

LAS OBLIGACIONES ESPECIALES DE LOS OPERADORES DE LOS SERVICIOS ESENCIALES ECONÓMICOS EN RED

Por

M.^a YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA
Doctora en Derecho
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SU CONCEPTO, NATURALEZA Y PRESUPUESTOS LEGALES: 1. *Su concepto:* a) Su definición positiva. b) Su definición negativa: distinción respecto a las obligaciones generales. 2. *Su naturaleza ablatória.* 3. *Requisitos de su imposición o establecimiento:* a) El principio de reserva de ley: a') Un presupuesto básico: el papel respectivo de la ley y del reglamento. b') Una crítica: la excesiva amplitud de algunas remisiones legales al reglamento. b) Los principios *pro libertate* y de proporcionalidad.—III. SU CONTENIDO: 1. *Obligaciones destinadas a asegurar el libre juego de la competencia.* 2. *Obligaciones destinadas a garantizar el principio de universalidad.* 3. *Otras obligaciones especiales de servicio esencial:* a) Obligaciones destinadas a garantizar la realización de prestaciones específicas a cada uno de los servicios. b) Obligaciones cuya imposición responde a necesidades de la defensa nacional o de la seguridad pública, de continuidad y regularidad del servicio, de cohesión territorial y de uso de nuevas tecnologías.—IV. SU ESTABLECIMIENTO O IMPOSICIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN: 1. *Establecimiento de las obligaciones mediante contrato.* 2. *Imposición unilateral de las obligaciones (sobre la inadecuación de la autorización administrativa como marco de imposición).*—V. SU FINANCIACIÓN: 1. *Contenido de la financiación.* 2. *Origen y gestión de la financiación:* a) Su procedencia. b) Su gestión. 3. *Reglas de atribución de la financiación (su establecimiento, cálculo y desaparición).* 4. *Naturaleza de la financiación.*

I. INTRODUCCIÓN

Como viene reconociéndose de manera unánime, la desaparición del «servicio público», como fórmula de organización y gestión de determinados servicios esenciales económicos en red (una fórmula caracterizada, como resulta suficientemente conocido, por la reserva de la titularidad de dichos servicios a los Poderes públicos), no debe comportar restricción alguna de los derechos de los usuarios, ni debe suponer el abandono de los logros sociales alcanzados a lo largo de los años en cumplimiento de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho. Por el contrario, los Poderes públicos siguen teniendo importantes cometidos de regulación, de intervención y de control sobre las actividades y sobre los operadores que asumen un papel en dicho campo. Más precisamente, el ordenamiento jurídico les encomienda la irrenunciable misión de esta-

blecer las exigencias y los mecanismos destinados a garantizar eficazmente la protección de los derechos e intereses legítimos susceptibles de verse afectados, así como el cumplimiento de los fines del Estado, tomando en debida cuenta, claro está, las circunstancias sociales, económicas, culturales, medioambientales, tecnológicas, etc., de una sociedad avanzada (1). Es más, precisamente porque nos encontramos ante servicios considerados como esenciales (telecomunicaciones, energía, transportes, servicios postales, etc.) (2) —con todo lo que implica dicha calificación desde la perspectiva de la garantía de su prestación—, la regulación y la intervención administrativa serán aquí particularmente intensas e incisivas.

El desarrollo de tales premisas gira alrededor de una distinción básica y capital entre los dos tipos de límites, condicionamientos u obligaciones que se imponen a los operadores de los servicios objeto de nuestro estudio: los *generales* y los *especiales*. Sobre la base de esta distinción (que iremos precisando a lo largo del presente estudio), nos ha parecido interesante detenernos en la segunda categoría de técnicas, mediante el análisis detenido de tres aspectos básicos: su concepto, naturaleza y presupuestos legales (II), su contenido (III), su establecimiento o imposición por la Administración pública (IV) y su financiación (V).

II. SU CONCEPTO, NATURALEZA Y PRESUPUESTOS LEGALES

1. *Su concepto*

La delimitación conceptual de los límites y condicionamientos aquí contemplados gira en torno a dos perspectivas definitorias: una positiva (a) y otra negativa (b).

(1) *Vid.*, en tal sentido, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (a propósito de la nueva Ley general de telecomunicaciones y su sistema conceptual)», en vol. col. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (coord.: F. SOSA WAGNER), vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 2823. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO («Prólogo» a la obra de J. M. NEBREA PÉREZ, *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Civitas, Madrid, 1999) ha destacado en esta línea que «es el mercado el primero que necesita del Estado. Y necesita de un Estado (...) eficaz. El testimonio de Popper es al respecto por demás ilustrativo (...) al advertir que (...) no existe mercado sin intervención del Estado» (pág. 29). *Vid.* también, por ejemplo, L. PAREJO ALFONSO, *El Estado Social y la Administración prestacional*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 57, mayo-agosto 2000, pág. 21.

(2) Para una definición de los servicios esenciales (con especial referencia a los económicos en red), *vid.* M.ª Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, INAP-Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2003, págs. 151 y ss.

a) *Su definición positiva.*

La vertiente gravosa de la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red no descansa únicamente en el establecimiento de límites y condicionamientos comunes, ordinarios e inherentes a la libertad de empresa de los operadores (3). Las garantías proporcionadas por dichas sujeciones no bastan por sí solas para asegurar la completa satisfacción de los intereses involucrados en estos sectores. En realidad, la adecuada regulación de los servicios aquí analizados requiere que el estatuto legal de los operadores incluya también ciertos deberes especiales que, en la mayoría de los supuestos, afectarán tan sólo a alguna o algunas empresas.

El título del presente trabajo desvela sin más detalles la denominación técnica que el ordenamiento reserva a tales situaciones pasivas: «obligaciones *especiales* de servicio esencial». En desarrollo de lo que acabamos de explicar, cabría definir estas obligaciones como aquellas que se establecen de manera singularizada con la finalidad principal de garantizar la generalidad y la continuidad del servicio correspondiente o el libre juego de la competencia, y que consisten en prestaciones activas o pasivas que los operadores no asumirían, o no lo harían en la misma medida ni en las mismas condiciones, si consideraran su propio interés comercial y financiero (4).

Como precisa MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, dichas obligaciones se llaman comúnmente también «de servicio público» porque la mayoría de ellas, como veremos, se destinan directa o indirectamente a satis-

(3) Así se definen, como veremos más adelante, las obligaciones *generales* de servicio esencial. Para más detalles, *vid.* M.^o Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *ibid.*, págs. 501 y ss.

(4) Esta definición se acepta pacíficamente por la casi unanimidad de la doctrina. *Vid.*, entre otros, E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carreteras*, Universidad Complutense, Madrid, 1993, págs. 90-91; M. DEBÈNE y O. RAYMUNDIE, *Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification*, «Actualité Juridique Droit Administratif», núm. 3, marzo 1996, pág. 186; J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, págs. 587-588; J. C. LAGUNA DE PAZ, «Nuevo marco jurídico de las actividades liberalizadas», en vol. col. *Nuevas perspectivas del régimen local (Estudios en Homenaje al Profesor José M.^o Boquera Oliver)*, coords.: J. M. BAÑO LEÓN y J. CLIMENT BARBERÁ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 1415; I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Obligaciones especiales de servicio público en el transporte rural*, «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica», núm. 282, enero-abril 2000, págs. 125 y ss.; O. DUPÉRON, *Desserte aérienne du territoire et service public. L'évolution du dispositif français*, «Actualité Juridique Droit Administratif», núm. 11, noviembre 2000, págs. 873-874. Diversos textos normativos recogen también dicha delimitación conceptual. *Vid.*, por ejemplo, el artículo 2.4 del Reglamento (CEE) núm. 3577/92, del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo); el artículo 2.o del Reglamento (CEE) núm. 2408/1992, del Consejo, de 23 de julio de 1998, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intra-comunitarias; etc.

facen necesidades públicas o colectivas de grupos que carecen de la capacidad o de la posibilidad de retribuir con sus propios medios las prestaciones de que se trate (5). Precisamente por ello decíamos antes que los operadores no las asumirían si, a la hora de decidir acerca de su cumplimiento, se dejaran guiar únicamente por los criterios del mercado y por los cánones normales de rentabilidad financiera y económica (6).

(5) Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «En torno...», cit., pág. 2812. Como es evidente, esta denominación no responde al hecho de que dichas obligaciones tengan que establecerse en el marco de un servicio público *stricto sensu*. Ahora bien, conviene precisar que cabe esta posibilidad, a pesar de que algunas normas parezcan excluirla (por ejemplo, el artículo 1.2 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales). En efecto, como precisa MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (*ibid.*), la presencia «de obligaciones de servicio público puede ser conveniente o incluso necesaria cuando se trate de servicios que, a pesar de su especificidad (suficiente como para poder afirmarse que su integridad ha quedado reservada a la titularidad pública), puedan entrar en competencia real con otros servicios públicos o *libres* de finalidad semejante —técnicamente alternativos— o incluso con el mismo tipo de servicios desde el punto de vista material de otros Estados de la Comunidad Europea —que en ellos no sean servicios públicos sino *libres*» (pág. 2814). Como señala este autor (*ibid.*), «donde todo esto puede ocurrir y ocurre de hecho es destacadamente en los transportes, que es precisamente el sector en cuya regulación (...) aparece en el Derecho comunitario la técnica de que se trata. Fue principalmente la necesidad de regular la competencia entre los distintos tipos de transporte terrestre, cualquiera que fuera su régimen jurídico en los distintos países europeos —y muy en particular la competencia entre transporte ferroviario y por carretera— la que llevó al artículo 77 del Tratado de la Comunidad Europea y a su ulterior desarrollo reglamentario» (*loc. cit.*). El autor citado (*ibid.*) añade que «la delimitación de tales *obligaciones especiales* en el seno de servicios públicos propiamente dichos, no tendrá más funcionalidad que la de hacer posible un régimen de financiación que no comporte ventajas ni desventajas injustificadas respecto a los operadores de otras modalidades de servicios en competencia. Por lo que se traducirá en una serie de exigencias contables y de disciplina financiera, sin afectar, como ocurre en cambio en el caso de los servicios *libres*, al ámbito propiamente dicho de los derechos vinculados a la libertad de empresa y al derecho de propiedad» (*loc. cit.*). Del mismo autor, *vid.* también «Nuevo sistema conceptual», en vol. col. *Privatización y liberalización de servicios* (ed. a cargo de G. ARIÑO ORTIZ), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 3, 1999, UAM-BOE, Madrid, págs. 149-151; I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Obligaciones...*, cit., págs. 121 y ss. Otros autores, sin embargo, a nuestro parecer de manera equivocada, opinan que las obligaciones de servicio esencial sólo pueden utilizarse en relación con actividades sociales libres o no reservadas. *Vid.* en tal sentido, por ejemplo, J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad...*, cit., págs. 597 y ss.

(6) No vamos a reiterar aquí los datos ya sobradamente conocidos que sitúan el origen de las obligaciones de servicio esencial en el Derecho británico, norteamericano o francés y en el Tratado de la Comunidad Europea (art. 73, *ex art.* 77) y que describen la evolución de dicha técnica. Preferimos remitirnos a los trabajos que se detienen en estos aspectos. *Vid.*, por ejemplo, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «En torno...», cit., págs. 2810-2811. *Vid.* también J. J. MONTERO PASCUAL, *Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 92, octubre-diciembre 1996, págs. 574 y ss.; J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad...*, cit., págs. 585 y ss.; A. FRÖHNMEYER, «Intervención de los Estados en el sector ayudas, criterios de compatibilidad. La compensación de cargas del sector público», en vol. col. *España y la política de transportes en Europa*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, Madrid, 1986, pág. 358; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Servicio público, liberalización y Derecho de la competencia*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 216, 2003, pág. 50; E. ARANA GARCÍA, *El transporte público de viajeros por carretera en la Unión Europea: el progresivo camino hacia la liberalización del sector*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 216, 2003, págs. 15 y ss.

Estamos aquí, como fácilmente se puede comprobar, ante una técnica de suma importancia en la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red. Su principal aportación es que impide que se asocie la liberalización de los servicios en cuestión al abandono de ciertos cometidos sociales irrenunciables, o a una simple desregulación que implique la aparición de prácticas comerciales destinadas a excluir todo tipo de concurrencia (7). Además, tiene el mérito de demostrar que el servicio público propiamente dicho no es la única respuesta para satisfacer las necesidades individuales y colectivas de nuestra sociedad (8).

b) *Su definición negativa: distinción respecto a las obligaciones generales.*

La definición positiva de las obligaciones *especiales* de servicio esencial es útil pero insuficiente. Tenemos que determinar ahora en qué aspectos se diferencian estas obligaciones *especiales* de las que hemos calificado de *generales* al inicio del presente trabajo. Tendremos ocasión de comprobar que resulta capital llevar a cabo dicha separación con la máxima claridad posible. Pero la letra de la ley no nos ayudará mucho en tal tarea. No solamente el ordenamiento no proporciona prácticamente ningún criterio susceptible de orientarnos, sino que además, algunas veces, como veremos, incurre en una cierta confusión (9).

La diferenciación de la que hablamos es tan importante como difícil de llevar a cabo. El principal obstáculo es que no sirven aquí los criterios tradicionales de clasificación y distinción de las situaciones subjetivas de los particulares. En efecto, las obligaciones *generales* y las obligaciones *especiales* de servicio esencial pueden tener el mismo contenido u objeto. Puede tratarse, por ejemplo, de prestar el

(7) *Vid.* S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. Fundamentos*, vol. I, Civitas, Madrid, 1998, pág. 320.

(8) *Vid.*, sobre este aspecto, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «La regulación económica en España», en vol. col. *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 249. Del mismo autor, *vid.* «Nuevo sistema...», cit., pág. 151. *Vid.* también J. C. LAGUNA DE PAZ, *Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 88, septiembre-diciembre 1995, pág. 506.

(9) *Vid.*, sobre estos errores, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «La regulación...», cit., pág. 250. Del mismo autor, *vid.* «Nuevo sistema...», cit., págs. 149 y ss. También es frecuente encontrar confusiones en la literatura jurídico-administrativa entre las obligaciones *generales* y las obligaciones *especiales* de servicio esencial. *Vid.*, por ejemplo, J. PIÑANES LEAL, *Régimen jurídico del transporte por carretera*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 345; D. BERLIN, *L'accès au marché français*, «Actualité Juridique Droit Administratif. Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation», número especial, marzo 1997, pág. 248; J. J. MONTERO PASCUAL, *Titularidad...*, cit., págs. 582 y ss.

servicio en condiciones de gratuidad o de precio reducido a determinadas personas. Puede tratarse asimismo, como veremos más adelante, de hacer llegar la prestación del servicio hasta cualquier zona de un determinado sector a precio limitado o, también, de permitir el acceso a la red de todos los operadores, etc. (10). En resumen, el cumplimiento de los principios propios del servicio esencial y de la libre competencia no es objeto exclusivo de uno u otro tipo de obligaciones. Una manifestación clara de todo ello es que el concepto genérico de «obligaciones de servicio universal» hace referencia tanto a obligaciones *generales* como a obligaciones *especiales* de servicio esencial.

En realidad, la clave de la distinción se sitúa en dos aspectos: el número de operadores afectados y, sobre todo, el carácter común o anormal de la prestación impuesta en relación con la libertad de empresa de los operadores.

Por un lado, si las obligaciones se imponen solamente a determinados operadores —y no a todos aquellos que se encuentren en circunstancias similares—, se trata, sin duda alguna, de obligaciones *especiales* de servicio esencial (11). El carácter especial se deriva de la singularidad y de la presencia de una carga individualizada. Las obligaciones que denominamos *generales*, en cambio, se aplican por igual a todos los operadores que actúan en el mismo tipo de servicio. Sin embargo, hemos de señalar aquí que el hecho de que unas obligaciones se impongan al conjunto de los operadores no significa necesariamente que no puedan clasificarse en la modalidad de las obligaciones *especiales* de servicio esencial. Como precisa MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, la naturaleza «especial» de una obligación se opone sobre todo a su carácter común, normal u ordinario, es decir, en suma, inherente a la libertad a que grave (12). Así las cosas, por otro lado, podrán considerarse como *especiales* todas aquellas obligaciones que comporten un sacrificio especial (una carga «no equitativa», «injusta» o «injustificada», según los términos utilizados por la legislación) en el sentido de manifiestamente ajeno al contenido normal de la libertad de empresa del operador afectado. Por el contrario, las obligaciones *generales* delimitan las condiciones de ejercicio de la actividad con alcance general y sin alterar esencialmente el régimen económico de las prestaciones que comporte, por lo que son exigibles razonablemente como cargas connaturales o intrínsecas a la li-

(10) Vid. M.ª Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto...*, cit., págs. 501 y ss.

(11) Como ha subrayado MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ («En torno...», cit.), la especialidad de este tipo de obligaciones «luce con toda evidencia cuando (...) se imponen sólo a alguno o algunos de los titulares del mismo tipo de derecho y no a todos» (pág. 2818).

(12) Vid. *ibid.*, pág. 2817.

bertad de empresa y a sus diversas manifestaciones —como «límite dado por la propia naturaleza de la libertad de empresa», en palabras del Tribunal Constitucional (13)—, es decir, como cargas perfectamente integrables en la gestión del servicio sin que éste deje de ser económicamente rentable.

Como se desprende de lo que hemos explicado antes, el dato del carácter deficitario de la actividad o de la desventaja competitiva provocada por la obligación reviste aquí una gran utilidad (14). Se puede incluso afirmar que la delimitación, necesariamente casuística, de las obligaciones aquí analizadas (al menos de aquellas que se destinan a garantizar el principio de universalidad en la prestación del servicio esencial) tiene como punto de referencia dicho dato.

Si hemos atribuido tanta importancia a la distinción entre las obligaciones *especiales* de servicio esencial y las obligaciones *generales* de policía que se imponen a los operadores de los servicios económicos en red no es, desde luego, por puro empeño teórico. Como vamos a poder comprobar a renglón seguido, al logro de esta distinción se encuentran supeditados nada menos que la seguridad jurídica y el justo trato de las empresas afectadas.

2. *Su naturaleza ablatoria*

La distinción de la que hablamos es tan relevante para los intereses de los operadores por la simple razón de que las obligaciones *especiales* de servicio esencial, a diferencia de los límites y condicionamientos generales que forman parte de la regulación propia de la policía propiamente dicha (15), no pueden establecerse o imponerse sin una justa contraprestación económica. En efecto, su naturaleza ablatoria es evidente (16). Dicho con otras palabras, no resultaría equitativo obligar a los operadores sometidos a dichas obligaciones a

(13) En efecto, así define el Tribunal Constitucional los límites intrínsecos a los derechos y libertades. Téngase en cuenta, entre otras, la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero (FJ 7.^o).

(14) Sobre el carácter deficitario de una actividad (o de un segmento de actividad) y sobre los mecanismos que permiten determinarlo, *vid. infra* nuestro análisis de la financiación de las obligaciones *especiales* de servicio esencial.

(15) A la luz de lo que antes hemos indicado, la imposición de estos límites y condicionamientos no debe generar derecho compensatorio alguno a favor de los sujetos gravados, sino que, sobre la base de un cálculo de la viabilidad económica de la gestión empresarial del servicio de que se trate, se exige la internalización de sus costes como una carga social razonablemente compensadora del beneficio económico obtenido. *Vid.*, sobre este aspecto, M.^o Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto...*, cit., pág. 506.

(16) *Vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «La regulación...», cit., pág. 211. Sobre las técnicas ablatorias en general, *vid.* J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 3.^o ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, págs. 279 y ss.

internalizar la desventaja competitiva y los costes provocados directa o indirectamente por el cumplimiento de prestaciones inevitablemente deficitarias o contrarias a la lógica empresarial interna (17). Volveremos más adelante sobre los mecanismos a través de los cuales se hace efectiva dicha compensación económica.

Antes de pasar a otro aspecto de las obligaciones *especiales* de servicio esencial, nos parece conveniente advertir que el principio de justa compensación económica en favor de los operadores afectados no siempre aparece como una exigencia imperativa en la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (18). Algunas veces, incluso, las leyes aplicables, como veremos más adelante en el sector de las telecomunicaciones, llegan a descartar explícitamente todo tipo de compensación. Es evidente que esta opción legal no es aceptable (19).

Una vez definidas —positiva y negativamente— las obligaciones *especiales* de servicio esencial y una vez analizada su naturaleza, hemos de estudiar ahora los principios y reglas a los que obedece su establecimiento.

3. *Requisitos de su imposición o establecimiento*

Los requisitos que condicionan la imposición o el establecimiento de las obligaciones *especiales* de servicio esencial se plasman en el

(17) Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Nuevo...», cit., pág. 150. Como ha señalado este autor («La regulación...», cit.), se trata de una técnica que no tiene por objeto «limitaciones generales o contribuir a la delimitación del contenido normal de derechos y libertades. No forma parte de la regulación propia de policía en sentido estricto (...) sino que se propone el establecimiento singularizado de obligaciones especiales a algún agente de un servicio esencial o de interés general mediante su imposición ablatoria con la correspondiente compensación económica, o bien, alternativamente, mediante su contratación voluntaria, asimismo con su correspondiente contraprestación económica compensatoria» (pág. 247).

(18) Téngase en cuenta, por ejemplo, el artículo 8.2 del Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público.

(19) En nuestra opinión, uno de los factores —sin duda el más importante— que explica tales vicios legales es que dicha exigencia no aparece siempre claramente configurada en el ordenamiento comunitario. Así, por ejemplo, en el sector de los transportes, el artículo 4.2 del Reglamento (CEE) núm. 3577/92, del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), no establece de manera imperativa la regla de la compensación económica. Más precisamente, dicho precepto indica que «cuando sea de aplicación, cualquier compensación por obligaciones de servicio público será accesible a cualquier armador comunitario». Vid. también el artículo 4.1.g) del Reglamento (CEE) núm. 2408/92, del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias, en el que se señala que «los Estados miembros podrán abonar a las compañías aéreas (...) los gastos que les ocasione el dar cumplimiento a una obligación de servicio público».

principio de reserva de ley (a) y en los principios *pro libertate* y de proporcionalidad (b).

- a) *El principio de reserva de ley.*
- a') *Un presupuesto básico: el papel respectivo de la ley y del reglamento.*

Al igual que las obligaciones *generales* de servicio esencial, esto es, los límites y condicionamientos generales de policía que ordenan la libertad de empresa de los operadores (tanto los que se imponen en cuanto condicionamientos previos al inicio de la actividad como los que ordenan directamente su ejercicio), las obligaciones *especiales* de servicio esencial sólo pueden establecerse mediante ley, al menos en sus aspectos esenciales y básicos. La similitud de planteamiento entre las dos categorías de gravámenes desde la perspectiva de su impacto en la libertad de empresa de los operadores nos libera de la carga de justificar esta afirmación (20). Lo que sí conviene hacer, en cambio, es extraer las conclusiones oportunas de tales premisas en lo que se refiere al papel que puede legítimamente desempeñar el reglamento y confrontarlas con la realidad legal.

- b') *Una crítica: la excesiva amplitud de algunas remisiones legales al reglamento.*

Si la imposición de obligaciones *especiales* de servicio esencial está reservada a la ley, el reglamento sólo puede desempeñar un papel secundario y accesorio de pormenorización o desarrollo de los mandatos legales, en lo estrictamente indispensable para optimizar el cumplimiento de éstos y para asegurar su correcta aplicación y su plena efectividad. En otras palabras, el legislador no puede abdicar de su competencia, esto es, no puede habilitar al reglamento para imponer *ex novo* deberes y cargas a los operadores, sino que ha de abordar por sí mismo el núcleo esencial de la regulación de los servicios esenciales económicos en red (incluso, frente a lo que veremos a continuación, la que se refiere a las circunstancias especiales de dichos servicios), de modo que las remisiones que haga a la potestad reglamentaria de la Administración no impliquen un abandono de la ordenación de dicho núcleo. La ley ha de reservar al reglamento, en

(20) Para más detalles, *vid.* M.^ª Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto...*, cit., págs. 501 y ss.

suma, un campo de actuación que se limita al desarrollo y a la ejecución de su contenido. Estas afirmaciones encuentran un fundamento de gran peso en una exigencia prevista al más alto nivel normativo. En efecto, el artículo 53.1 de la propia Constitución (que debe considerarse aplicable a todos los límites y condicionamientos de la libertad de empresa del artículo 38, no solamente a los que se enmarcan en la actividad general de policía) estipula que «*sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio (...) de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título*».

Nuestra crítica se centra en el hecho de que la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red no siempre se ajusta a dicho principio. En efecto, en algunas ocasiones, el ordenamiento se limita a indicar que la Administración podrá establecer obligaciones *especiales* de servicio esencial, sin aportar más precisiones que las relativas a las preocupaciones o razones generales que motivan tal remisión. Así, por ejemplo, el artículo 42.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, señala que «*el Gobierno, mediante reglamento, podrá (...) imponer (...) obligaciones de servicio público a los operadores (...), previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por razones de cohesión territorial o de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías a la sanidad, a la educación o a la cultura*» (21). También hemos de mencionar el artículo 10.3.b) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que delega al Gobierno, con el fin de hacer frente a situaciones de crisis, el «*establecimiento de obligaciones especiales en materia de existencias de seguridad de fuentes primarias para la producción de energía eléctrica*».

En estos supuestos, en nuestra opinión, el ordenamiento infringe con toda evidencia las exigencias propias del principio de reserva legal.

b) *Los principios pro libertate y de proporcionalidad.*

Como es evidente, las obligaciones *especiales* que se imponen a los operadores inciden sobre ámbitos reconocidos como propios de la libertad. La consecuencia lógica es que, al igual que las obligacio-

(21) En la misma línea, *vid.* el artículo 83 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. *Vid.* también el artículo 50 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

nes *generales*, han de justificarse en motivos proporcionados e interpretarse y aplicarse con arreglo a ciertos principios encaminados a facilitar el máximo despliegue posible de la libertad y de sus condicionamientos intrínsecos en el contexto de los servicios esenciales: la competencia y el mercado.

En resumen, cabe afirmar que la Administración debe elegir el tipo de obligación *especial* que menos obstaculice o restrinja la iniciativa y los derechos de los operadores y, una vez cumplido este requisito, ha de restringir el alcance de la medida gravosa a lo estrictamente necesario e imprescindible para garantizar los intereses sociales implicados en los sectores correspondientes (22). En definitiva, la necesidad de alcanzar determinados objetivos propios del Estado social no debe disminuir la importancia fundamental que, en materia económica, ha de otorgarse a los principios del Estado de Derecho que son los principios *pro libertate* o *favor libertatis* y de proporcionalidad (23), principios generales que, en consonancia con el espíritu de la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red y de acuerdo con el tratamiento constitucional de la libertad de empresa, ordenan la intervención de la Administración pública.

Estudiadas las exigencias a las que se somete la imposición de las obligaciones *especiales* de servicio esencial, hemos de abordar ahora el tema de su contenido.

III. SU CONTENIDO

El contenido de las obligaciones *especiales* de servicio esencial puede estudiarse a través de la finalidad perseguida mediante su establecimiento. De acuerdo con este criterio, podemos distinguir las

(22) Desde una perspectiva general, *vid.*, por ejemplo, el artículo 4 del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. Téngase presente también el artículo 8.1 del Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público.

(23) *Vid.*, sobre estos principios, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La regulación...», cit., pág. 210. A nivel normativo, téngase presente el artículo 6.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955. *Vid.* también el artículo 4 del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

obligaciones *especiales* de servicio esencial destinadas a asegurar el libre juego de la competencia [1] de aquellas destinadas a garantizar el principio de universalidad [2] y, finalmente, de aquellas que responden a necesidades más diversas o específicas a cada uno de los servicios [3] (24).

1. *Obligaciones destinadas a asegurar el libre juego de la competencia*

Las obligaciones *especiales* de servicio esencial destinadas a asegurar el libre juego de la competencia tienen un campo de actuación claramente delimitado. En efecto, afectan esencialmente a los titulares de redes e instalaciones de infraestructuras y les imponen el deber de facilitar el acceso de los demás operadores a dichas redes e instalaciones en condiciones objetivamente neutrales, no discriminatorias y transparentes (25). Como señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, las obligaciones *especiales* de servicio esencial de este tipo constituyen un «punto clave para garantizar unas correctas condiciones de competencia» en los servicios esenciales económicos en red (26).

2. *Obligaciones destinadas a garantizar el principio de universalidad*

Las obligaciones a las que aquí se hace referencia imponen a los operadores —en principio dominantes (27)— la carga de atender determinadas capas sociales o ciertos espacios geográficos —piénsese en los menos poblados (28)— en los que, por diversas razones, no resultaría suficientemente rentable prestar el correspondiente servicio esencial o en los que sería conveniente aplicar precios más elevados que los que se fijan por la Administración pública (excesivamente elevados en relación con la capacidad de pago de los usua-

(24) Para otra clasificación de las obligaciones de servicio esencial, *vid.* M. M. FERNANDO PABLO, *Derecho general de las telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998, págs. 97 y ss.

(25) *Vid.*, entre otros, L. RAPP, *Le régime de l'interconnexion des réseaux de télécommunications, dans la loi française du 26 juillet 1996*, «Juris PTT», núm. 51, primer trimestre 1998, pág. 9; J. A. GARCÍA DE COCA, *Notas sobre el régimen jurídico y financiero de las redes transeuropeas*, «Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red», núm. 12, noviembre 2001, págs. 62 y ss. En nuestro ordenamiento, *vid.*, por ejemplo, para el sector de los hidrocarburos, los artículos 25 y siguientes del Real Decreto-Ley 7/1996, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

(26) *Vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La regulación...», *cit.*, pág. 216. Del mismo autor, *vid.* «En torno...», *cit.*, pág. 2800.

(27) *Vid.* M. M. FERNANDO PABLO, *Derecho...*, *cit.*, pág. 192.

(28) *Vid.*, en el ámbito del transporte rural, el interesante trabajo de I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Obligaciones...*, *cit.*, págs. 131 y ss.

rios) para cubrir y compensar los costes originados por la prestación (29).

Al igual que las obligaciones que se estudian en el apartado anterior (aquellas destinadas a asegurar el libre juego de la competencia), las que estamos examinando aquí presentan una similitud de contenido con otras obligaciones previstas por el ordenamiento, pero que hemos calificado de generales (30). Como ya hemos advertido, no hay en ello nada anormal o extraordinario. Más precisamente, la garantía de la universalidad del servicio no constituye un rasgo exclusivo de las obligaciones *especiales* de servicio esencial. Hemos de recordar, utilizando las palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, que «esa universalidad puede ser perfectamente integrable como obligación común y general exigible a todos los operadores por igual, sin derecho a compensación alguna» (31).

3. *Otras obligaciones especiales de servicio esencial*

Cabe distinguir aquí las obligaciones *especiales* de servicio esencial destinadas a garantizar la realización de prestaciones específicas a cada uno de los servicios (a) de aquellas otras cuya imposición responde a necesidades de la defensa nacional o de la seguridad pública, de continuidad y regularidad del servicio, de cohesión territorial y de uso de nuevas tecnologías (b).

a) *Obligaciones destinadas a garantizar la realización de prestaciones específicas a cada uno de los servicios.*

Además de las obligaciones *especiales* —estudiadas en los apartados anteriores— que podríamos calificar de «comunes» (32) a la mayoría

(29) *Vid.* el artículo 20 del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. En el ordenamiento autonómico, *vid.*, por ejemplo, el artículo 4.3 de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario. En el ordenamiento comunitario, *vid.* el artículo 4.1.a) del Reglamento (CEE) núm. 2408/92, del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias.

(30) Nos remitimos a lo estudiado anteriormente.

(31) *Vid.* «Nuevo...», cit., pág. 151.

(32) «Comunes» en el sentido de «generalizadas» o «difundidas», no en el de ordinarias o normales. En efecto, como ya hemos advertido, uno de los elementos que sirven para distinguir las obligaciones *especiales* de servicio esencial de las obligaciones *generales* que se imponen a los operadores es precisamente su carácter extraordinario y especial.

de los servicios esenciales en red, el ordenamiento permite a la Administración establecer otras con el fin de asegurar la realización de prestaciones propias y específicas a cada uno de los sectores analizados.

Como es evidente, no podemos pasar revista a todos y cada uno de los servicios que conforman el objeto de tales obligaciones. Ello nos obligaría a elaborar una descripción con un alto grado de detalle y tecnicismo que no resultaría realmente provechosa desde un punto de vista sistemático. Hemos optado, en cambio, por dar una muestra de este tipo de obligaciones a través de un ejemplo que, por otra parte, tiene la ventaja de ilustrar lo que antes señalábamos acerca de las imperfecciones que contiene la regulación concreta de las obligaciones *especiales* de servicio esencial.

El ejemplo pertenece al sector de las telecomunicaciones. Más precisamente, el artículo 41.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, contempla la posibilidad de que la Administración obligue a determinados operadores a prestar diversos servicios: 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 y los que faciliten la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos y, en especial, los de correspondencia pública marítima, con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta —art. 40.2.b)— (33).

Decíamos antes que este ejemplo sirve para ilustrar algunos de los defectos o errores padecidos por la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red en su tratamiento de las obligaciones *especiales* de servicio esencial. Pues bien, ello es así porque el artículo 41.2.B) de la norma citada, como hemos adelantado algunas páginas atrás, indica que «*el cumplimiento de estas obligaciones de servicio público se llevará a cabo sin contraprestación económica por los operadores designados*». Y dicho precepto nos parece criticable porque si las prestaciones antes enumeradas son obligaciones *especiales* de servicio esencial —y es claro que lo son ya que, en principio, afectan tan sólo a algunos operadores—, no pueden establecerse sin la debida compensación económica; no caben excepciones (34).

(33) En el mismo sector, *vid.* también el artículo 37 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; los artículos 11 y siguientes del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.

(34) Hay que reconocer que el precepto citado establece la posibilidad —aunque sea sólo como excepción— de que un reglamento organice «*su financiación mediante las tasas previstas en los artículos 72 y 73*», es decir, las tasas por numeración y las tasas por reserva del dominio público radioeléctrico.

Es cierto que tal contrapartida económica quizá podría consistir en el otorgamiento y disfrute de ciertos derechos especiales o exclusivos que, en alguna medida, se vincularían a la situación del operador en cuestión (35). Si es así, el legislador debería indicarlo claramente. Si realmente no se contempla la exigencia de la compensación económica (sea cual sea la forma que tenga ésta), entonces hemos de considerar que el precepto en cuestión es contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas reconocido por el artículo 31 de nuestra Constitución (36).

- b) *Obligaciones cuya imposición responde a necesidades de la defensa nacional o de la seguridad pública, de continuidad y regularidad del servicio, de cohesión territorial y de uso de nuevas tecnologías.*

Como se desprende del título del presente apartado, las diferentes leyes reguladoras de los servicios esenciales económicos en red contemplan otras obligaciones *especiales* de servicio esencial que la Administración podría imponer por los motivos mencionados (37). Sin embargo, las leyes no suelen precisar el contenido exacto de dichas obligaciones, sino que remiten al poder reglamentario su determinación exacta, así como la fijación del procedimiento de imposición a los operadores (38). Como ya manifestamos, sin entrar ahora en más detalles, opinamos que tales remisiones legislativas al reglamento no

(35) Contempla esta posibilidad, por ejemplo, en otro sector, el artículo 24 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales. En el ordenamiento comunitario, *vid.* el artículo 4.1.d) del Reglamento (CEE) núm. 2408/92, del Consejo, de 23 de julio de 1982, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias.

(36) *Vid.* sobre esta problemática, en general, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «En torno...», *cit.*, pág. 2817.

(37) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 42 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; el artículo 83 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; el artículo 22 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales; etc. En el ordenamiento comunitario, *vid.* el artículo 4.2 del Reglamento (CEE) núm. 3577/92, del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo); los artículos 2.o) y 4.1.a) del Reglamento (CEE) núm. 2408/1992, del Consejo, de 23 de julio de 1998, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias; el artículo 3.2 de la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad; el artículo 3.2 de la Directiva 98/30/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; etc.

(38) *Vid.*, por ejemplo, A. ESTELLA DE NORIEGA, *La ejecución en España de la Directiva 98/30, relativa a la liberalización del sector del gas natural*, núm. 157 de esta REVISTA, enero-abril 2002, págs. 406-407.

son compatibles con el principio de reserva de ley que rige en la materia (39).

IV. SU ESTABLECIMIENTO O IMPOSICIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN

En la fase de aplicación de los mandatos normativos, el ordenamiento suele ofrecer dos alternativas a la Administración (40). Más precisamente, las obligaciones *especiales* de servicio esencial pueden establecerse mediante contratación voluntaria con los operadores correspondientes [1] (41) o imponerse de manera unilateral por el órgano competente, siempre a cambio de la justa compensación eco-

(39) Como hemos indicado antes, existe una cierta confusión en la delimitación legislativa de las obligaciones *especiales* de servicio esencial. Aprovechando la clasificación que aquí se presenta, nos parece importante advertir que muchas de las obligaciones que las leyes califican directa o indirectamente como tales no parecen encajar en esta categoría; las más de las veces porque forman parte del régimen general del ejercicio de la libertad de empresa de los operadores. Así, por ejemplo, no pueden considerarse como «de servicio público» aquellas obligaciones que, por motivos y preocupaciones de orden público (seguridad marítima, lucha contra la contaminación, etc.), puede imponer la Administración a las empresas navieras que realicen servicios de navegación de cabotaje, de conformidad con el artículo 8.2 (*in fine*) del Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público. Sobre la auténtica naturaleza de tales obligaciones, *vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La regulación...», *cit.*, pág. 250. Lo mismo cabe decir de las obligaciones relativas al «*encaminamiento de llamadas de los servicios de emergencia*», a las que hace referencia el artículo 40.4 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Ténganse presentes también los artículos 27 y siguientes del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales. Para otros ejemplos (en el marco de los llamados «servicios obligatorios de telecomunicaciones», regulados en los artículos 36 y siguientes de la Ley antes citada), *vid.*, de nuevo, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «En torno...», *cit.*, págs. 2815-2819. Este autor (*ibid.*) afirma que muchos de los servicios antes mencionados no corresponden a obligaciones *especiales* de servicio esencial «porque, con independencia de que puedan tener que competir de alguna manera en el mercado —lo que parece más bien improbable—, su simple obligatoriedad para las Administraciones afectadas nada dice sobre su capacidad de autofinanciación, que es una nota esencial al concepto. En todos o en la mayor parte de los casos parecen además servicios técnicos anclares de otros servicios propios de la Administración (aunque no meramente internos, sino dirigidos al público) como los relativos a la seguridad y el salvamento o la protección civil o, en fin, a la provisión a los administrados de medios accesibles para la presentación de documentos con efectos jurídicos en cuanto a la constancia, lo que, por cierto, obviamente sitúa ya esos servicios en la órbita de las funciones públicas a las que tampoco son enteramente ajenos algunos de los otros servicios (seguridad, etc.)» (pág. 2817).

(40) *Vid.* G. ARIÑO ORTIZ, «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)», en vol. col. *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 33.

(41) En el ordenamiento comunitario, *vid.*, por ejemplo, el artículo 4.2 del Reglamento (CEE) núm. 3577/92, del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo).

nómica [2]. Cabe también la posibilidad de que el ordenamiento opte de antemano por una de las dos alternativas (42).

1. *Establecimiento de las obligaciones mediante contrato*

Cuando la obligación *especial* de servicio esencial se establece a través de un contrato —el cual, en principio, deberá adjudicarse como acto final de un procedimiento de concurrencia competitiva (43)—, la dinámica de su cumplimiento se enmarca en una relación sinalagmática cuya estructura se descompone, por un lado, en una obligación de hacer (la de realizar una prestación) o de no hacer (por ejemplo, la de no repercutir en los usuarios el coste deficitario de la prestación) a cargo del operador y, por otro lado, en la correlativa obligación de financiación o reembolso de la Administración.

En el ordenamiento comunitario, estos contratos aparecen regulados bajo el nombre de «contrato de servicio público» y se presentan como una técnica distinta y, sobre todo, como una alternativa a las obligaciones aquí analizadas (44). En realidad, como se despren-

(42) *Vid.*, por ejemplo, en el ordenamiento comunitario, el artículo 1.º del Reglamento 1191/69 (de acuerdo con la redacción introducida por la reforma del Reglamento CEE núm. 1893/1991, de 20 de junio), relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. Esta norma restringe la posibilidad de imposición unilateral de servicios urbanos, de cercanía o regionales de viajeros. En materia de transporte terrestre de mercancías, el cauce contractual será el único legítimo. *Vid.*, sobre dichos aspectos, P. GIRERD, *Politique commune des transports et des aides d'État*, «Revue du Marché Unique Européen», núm. 4, 1997, págs. 65-66. *Vid.* también E. CARBONELL PORRAS, *Régimen...*, cit., págs. 91-92.

(43) Téngase presente, por ejemplo, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, presentada por la Comisión el 26 de julio de 2000, sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable (2000/C 365 E/10). Sobre esta importante y polémica Propuesta (polémica, por el limitado plazo de vigencia de dichos contratos, es decir, cinco años), *vid.*, por ejemplo, D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La liberalización y el servicio público del transporte por carretera en la Unión Europea*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 216, 2003, págs. 75 y ss.

(44) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 4 del Reglamento (CEE) núm. 3577/92, de 7 de diciembre de 1992. En él se establece que «los Estados miembros podrán 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 efectúen servicios regulares con destino u origen en islas y entre islas». El artículo 2.3 de la norma citada entiende por «contrato de servicio público» «el contrato celebrado entre las autoridades competentes de un Estado miembro y un armador comunitario a fin de ofrecer al público servicios de transporte suficientes», que podrá comprender en particular «servicios de transporte que cumplan normas establecidas de continuidad, regularidad, capacidad y calidad, servicios de transporte complementario, servicios de transporte a precios y condiciones específicos, en especial para determinadas categorías de viajeros o para determinadas conexiones, y adaptaciones de los servicios a las necesidades reales». *Vid.* también el artículo 1.º del Reglamento (CEE) núm. 1191/69, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril,

de de las consideraciones anteriores, estos «contratos de servicio público», más que una técnica intercambiable con las obligaciones *especiales* de servicio esencial, constituyen una forma o un medio de establecerlas (45).

En relación con la cuestión de su naturaleza, podemos empezar por afirmar, evitando el error de acoger con un exceso de conformismo la terminología utilizada por el Derecho comunitario, que dichos contratos no son reconducibles a la figura conocida en el ordenamiento español como «contrato administrativo de gestión de servicios públicos» (46). En efecto, si bien se trata también de una especie del género de los contratos administrativos (al igual que el antes mencionado «contrato de gestión de servicios públicos») (47), hemos de advertir que estamos ante un contrato de atribución, no de colaboración (48). En otras palabras, el objeto del contrato a través del cual se instrumentan las obligaciones *especiales* de servicio esencial viene constituido por una prestación de la Administración a un administrado —en la mayoría de los supuestos, como precisa MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «una prestación financiera con la que la Administración se subroga en el lugar de unos usuarios en el pago de todo o parte del servicio que éstos, sólo merced a ello, pueden percibir y que su gestor se obliga a prestarles al contar con la seguridad de esa financiación» (49)—, no por una prestación de un administrado a la Administración (como ocurre, en cambio, en los contratos de gestión de los servicios públicos).

En realidad, los contratos a través de los cuales se instrumentan

por carretera y por vía navegable. En la doctrina, *vid.*, por ejemplo, P. GIRERD, *Politique...*, cit., págs. 65 y ss.; G. GRECO y D. U. GALETTA, «Trasporti terrestri e relativo servizio pubblico», en vol. col. *Trattato di diritto amministrativo europeo* (dirs.: M. P. CHITI y G. GRECO), vol. II, Giuffrè, Milano, 1997, págs. 1250 y ss.

(45) La otra manera de presentar las cosas es la que consiste en explicar que existen dos conceptos de obligaciones *especiales* de servicio esencial: uno estricto y otro amplio. El primero se refiere exclusivamente a las prestaciones ablatórias que se imponen de manera unilateral. El segundo —el que aquí se adopta— engloba tanto las obligaciones de servicio esencial en sentido estricto como las prestaciones cuyo cumplimiento es objeto de un acuerdo entre la Administración y el operador en cuestión.

(46) *Vid.*, en tal sentido, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La regulación...», pág. 251.

(47) Por ello se les aplica el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en especial en lo que se refiere al contrato de gestión de servicios públicos (arts. 154 y ss.); aun si, como aquí se indica, se trata de figuras contractuales distintas. Ténganse en cuenta, sobre este aspecto, el artículo 35.3 y la Disposición Adicional segunda de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. *Vid.* también los artículos 2 y 10.b) del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

(48) *Vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La regulación...», cit., pág. 252.

(49) *Vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *ibid.*, págs. 251-252.

las obligaciones *especiales* de servicio esencial encajan en la categoría (difusa, hay que reconocerlo) de los contratos de financiación de servicios «en favor de tercero» (50), como pactos cuyo objeto consiste en la realización por una empresa (la del operador que celebra el contrato con la Administración) de ciertas prestaciones que se destinan a satisfacer necesidades de terceros (51).

Además, la otra diferencia esencial que nos impide clasificar los contratos a través de los cuales se establecen las obligaciones *especiales* de servicio esencial en la categoría de los «contratos de gestión de servicios públicos» es que los servicios esenciales económicos en red correspondientes ya no están reservados a la titularidad pública (ya no constituyen servicios públicos en sentido estricto), sino que han sido devueltos a la libre iniciativa de los operadores privados (52).

2. *Imposición unilateral de las obligaciones (sobre la inadecuación de la autorización administrativa como marco de imposición)*

La imposición unilateral de las obligaciones *especiales* de servicio esencial, como segunda modalidad, no requiere excesivas explicaciones. Sí nos parece importante señalar, siguiendo en ello una importante advertencia formulada por el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, que la autorización administrativa que permite al operador prestar el servicio correspondiente no constituye el marco adecuado para instrumentar dicha imposición gravosa (53), lo que nos lleva a adoptar una postura crítica frente a algunos preceptos de la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (54). En efecto, como afirma el autor citado, las obligaciones *especiales* de servicio esencial «deben separarse del condicionado de las autorizaciones (...) o de las

(50) *Vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *ibid.*, *loc. cit.*

(51) Sobre este tipo de contratos en el marco de los servicios esenciales económicos en red, *vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *ibid.*, *loc. cit.*

(52) *Vid.*, sobre esta diferencia, J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad...*, *cit.*, pág. 601.

(53) *Vid.*, en contra, J. M. DE LA CUÉTARA y A. GONZÁLEZ SANFIEL, *Servicio universal y obligaciones de servicio público en la Ley del sector eléctrico*, «Economía Industrial», núm. 316, 1997, pág. 82.

(54) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 10.b) del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. En él se dispone que «*dichas obligaciones integrarán el contenido de la licencia individual, se incluirán como anexo al documento que las formalice y deberán ser objeto de inscripción en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales*».

licencias, porque de él sólo deben formar parte las exigencias comunes o generales que derivan del ordenamiento para las actividades o servicios autorizados, o las que, con criterios de igualdad y razonabilidad (proporcionalidad), permitan en su caso adicionar a la Administración autorizante la normativa aplicable» (55). En realidad, añade MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «las autorizaciones y licencias sólo son medios de control preventivo del acomodo de un proyecto de actuación o gestión a la legalidad preestablecida (...). No es nunca ni debe poder ser un (...) medio de imposición de obligaciones especiales que pueda exigir la utilidad pública o el interés social, o en concreto la debida garantía del servicio esencial para determinados ciudadanos sin capacidad suficiente de acceso a él en las condiciones comunes que deriven de su regulación» (56).

V. SU FINANCIACIÓN

Como hemos explicado antes, las obligaciones *especiales* de servicio esencial no pueden instrumentarse sin la debida compensación económica en favor del operador o de los operadores afectados, tanto si se imponen de manera unilateral como si se establecen a través de un contrato (57). En efecto, como explica MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «el sujeto que asume la obligación de llevar a cabo la correspondiente prestación, no tiene por qué asumir en justicia su financiación: imponerle una y otra atentaría derechamente contra el principio de igualdad ante las cargas públicas, que es fundamental en un Estado de Derecho y tiene rango constitucional en España» (58). No hace falta insistir en ello; ya hemos tenido ocasión de subrayar la naturaleza ablatoria de dichas obligaciones.

Esta financiación puede analizarse a través de su contenido (1), de su origen y gestión (2), de sus reglas de atribución (3) y de su naturaleza (4).

1. *Contenido de la financiación*

En principio, la financiación de las obligaciones *especiales* de servicio esencial revestirá la forma de una aportación económica directa a los operadores afectados. Sin embargo, como ya hemos apunta-

(55) Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Nuevo...», cit., pág. 151.

(56) Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *ibid.*, págs. 26-27.

(57) Vid. G. ARIÑO ORTIZ, «Sobre...», cit., pág. 33.

(58) Vid. «La regulación...», cit., pág. 248.

do de manera incidental en otro lugar del presente trabajo, algunas leyes contemplan la posibilidad de compensar los costes derivados del cumplimiento de dichas obligaciones mediante la atribución a los operadores de derechos especiales (esto es, por ejemplo, la condición de beneficiario en los procedimientos de expropiación forzosa, la exención de tributos, etc.) (59) o exclusivos (como, por ejemplo, la reserva de servicios) (60).

2. Origen y gestión de la financiación

Cabe distinguir aquí la cuestión de la procedencia de la financiación (a) de la de su gestión (b).

a) Su procedencia.

La aportación pública destinada a compensar la imposición o el establecimiento de las obligaciones *especiales* de servicio esencial puede proceder —aparte de la modalidad, muy residual, de las donaciones (61)— de tres fuentes distintas (62). Según los sectores y los

(59) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 24 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, en su remisión al artículo 19 de la misma norma. *Vid.*, en este ámbito, la Disposición Adicional vigésima primera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

(60) Los derechos exclusivos previstos por los preceptos mencionados en la nota anterior son los siguientes:

- a) el derecho al establecimiento de apartados postales destinados a la entrega de correspondencia, siempre que no incorporen servicios liberalizados;
- b) la preferencia de despacho en el control aduanero de los envíos incluidos en el ámbito de servicio postal universal;
- c) la distribución de los sellos de Correos u otros medios de franqueo, pudiendo realizarse la venta al por menor, a través de la red pública o a través de terceros;
- d) el derecho a la utilización exclusiva de la denominación «Correos», del término «España» o de cualquier otro signo que identifique al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal o al carácter de los servicios que, dentro de su ámbito, éste preste.

(61) Téngase presente, por ejemplo, el artículo 34.1.b) del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

(62) Sobre las diversas fuentes de financiación de los servicios públicos, *vid.* J. Y. CHÉROT, *L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau*, «Actualité Juridique Droit Administratif», núm. 3, marzo 1996, págs. 178-179. *Vid.* también G. MOINE, *Le service universel: contenu, financement, opérateurs*, «Actualité Juridique Droit Administratif. Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation», número especial, marzo 1997, págs. 248 y ss.; V. KARAYANNIS, *Le service universel de télécommuni-*

servicios, el ordenamiento las enumera (dejando a la Administración la libertad de elegir por vía reglamentaria) o privilegia la utilización de alguna(s) de ellas (63).

1) En primer lugar, la aportación pública puede proceder de los ingresos derivados del pago de tasas por las personas a cuyo favor se realice la prestación, es decir, esencialmente, los consumidores o usuarios (64).

2) La segunda modalidad es la de la redistribución interna de la financiación dentro del sector a través del mecanismo de los fondos afectados. Más precisamente, cabe que el coste neto de las obligaciones *especiales* de servicio esencial sea puesto específicamente a cargo del conjunto de los operadores (no afectados por tales obligaciones) del sector correspondiente (65) de forma proporcional, objetiva y transparente (66).

En realidad, esta modalidad presenta una estrecha relación con la anterior. Ello es así porque los operadores que han de soportar la financiación de las obligaciones *especiales* de servicio esencial —lo que se concreta, por cierto, en el pago de tasas por el otorgamiento de las autorizaciones respectivas o por el simple ejercicio de la acti-

ctions en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence, «Cahiers de Droit Européen», núms. 3-4, 2002, págs. 355 y ss.

(63) Téngase en cuenta, por ejemplo, el artículo 34.1 del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. *Vid.* también el artículo 27 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales. En el ordenamiento comunitario, *vid.* el artículo 13 de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

(64) Puede tratarse también de otros operadores cuando la imposición de la obligación de servicio esencial persigue la finalidad de facilitarles el acceso a una red. Sobre esta modalidad de obligación de servicio esencial, *vid. supra*.

(65) Se trata de la modalidad de financiación adoptada, por ejemplo, por el artículo 39.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Dicho precepto establece que «*el coste neto de la financiación de la obligación de prestación del servicio universal, será soportado por todos los operadores que exploten las redes públicas de telecomunicaciones y por los prestadores de los servicios telefónicos disponibles al público*». Conviene resaltar que el artículo 39.3 de la norma citada establece la posibilidad de sustituir este mecanismo por otro más elemental de compensación directa entre operadores.

(66) Téngase presente, por ejemplo, el artículo 6 de la Directiva 2002/17/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Sobre las reglas esenciales del deber de financiación y, sobre todo, sobre los parámetros de reparto entre los diversos operadores, ténganse presentes, por ejemplo, los artículos 31 y siguientes del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

vidad (67)— repercutirán, lógicamente, la carga económica correspondiente en los usuarios de los servicios en cuestión (68). Al fin y al cabo, por tanto, aunque por otra vía, será también aquí el conjunto de los usuarios —«en función de su capacidad de pago, expresada ahora a través de su capacidad de consumo o uso de tales servicios» (69)— quien sufrague el coste de las obligaciones (70).

3) En tercer lugar, finalmente, la financiación de las obligaciones *especiales* de servicio esencial puede proceder de los Presupuestos Generales del Estado, es decir, en otras palabras, puede ponerse a cargo del esfuerzo fiscal general de la colectividad (71).

b) *Su gestión.*

En relación con el tema de la gestión de la financiación destinada a compensar las obligaciones *especiales* de servicio esencial no hay mucho que decir, al menos desde una perspectiva genérica. Simplemente cabe subrayar que dicha función viene asegurada por lo que el ordenamiento jurídico llama un «Fondo de Compensación» —por ejemplo, el «Fondo de Compensación del Servicio Postal Universal» (72) o el «Fondo de Compensación del servicio universal de telecomunicaciones» (73)—, cuya gestión se encomienda a la propia Administración (74).

(67) *Vid.* el artículo 33 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales. Conviene advertir que el ordenamiento establece la posibilidad de aplicar deducciones (por ejemplo, a favor de aquellos operadores que ofrezcan condiciones especiales de acceso a usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales) o exenciones (para incentivar la introducción de nuevas tecnologías, para favorecer el desarrollo de una competencia efectiva, etc.). Ténganse en cuenta, por ejemplo, el artículo 39.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y el artículo 22 del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

(68) *Vid.*, sobre esta cuestión, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «En torno...», pág. 2812.

(69) *Vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *ibid.*, págs. 27-28.

(70) *Vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *ibid.*, *loc. cit.*

(71) *Vid.*, por ejemplo, los artículos 27.c) y 28 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

(72) *Vid.* sobre este Fondo (su papel, mecanismos de depósito, inversiones permitidas, etc.) el artículo 26.1 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales. *Vid.*, asimismo, la Orden de 20 de diciembre de 1999 por la que se designa el órgano del Ministerio de Fomento encargado de la gestión del Fondo de Compensación del Servicio Postal Universal y se aprueban los modelos de impresos para la liquidación de tasas postales.

(73) Ténganse presentes, en relación con dicho Fondo, el artículo 39 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y el artículo 33 del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las re-

3. Reglas de atribución de la financiación (su establecimiento, cálculo y desaparición)

1) Como hemos explicado algunas páginas atrás, no todas las exigencias que se imponen a los operadores de los servicios esenciales económicos en red pueden considerarse como obligaciones *especiales* de servicio esencial, es decir, no todos los límites y condicionamientos que gravan su actividad merecen una compensación económica. En realidad, como también hemos explicado, la financiación pública de la obligación aparece cuando la realización de la prestación correspondiente implica una desventaja para el operador afectado, en principio porque la carga que comporta excede de los límites normales de la libertad de empresa (75).

La clave reside aquí en saber cuándo esto ocurre, es decir, en definitiva, cuándo la obligación impuesta tiene naturaleza ablatoria (en otras palabras, cuándo aparece la desventaja económica). Como es evidente, no podemos entrar en una descripción detallada de los mecanismos financieros y contables que permiten determinarlo. Subrayaremos simplemente que el ordenamiento suele establecer como punto de referencia el parámetro del ahorro neto que el operador afectado conseguiría si no tuviese que cumplir la obligación de servicio esencial. Dicho ahorro neto se calculará tomando en cuenta el coste que implica suministrar el servicio o realizar la prestación. A estos efectos, se deberá tener presente en el cálculo del coste neto, por un lado, el coste incremental en que el operador incurriría al suministrar el servicio o al realizar la prestación en condiciones no rentables y, por otro lado, los ingresos derivados de dicha actividad y los beneficios intangibles asociados a la universalidad del servicio (76).

des de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. *Vid.*, sobre este Fondo, C. CHINCHILLA MARÍN, «Comentario al artículo 39», en vol. col. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)* (coords.: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO), Civitas, Madrid, 1999, págs. 297 y ss.

(74) En el ámbito de las telecomunicaciones, por ejemplo, se trata de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

(75) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 39.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, donde se establece que «la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de la prestación del servicio universal implica una desventaja competitiva o no, para los operadores que la lleven a cabo. En el primer supuesto, se establecerán y harán públicos los mecanismos para distribuir entre los operadores el coste neto de dicha prestación (...)».

(76) *Vid.* el artículo 39.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Para más detalles sobre los diversos componentes del coste neto de la realización de la prestación impuesta, ténganse presentes los artículos 23 y siguientes del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las

La regla común es que la determinación del coste neto antes mencionado se realizará por el propio operador. En tal supuesto, la Administración habrá de aprobar el resultado del cálculo, previa auditoría realizada por ella misma o por la entidad que, a estos efectos, se designe (77). Sin embargo, cabe también la posibilidad de que la Administración realice ella misma el cálculo o encomiende su realización, sin intervención previa del operador (78).

En todo caso, tanto el resultado del cálculo del coste neto de la prestación como las conclusiones de la auditoría deberán ponerse a disposición de los operadores del sector que contribuyan a la financiación de las obligaciones *especiales* de servicio esencial en cuestión, previa solicitud de éstos, en los términos que se establezcan reglamentariamente y garantizando el secreto comercial e industrial (79).

2) Una vez determinada la necesidad de compensar económicamente el cumplimiento de la obligación de servicio esencial, la Administración que asume la gestión del Fondo de Compensación deberá entregar al operador afectado la cuantía necesaria par cubrir el coste neto al que antes hemos hecho referencia.

Como es evidente, este mecanismo de financiación se mantendrá en vigor mientras sea necesario. Hay que entender con ello que dicha financiación habrá de desaparecer cuando resulte que el servicio correspondiente se está prestando en competencia, en condiciones de precio, cobertura y calidad similares a aquellas en que el operador designado debe prestarlo (80), o cuando resulte que la prestación no genera un coste neto o que el coste neto vinculado a su cumplimiento no supone una desventaja competitiva para dicho operador (81).

redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. *Vid.* también el artículo 12 de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

(77) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 39.1 (segundo párrafo) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

(78) *Vid.* el artículo 26.1 (quinto párrafo) de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

(79) *Vid.* los preceptos citados en las notas anteriores.

(80) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 3.2 del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

(81) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 31.1 del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. A los efectos de permitir a la Administración saber cuándo se dan las circunstancias aquí aludidas, el ordenamiento impone a los operadores que asumen obligaciones de servicio esencial la carga de formular anual-

4. *Naturaleza de la financiación*

Es común afirmar que las aportaciones financieras dirigidas a compensar las obligaciones *especiales* de servicio esencial constituyen ayudas públicas (82). El propio concepto de obligación de servicio público (más precisamente, el de «*obligaciones inherentes a la noción de servicio público*») nació, como ya estudiamos con anterioridad, en el marco del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 73 —*ex* 77—) para legitimar la utilización de determinados tipos de «ayudas públicas» destinadas a reembolsar las obligaciones de servicio público impuestas a las empresas de transporte, exceptuando de esta manera la aplicación de la regla de la incompatibilidad establecida por el Tratado (art. 87.1 —*ex* 92.1—) (83).

En rigor, sin embargo, conviene advertir que esta afirmación incurre en un error. La razón que nos lleva a emitir tal opinión es que la financiación vinculada al cumplimiento de obligaciones *especiales* de servicio esencial, como ya hemos explicado, venga o no «pactada» a través de un contrato (84), se destina a compensar los costes de los operadores en el marco de una cierta colaboración financiera con el fin de restablecer la situación concurrencial, es decir, en suma, tiene un claro efecto devolutivo (85). Y uno de los elementos definitorios más importantes de las ayudas públicas en general es precisamente la ausencia de onerosidad, esto es, la carencia de contrapartida o de efecto devolutivo (86).

mente una declaración del coste neto de dichas obligaciones. *Vid.*, a este respecto, el artículo 30 de la norma aquí citada.

(82) Hasta pronunciamientos recientes (*vid.* las Sentencias del TJCE relativas a los asuntos *Ferring y Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*, citadas más adelante), la jurisprudencia comunitaria parecía confirmar dicho planteamiento. Ténganse presentes, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1997, *FFSA-La Poste* (asunto T-106/95) y *Sociedade Independente de Comunicação, S.A.* (asunto T-46/97). En contra, sin embargo, *vid.* la Sentencia del TJCE de 7 de febrero de 1985, *Associação de defesa dos brúleiros d'huíles usagéés* (asunto C-240/83).

(83) Para un comentario al antiguo artículo 77 (nuevo 73) del Tratado desde la óptica aquí utilizada y sobre su desarrollo normativo a nivel europeo y nacional, *vid.*, entre otros, E. CARBONELL PORRAS, *Régimen...*, cit., págs. 91-92; P. GIRERD, *Politique...*, cit., págs. 62 y ss.; G. GRECO y D. U. GALETTA, «Trasporti...», cit., págs. 1245 y ss.

(84) Desde luego, lo que aquí se afirma es aún más evidente cuando existe un contrato entre la Administración y el operador en cuestión.

(85) Como explica FERNÁNDEZ FARRERES (*La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 191 y ss.), no se puede hablar de ayuda pública en sentido estricto (de subvención, para este autor) cuando existen fórmulas de colaboración financiera entre la Administración y los gestores de servicios públicos, ya que tales fórmulas vienen a compensar costes o a garantizar el equilibrio económico de la relación.

(86) Sobre ello hay acuerdo doctrinal casi unánime. *Vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública», en

A lo sumo, podríamos considerar que la financiación de la que aquí hablamos constituye una ayuda indirecta en favor de los potenciales usuarios de los servicios correspondientes. Pero nos situamos con esta consideración en otro contexto. La relación que aquí nos ocupa —esto es, la que vincula al operador gravado por la obligación *especial* de servicio esencial con la propia Administración— no puede tener naturaleza subvencional, ni puede integrarse de ninguna manera en la dinámica propia de las técnicas administrativas dispensadoras.

Ahora bien, basándonos en la jurisprudencia comunitaria más reciente —en particular, por ejemplo, en las Sentencias del TJCE *Ferring*, de 22 de noviembre de 2001 (87), y *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*, de 24 de julio de 2003 (88)— (89), hemos de precisar que si la aportación económica vinculada al cumplimiento de la obligación *especial* de servicio público no sólo compensa la carga correspondiente (90), sino que va más allá, en el sentido en que la ventaja concedida al operador excede del coste generado por la prestación de la obligación, entonces, en este caso, puede considerarse sin lugar a dudas como una ayuda pública, lo que implica que su atribución u otorgamiento tenga que someterse *ratione materiae* a las reglas específicamente previstas para tales circunstancias, es decir, en particular, a los mandatos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (arts. 87-89). Todo ello responde a una evidente lógica: si la aportación económica reúne las características antes mencionadas, proporciona una ventaja concurrencial efectiva a su beneficiario, una ventaja susceptible de falsear la competencia.

vol. col. *Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 762-763. Vid. también J. NIEVES BORREGO, *Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención*, núm. 42 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1963, pág. 29; D. H. SCHEUING, *Les aides financières publiques*, Berger-Levrault, París, 1974, pág. 28; J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 311; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, cit., págs. 106 y ss., y pág. 341. En contra, vid. J. SALMON, *Les subventions*, Bruylant, Bruxelles, 1976, pág. 27.

(87) Asunto C-53/00. Sobre esta importante Sentencia y sobre la jurisprudencia relativa a esta materia, *vid.*, por ejemplo, A. ALEXIS, *Services publics et aides d'État (évolution récente de la jurisprudence)*, «Revue du Droit de l'Union Européenne», núm. 1/2002, págs. 99 y ss.; V. KARAYANNIS, *Le service...*, cit., págs. 357 y ss.

(88) Asunto C-280/00.

(89) En el asunto *GEMO, S.A.* (C-126/01), el Abogado General F. G. Jacobs mantiene en sus conclusiones, presentadas el 30 de abril de 2002, una postura muy próxima a la que se adopta en la Sentencia, antes citada, *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*. La evolución aquí descrita parece indicar que el fallo que el TJCE está a punto de dictar seguirá dichas conclusiones.

(90) Como se indica en la nota 82 y como se deduce en sentido contrario del texto, dichas Sentencias descartan la consideración de ayuda pública cuando la aportación financiera se limita a hacer efectiva esta compensación.