la regulación de los servicios de interés económico general.

Por otra parte, el establecimiento en su caso de una compensación económica para aquellas empresas que cumplan las obligaciones de servicio universal encuentra también su justificación en el Derecho Constitucional. Imponer a la propia empresa que desarrolla el servicio la carga financiera de aquellos servicios universales claramente deficitarios que no pueden ser costeados por sus destinatarios sería contrario a la obligación de sostener los gastos públicos mediante un sistema tributario justo que respete el principio de igualdad —artículo 31 CE— y a la prohibición constitucional de privación de bienes por causa

justificada de utilidad pública o interés social sin la correspondiente indemnización —artículo 33.3 CE—.

Por último, dejar al mercado la satisfacción de los servicios de interés general sin establecer un régimen de autorización administrativa no significa ausencia de regulación, porque libre competencia no significa competencia sin reglas. Los límites a la libertad de empresa dentro de la economía de mercado garantizan otros derechos, como la seguridad en el trabajo —artículos 35 y 43—, la protección del medio ambiente —artículo 45 CE—, la libertad sindical y el derecho de huelga —artículo 28 CE—. Igualmente, la empresa tiene otras obligaciones como la de conocer y usar el castellano y las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas —artículo 3 CE y *Ley Catalana de política lingüística* de 7 de enero de 1998— (151).

4. *La socialización a través de las funciones públicas de soberanía y su diferencia de los servicios públicos*

El abandono de la declaración de servicio público y de la prestación directa de servicios por parte de empresas públicas no supone la desaparición de toda intervención de los poderes públicos sino su mutación. La actividad social del Estado se va a desarrollar ahora a través de las funciones públicas de soberanía, es decir, a través de la actividad de dirección política, de policía y de fomento. El Estado social es incompatible con la liberalización si por ésta se entiende la ausencia de una actividad reguladora del Estado que garantice el interés general. La *depublicatio* significa no una ausencia de regulación, sino un nuevo tipo de intervención reguladora del Estado (152). Por tanto, la huida de los servicios públicos y la vuelta a las primitivas funciones reguladoras del Estado no significa, en ningún caso, un retorno a la ideología del Estado liberal, sino que representa una forma distinta de materializar el Estado social.

(151) Cfr. el monográfico sobre Lenguas y Constitución en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 2, 1998.

(152) Frecuentemente la privatización de actividades se ha visto acompañada por una intensificación de la regulación de las actividades consideradas de interés general. Esto es lo que la doctrina alemana ha calificado como «Falsa privatización de tareas» —*Unechte Aufgabenprivatisierung*— Cfr. A. KRÖLLS: *Loc. cit.*, págs. 129-131, y T. BLANKE & D. STERZEL: «Probleme der Personalüberleitung im Falle einer Privatisierung der Bundesverwaltung», *Arbur*, núm. 9, 1993, págs. 265-267. E. Desdentado ha hecho referencia recientemente al agotamiento de las técnicas de intervención típicas del Estado social y a la sustitución del Estado prestador por un Estado regulador que fortalece la competencia y preserva el interés general de los ciudadanos. Cfr. E. DESDENTADO: *Op. cit.*, págs. 12, 164, 188-190.

La función social del Estado se desarrolla en primer lugar a través de la actividad de dirección política que lleva a cabo el Parlamento y el Gobierno. Son los poderes políticos del Estado los que establecen el mayor o menor nivel de protección social de un país y los que deciden qué actividades —y cuáles no— van a ser consideradas servicios de interés general. Igualmente, le corresponde en primera instancia al Parlamento —a través de la Ley— y al Gobierno —mediante el necesario desarrollo reglamentario— el establecimiento en su caso de las obligaciones de interés general que se imponen a las empresas que desarrollan la actividad. De la misma manera, el principio de legalidad exige que el Parlamento fije las potestades de control que va a tener la Administración. Si hemos admitido una amplia legitimidad política del Legislador para crear servicios públicos subjetivos —o del Gobierno para crear empresas públicas—, mucho mayor ha de ser ésta para establecer servicios de interés económico general. Este establecimiento dependerá de la voluntad del poder político y estará sometida más a un control político que a un control jurisdiccional, salvo en aquellos supuestos donde el mantenimiento de un servicio de interés general sea una exigencia constitucional. Este sería el caso, por ejemplo, de la actividad de regulación y supervisión de los centros educativos privados —no sólo de los concertados—, ya que la Constitución establece que «los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes» —artículo 27.8 CE—. Por tanto, lo que determina la existencia de un servicio de interés económico general es la voluntad del Legislador y de la Administración de asegurar unas prestaciones que se consideran exigencias de la dignidad de la persona a través de unas potestades más intensas de regulación y control. Es necesario concretar las prestaciones exigibles, diferenciando las prestaciones básicas de las complementarias. Los servicios de interés general no pueden albergar todas las prestaciones posibles, sino sólo aquellas que resultan financiables, ya que el derecho no garantiza utopías.

La actividad de policía albergaría la función administrativa de regulación, autorización, supervisión y sanción de los servicios de interés económico general. La trascendencia social de una actividad conlleva una mayor regulación y control de los poderes públicos que garantice la efectividad de los servicios. La actividad de fomento hace referencia a la financiación de los servicios universales deficitarios. Estas dos funciones, como ya hemos señalado, justifican la configuración de una Administración independiente que asegure una aplicación de la normativa de manera transparente, objetiva y no discriminatoria.

Como se puede comprobar, la actividad de los poderes públicos en los servicios de interés económico general es muy distinta a la de actividad servicio público, caracterizada por la publicación de una actividad o por la prestación directa de un servicio a través de empresas públicas o de particulares concesio-

narios (153). El Estado se limita ahora a organizar el funcionamiento del servicio y a garantizarlo externamente, estableciendo en su caso obligaciones de interés general, pero no a prestarlo. No tiene sentido afirmar que lo que se desarrolla es un servicio público constitucional, con la finalidad de mantener la categoría del servicio público, confundiéndola con las funciones públicas de soberanía (154). El concepto de servicio público no tiene nada que ver con las funciones públicas de soberanía, que existían con anterioridad a la aparición en la dogmática de la categoría del servicio público. Mientras que las funciones públicas de soberanía constituyen la reserva de Administración y suponen un ejercicio de autoridad, la actividad de servicio público se refiere a unas actuaciones económicas y sociales que no son típicamente administrativas y donde no se ejerce poder de *imperium erga omnes* (155).

No añade nada el dato de que los servicios administrativos que desarrollan funciones públicas no estén sometidos a las reglas de la competencia, ya que el Tratado de la Unión Europea establece que los servicios de autoridad, al no ser empresas públicas, no se encuentran obligados por el Derecho Comunitario de la competencia (156). Para hablar de empresas públicas tiene que haber una actividad económica o financiera (157). La liberalización y la competencia no pueden conllevar la obligación de admitir a no nacionales en el cumplimiento de funciones que supongan el ejercicio de poder público derivado de la soberanía y que lleve consigo la facultad de usar prerrogativas exorbitantes y un poder de coerción que se impone a los ciudadanos (158). De esta manera, las Sen-

(153) Cfr. *supra*, págs. 53-59.

(154) Así, Muñoz Machado emplea la confusa terminología del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, que habla de «servicios públicos constitucionales» o «servicios nacionales», para referirse a aquellos servicios cuya necesidad deriva de principios o reglas de valor constitucional. Muñoz Machado recurre a la doctrina francesa —L. Favoreu y L. Philip—, a pesar de que ésta no muestra estar muy avanzada en estas materias. Cfr. S. MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, págs. 123-128 y 156-164.

(155) Así, a pesar de que la Constitución alemana establece en el artículo 33.4 que «[e]l ejercicio, con carácter permanente, de funciones de soberanía será confiado, por regla general, a funcionarios del servicio público...», este «servicio público» no tiene nada que ver con la categoría que estamos analizando.

(156) El artículo 45.1 TCE —antigo 55.1— señala que «las disposiciones del presente Capítulo [sobre el Derecho de establecimiento] no se aplicarán [...] a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público».

(157) Tradicionalmente la doctrina administrativa ha calificado como empresas públicas a aquellos entes con personalidad jurídica distinta de la Administración pero controlados por ésta, que, bajo forma organizativa o en régimen jurídico de Derecho privado, llevan a cabo una actividad de producción industrial de bienes y servicios, sin la «existencia de poder de *imperium erga omnes*». Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: *Loc. cit.*, pág. 135, y A. TRONCOSO: *Op. cit.*, págs. 37-42.

tencias del Tribunal de Justicia *Reyners*, de 21 de junio de 1974, y *Eurocontrol*, de 19 de enero de 1994, dejan claro que las disposiciones de los Tratados no afectan a las actividades de soberanía, pero esto es así, no porque éstas sean un caso de servicio público excluido de la competencia, sino que, por no tener un carácter económico —por no ser empresas públicas ni actividades de servicio público—, no le son de aplicación las normas comunitarias de la competencia.

Por tanto, el hecho de que el funcionamiento adecuado de los mercados y la falta de eficacia de algunos servicios y empresas públicas hayan animado adoptar un conjunto de decisiones políticas tendentes a reducir la intervención pública directa en la economía no puede comprenderse utilizando la misma categoría del servicio público que sirvió para la ampliación de las funciones del Estado, cuando dejó de ser un garante externo y se convirtió en un sujeto que desarrollaba una intensa actividad de prestación social. O lo que es lo mismo: la necesidad de regular los sectores liberalizados y privatizados —abandonados por el Estado—empresario— para garantizar que la iniciativa privada cumpla unas prestaciones con el adecuado nivel de calidad y precio que alcance a la totalidad de la población —la idea de servicio universal— no puede significar, como pretende Muñoz Machado, «un reencuentro con la ideología del servicio público». La aparición de Administraciones independientes, que desarrollan funciones de regulación, supervisión y sanción, es consecuencia de la desvalorización de la actividad prestacional de los poderes públicos y es una concreta materialización del repliegue del Estado a sus funciones primarias de ordenación, por lo que estas nuevas Administraciones no pueden ser vistas como una forma de adaptación de la técnica tradicional del servicio público.

V. CONCLUSIONES

El Derecho administrativo, si bien ha cumplido un importante papel como límite al poder en ausencia de norma constitucional, tiene que ser reformulado a partir de la aprobación de la Constitución de 1978. La interpretación constitucional no puede ser una actividad de encaje de significados previos y de categorías dogmáticas mantenidas en obras científicas. Muchas de estas categorías, que fueron válidas durante años, han de ser revisadas a la luz del ordenamiento constitucional y de las transformaciones en la realidad económica y

(158) El Tribunal de Justicia ha excluido de la categoría de las empresas públicas a los establecimientos administrativos, mercantiles o de cualquier otra clase que ejerzan funciones de autoridad. Ahora bien, la expresión «ejercicio de poder público», por implicar un límite al Derecho de la competencia y a la libertad de establecimiento, debe ser interpretada restrictivamente —Sentencia *Reyners*, de 21 de junio de 1974—. El Tribunal de Justicia exige que haya una «participación directa y específica en el ejercicio de poder público».

legislativa. Los conceptos administrativos tradicionales no son límite al legislador y no siempre sirven para comprender lo que éste hace.

No existe una noción clara de servicio público, ni en la doctrina administrativa previa a la Constitución, ni a partir del propio texto constitucional. La Constitución se mantiene ajena al concepto de servicio público. En todo caso, se puede afirmar que la noción más extendida es aquella que se utiliza para describir una actividad de titularidad pública, que la Administración ejerce, bien directamente, bien a través de particulares concesionarios, noción esta que, además, encuentra acogida en el artículo 128.2 segundo párrafo CE. Por otra parte, la categoría del servicio público ha sido también utilizada para aludir a una función de interés general desarrollada por los poderes públicos. Ahí se encuadraría la actividad de las Administraciones prestacionales previstas en la Constitución —centros educativos públicos, Seguridad Social, medios públicos de comunicación—.

Los servicios públicos tradicionales se han visto afectados por el Derecho comunitario que ha establecido como regla general la liberalización de la economía —la *depublicatio*— y el sometimiento de la actividad económica al Derecho de la competencia. Han aparecido así unos servicios de interés económico general que se caracterizan —y se diferencian de los servicios públicos tradicionales— porque la actividad no es de titularidad pública sino que es ejercida por los particulares en régimen de libertad y que la prestación de interés general no es desarrollada por los poderes públicos sino por los particulares. Por tanto, la regla general es que esta actividad considerada de interés general sea desarrollada libremente en el mercado. Ahora bien, cuando esta actividad no va a ser cubierta por el empresario atendiendo a su propio interés comercial, los poderes públicos podrán imponer a las empresas obligaciones de servicio universal, que se desarrollarán también en régimen de libre competencia, aunque con una mayor intensidad de regulación. Sólo en última instancia se recurre al régimen de exclusiva —y a la supresión de la competencia— para garantizar las prestaciones vitales necesarias. Es decir, sólo se suprime el derecho de la competencia cuando ésta impida de hecho o de derecho la actividad de interés general —artículo 86.2 TCE—. De esta forma, la práctica totalidad de los servicios públicos tradicionales han sido despublicados a partir de distintas Leyes y normas comunitarias y han sido sustituidos por servicios de interés económico general, lo que evita el riesgo de que la renuncia a los servicios públicos deje abandonadas zonas o capas sociales donde los servicios no sean rentables en un régimen de mercado. En ese caso, la llamada «garantía pública» del servicio sólo se extiende a la regulación y al control externo de la actividad por parte de los poderes públicos. Los servicios de interés general no son *iniciativas* públicas —sólo excepcionalmente los prestan empresas públicas—, a menos que se califique como tal las obligaciones impuestas a los particulares. Se tendría que hablar mejor de servicios con garantía social. Los par-

ticulares van a desarrollar estos servicios —porque se piensa que lo hacen mejor— y los poderes públicos cumplen su función propia, que es ordenarlos y supervisarlos, y, en casos puntuales, financiarlos.

La pregunta debe ser ahora si la categoría del servicio público sirve para las nuevas realidades legales y económicas, y, en caso contrario, donde encontrarían éstas su encaje jurídico. Parece que la categoría del servicio público, que sirvió para permitir la intervención directa del Estado en la economía y describía una realidad de titularidad pública de las actividades —concesiones limitadas, monopolios— no puede ser la misma a la que vaya a ser empleada para explicar la retirada del Estado de la economía hacia funciones de regulación exterior, dejando paso a un sistema abierto de libertad de empresa —con autorizaciones regladas—, con libre competencia y sin reserva de titularidad de la actividad en beneficio del Estado. La misma noción de servicio público que define la titularidad pública de la actividad de radiodifusión o la actividad objetiva de prestación social de empresas públicas no puede servir para explicar la liberalización de las telecomunicaciones o la actividad de interés general de empresas privatizadas. La cuestión consiste ahora en saber si la categoría del servicio público va a sobrevivir a su objeto de estudio. A nuestro parecer, no se puede mantener una categoría que es incompatible con la realidad legal y económica. No se debe meter el vino nuevo de la liberalización comunitaria de los mercados en los odres viejos de la categoría del servicio público. Los conceptos tienen que servir para explicar la realidad legislativa y pueden dejar de ser válidos cuando esta realidad cambia. Si se mantienen, contribuyen frecuentemente a distorsionar la comprensión de esta realidad y a la hiperformalización de los sistemas jurídicos.

Desaparecido el servicio público —salvo para las actividades reservadas—, parafraseando a Soledad Puértolas, *aún nos queda el Derecho Constitucional*, que reconoce derechos fundamentales y proclama un Estado social. El servicio público es una de las tecnificaciones jurídicas posibles del Estado social, pero no es una exigencia constitucional. Los constituyentes no asumieron una única forma de materializar la preocupación social del Estado. Esto sería incompatible con el principio democrático y con el pluralismo ideológico del Estado constitucional. Así, los derechos sociales no se satisfacen únicamente a través de una actividad prestacional de los poderes públicos, sino también mediante una actividad reguladora de los mismos que garantice estos derechos, imponiendo límites a la libertad de empresa. La socialización del Estado vendrá, así, de la mano de las funciones públicas de soberanía. La finalidad social a la que van destinadas ahora estas funciones públicas no justifica la configuración de una nueva categoría, ya que los instrumentos de Derecho público que utiliza el Estado para organizar y asegurar los servicios de interés económico general no son diferentes a los tradicionales de la Administración de soberanía. La actividad que desarrollan los poderes públicos dentro de los servicios de interés eco-

nómico general encontraría su explicación, no en la categoría del servicio público, sino en la reserva de Administración del artículo 97 CE. El servicio público deja de ser el único mito legitimador de la acción del Estado y la única justificación válida a las restricciones de las libertades personales adoptadas por los poderes públicos. El concepto de derecho fundamental y su vertiente objetiva, la propia noción del Estado social son el relevo constitucional a la vieja categoría administrativa y a la superación de la separación rígida Estado—sociedad, permitiendo la intervención reguladora y limitadora de los poderes públicos sobre las libertades económicas individuales.

Hay que tener la suficiente honradez científica para reconocer que algunas categorías a las que hemos dedicado nuestro esfuerzo intelectual y que nos han acompañado en el trabajo universitario y en el estudio durante años son incompatibles y ya no sirven para explicar la realidad legislativa y económica. Son, en ese caso, las categorías las que se deben adaptar a las épocas, y no viceversa. No podemos tratar de acomodar la realidad legislativa a las construcciones académicas. Posiblemente no estemos ante el fin de la historia, pero sí estamos ante el fin de los servicios públicos, categoría que, con sus logros y con sus defectos, viene a ser sustituida por el uso de conceptos constitucionales como los ya mencionados o de Derecho comunitario, como el de servicio de interés económico general. Esto último nos recuerda que la dirección política de la economía es cada vez menos un problema nacional o una cuestión de Derecho interno y más una cuestión común de los países de la Unión Europea, lo que lleva a una última reflexión. En nuestro país, no se ha producido un debate político amplio sobre lo que significaba la integración comunitaria o sobre la ratificación del Tratado de Maastrich. Esto es relevante, no tanto por lo que ha subrayado Pérez Tremps acerca de los déficit de habilitación constitucional —de técnica jurídica— para el poder de integración que hubiera justificado una reforma constitucional, sino sobre todo por el hecho de que la ratificación del Derecho Comunitario originario y su carácter de ordenamiento jurídico interno no sólo ha transferido poder político a instancias comunitarias sino que ha recortado gravemente el pluralismo de la Constitución económica. Poca intervención pública directa en la economía cabe a partir de los artículos 81 y sigs. TCE. Ha quedado reducido así la libertad del legislador —y, por tanto, el principio democrático— sin el necesario debate y control político (159).

(159) La referencia a P. PÉREZ TREMPs es a su ponencia general «Derecho Constitucional y Derecho Comunitario», en el Congreso de la AEDC, Alicante, 1999. Cfr. también T. R. FERNÁNDEZ, *supra*, nota 73.