

VALORACIÓN CRÍTICA DEL SISTEMA DE SERVICIO UNIVERSAL Y DE LIBERALIZACIÓN

Por

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. La nueva Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.—2. El sistema jurídico para la prestación del servicio universal.—3. Paralelismos con el sector postal.—4. Paralelismos con los servicios deficitarios en el ámbito de los transportes y con la financiación de infraestructuras públicas.—5. Valoración crítica del sistema jurídico. Limitaciones o falta de virtualidad.

1. LA NUEVA LEY 32/2003, DE 3 DE NOVIEMBRE, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, tiene como finalidad, a tenor de su Exposición de Motivos, incorporar la más reciente reglamentación comunitaria y, por tanto, una «profundización en los principios ya consagrados en la normativa anterior».

El servicio universal (definido éste en los artículos 2 y 22 de la citada Ley 32/2003, siguiendo la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones) suele usualmente entenderse como el derecho de todos los usuarios a acceder a la telefonía fija en sus domicilios a un precio asequible, a la existencia de un número suficiente de cabinas en todos los municipios, a la recepción gratis de guías de teléfono y de un número de información telefónica, incluyendo también prestaciones especiales para garantizar que los discapacitados puedan acceder al servicio telefónico.

Al igual que en la LGT de 1998, también la LGT de 2003 sigue considerando sólo servicios públicos los mencionados en el artículo 4 y en el Título II de la Ley, en especial los relativos a la defensa nacional y a la protección civil. Esto significa que el papel del Estado no es el de «interventor» o «gestor», sino el de «regulador» (1). La jurisprudencia reciente afianza que las tele-

(1) Por ejemplo, la STJCE de 13 de diciembre de 2001 (TJCE 2001\364) ilustra acerca de los niveles legítimos de regulación pública en materia de interconexión, admitiendo que los Estados puedan limitar la autonomía de voluntad de los operadores de telecomunicaciones a la hora de concluir acuerdos de interconexión, a fin de garantizar que dichos acuerdos resulten adecuados. Concretamente, el TJCE afirma que «los artículos 4.2 y 9.2 de la Directiva 97/33, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones, en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), deben interpretarse en el sentido de que no se

comunicaciones han dejado de ser, cuando menos nominalmente, servicios públicos, por serlo sólo aquellos que la LGT menciona como tales (STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2003, JUR 2003\272473; STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2003, JUR 2003\102600).

2. EL SISTEMA JURÍDICO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL

Siguiendo con el servicio universal, interesa el artículo 23 de la citada Ley 32/2003, donde se regula la «prestación del servicio universal». En esencia, se prevé la posibilidad de que intervengan uno o varios operadores y también se prevé la forma de concurso como medio de selección.

En el artículo 24 se regula el «coste y financiación del servicio universal». Esta realidad parte del reconocimiento de que la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los obligados que, por tanto, es merecedora de compensación.

El sistema previsto para su financiación consiste en un «mecanismo de compensación» en virtud del cual los distintos operadores de telecomunicaciones han de repartirse la carga de financiar el coste del servicio universal. Parece lógico este sistema. La liberalización de las telecomunicaciones hace posible que nuevos operadores actúen en este sector. Por tanto, es «lógico» que sean quienes se enriquecen los que asuman la carga de las prestaciones deficitarias (2).

Más concretamente, dicho «mecanismo de compensación» consiste en un «Fondo Nacional del Servicio Universal» que tiene como finalidad garantizar la financiación del servicio universal. A dicho Fondo van a parar los activos en metálico procedentes de los operadores con obligaciones de contribuir a la financiación del mentado Fondo.

Ciertamente, también se contempla (como vía de financiación) la posibilidad de «aportaciones» o donaciones de cualquier persona física o jurídica.

En cuanto al sujeto que presta el servicio universal, interesa la disposición transitoria segunda de la vigente Ley. Se establece que Telefónica continúe siendo la prestadora del servicio universal cuando menos hasta que se apruebe el nuevo Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y en la medida que éste establezca.

Junto a la LGT de 2003, también es preciso considerar la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de telecomunicaciones electrónicas (Directiva del servicio universal).

Esta Directiva, primeramente, se hace eco de la necesidad de un servi-

oponen a que los Estados miembros permitan que las autoridades nacionales de reglamentación impongan *ex ante* a un operador que tenga un peso significativo en el mercado la obligación de facilitar a los demás operadores el acceso al bucle de abonado y de ofrecer dichos operadores la interconexión en las centrales de conmutación locales y de nivel superior de conmutación».

(2) A esto se le llama «servicio universal dentro de un entorno de mercado abierto y competitivo» (Directiva del servicio universal, art. 1.2).

cio universal. En sus «considerandos» se reconoce que garantizar el servicio universal puede implicar la prestación de servicios que difieran de los resultantes en unas condiciones de mercado normales.

Al mismo tiempo, se justifica que ciertos servicios han de cubrirse, mediante un «precio asequible» (considerando 10), por ser necesarios (guías telefónicas, utilización de números de urgencia, prestación de servicios a usuarios con discapacidad, considerandos 11 y 12), a pesar de que puedan representar un coste o déficit para sus operadores.

En el plano de la gestión del servicio, se admite, en la Directiva de servicios, que el servicio universal pueda ser gestionado por varias empresas.

La Directiva apunta, igualmente, la necesidad de un mecanismo de financiación del déficit de prestación. En efecto, importante es, evidentemente, el mecanismo o modelo de financiación del servicio universal (considerandos 21 a 23).

En este contexto, se habla en la Directiva de posibles «fondos públicos» de los Estados miembros (procedentes de los presupuestos generales). Las loterías del Estado se mencionan en la Directiva como posibilidad de financiación a la que pueden recurrir los Estados. Y también se prevé la posible contribución de todos los usuarios a través de exacciones recaudadas a las «empresas», aunque ambas posibilidades (públicas y privadas de financiación) pueden combinarse.

No obstante, debe evitarse en la medida de lo posible (según la Directiva) la repercusión de las cargas financieras a los usuarios finales y, además, puede exonerarse a alguna empresa (de la carga de contribuir a la financiación del servicio universal) siempre que tenga una presencia en el mercado de forma no significativa.

En el articulado (en particular, el artículo 13 de la citada Directiva) se reiteran estas reglas respecto de la financiación de las obligaciones de servicio universal. Es decir, hay dos posibles sistemas de financiación: o bien mediante fondos públicos (esto es, presupuesto estatal) o bien a través del reparto de la carga de compensación entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas.

La forma de calcular los «costes de las obligaciones del servicio universal» se regula en el artículo 12 de la Directiva del servicio universal. Esta cuestión no es compleja. Lo susceptible de ser compensado es la diferencia entre el coste neto de la prestación (sumando los beneficios, si los hubiere) y el correspondiente coste si no se operara con dichas obligaciones (Anexo IV de la Directiva).

En esta materia del servicio universal es importante tener en cuenta las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, también, la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El hecho de que la jurisprudencia relevante, en la materia en general de telecomunicaciones, sea la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (y la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) es un dato suficientemente ilustrativo como para inferir claramente que estamos ante ámbitos

o sectores *públicos*, lejos de simples mercados regidos por la libre disposición de las partes.

En el contexto de la citada CMT, importan los acuerdos sobre coste neto de prestación del servicio universal. Por ejemplo, puede citarse el Acuerdo de 31 de enero de 2002 sobre coste neto de prestación del servicio universal en el año 2000 propuesto por Telefónica de España, S.A.U.

Este Acuerdo ilustra, primeramente, acerca de los «antecedentes» en el plano de las Resoluciones de la CMT sobre fijación de costes netos del servicio universal en ejercicios precedentes. Ilustra, con cifras, igualmente, acerca del cálculo (conforme a los criterios o pautas que *supra* comentaba) del coste del servicio universal, partiendo de que dicho servicio representa una desventaja competitiva para Telefónica, tanto en lo referente a los servicios a discapacitados como en lo concerniente a servicios en zonas no rentables u otras actividades. Se concluye, entonces, que el coste neto del servicio universal por Telefónica en el ejercicio 2000 asciende a 267.920 miles de euros (3).

Lógicamente, la imposición *ex lege* a Telefónica de la prestación del servicio universal puede provocar el rechazo de esta operadora, por considerar ésta excesiva la carga de prestación del servicio universal. De ahí que Telefónica impugnara en su día el Reglamento del Servicio Universal —aprobado por RD 1736/1998, de 31 de julio (4)—. No obstante, el Tribunal Supremo (en su sentencia de 2 de febrero de 2000, RJ 2000\319) desestimó íntegramente dicha impugnación por considerar ajustado (dicho Reglamento) al régimen legal de la LGT de 1998.

Durante los últimos tiempos han proliferado noticias en los periódicos y otros medios relativas a quejas constantes de Telefónica (sobre quien actualmente está recayendo en la práctica de forma exclusiva la financiación del servicio universal) relativas a esta obligación (sin compensación) de prestación del servicio universal, sobre la base, según la CMT, de que la prestación no ha supuesto para Telefónica «merma apreciable en su capacidad de competir por el hecho de soportar dicha carga». Para Telefónica, deben arbitrarse ya medios de compensación en su favor, ora por la vía de los presupuestos del Estado (tal como prevén las Directivas comunitarias), ora por la vía de un Fondo de Compensación que se nutra a través de asignaciones de los operadores, sin que sea de recibo que nuestro ordenamiento jurídico desconozca la primera de las vías mentadas y que no existan, en ningún caso, medios de compensación en la práctica del sector (por ejemplo, pueden verse los comentarios de Telefónica al Libro Verde del Servicio Universal o la noticia EFE 1.2.2002).

En consecuencia, el regulador ha decidido que no se pondrá por ahora

(3) Interesante es también, de la misma CMT, el Acuerdo de 28 de octubre de 1999 adoptado en sesión 37/99, por el que se responde —afirmativamente— a la consulta formulada por la Excelentísima Diputación de Salamanca sobre la obligación o no de Telefónica de atender gratis las peticiones que efectúan municipios carentes de teléfono público de pago a fin de dar cumplimiento al artículo 37 de la LGT del servicio universal.

(4) Téngase en cuenta, además, la Orden 2001\3212, de 21 de diciembre, que regula determinados aspectos del servicio universal de telecomunicaciones.

en funcionamiento el Fondo de Financiación del Servicio Universal, ya que «la insuficiencia de resultados de los operadores de telefonía fija frente a Telefónica en el ejercicio del 2000 expresa las desventajas de todo tipo que para ellos representó la situación en este año».

En cambio, según Telefónica, el coste del servicio universal debe ser sufragado por el resto de los operadores, incluidos los de telefonía móvil (5).

En opinión de Telefónica, el caso de la financiación del servicio universal en España podría representar no sólo un caso de divergencia respecto a las prácticas llevadas a cabo en otros Estados miembros, sino, más preocupante, respecto a la falta de sintonía entre lo que la normativa comunitaria persigue con su política de servicio universal y los medios puestos en juego para su consecución. Esta situación, en opinión de Telefónica, ha puesto a la empresa en una situación de desventaja frente a sus grandes competidores internacionales.

Por otra parte, mientras que para unos el tema del servicio universal irá teniendo cada vez menor importancia según evolucione la sociedad y ésta se modernice, para otros (como Telefónica) existe el riesgo de que la noción misma de «servicio universal» pueda tender a su expansión. Más bien, según *evolucione la sociedad* cabrá asumir nuevos retos y servicios y un mayor bienestar social. Por eso, siempre habrá una franja donde no llega el mercado y sea preciso *llegar* (éste es el servicio universal).

Es claro que el nuevo sistema jurídico del servicio universal presenta el riesgo de que los poderes públicos se extralimiten a la hora de definir las fronteras del servicio universal. Así, según el TJCE, Bélgica aprovechó el nuevo régimen de servicio universal para incluir dentro de los conceptos susceptibles de compensación la «aplicación de tarifas preferenciales a los servicios prestados a la prensa escrita». Es evidente que el servicio universal supone la posibilidad de rebajar la tarifa del servicio por debajo de la cifra que representa el coste real de mercado. Pero también lo es que esto no puede conducir a que los Estados miembros otorguen este trato preferencial en favor de los colectivos que discrecionalmente consideren. No existe *discrecionalidad* sobre el particular. El régimen de sujetos susceptibles de beneficiarse por el servicio universal está fijado en la propia reglamentación comunitaria. De ahí que la sentencia del TJCE de 30 de noviembre de 2000 no dudara en condenar a dicho Estado. En esta misma sentencia (y también en otra de 7 de diciembre de 2000, asunto C-423/99) se pone de manifiesto la posibilidad de condenar a los Estados miembros por incumplimiento respecto de su deber de incorporar debidamente dicha reglamentación comunitaria (puede verse también el auto del TJCE de 28 de mayo de 2001, asunto T-53/01).

En nuestros Tribunales también ha habido ocasión de precisar los contornos del servicio universal. Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de

(5) Debe conocerse, sobre esta posibilidad, la significativa STJCE de 6 de diciembre de 2001 (TJCE 2001\340), en virtud de la cual se condenó al Estado francés por haber incluido como sujetos obligados a aportar financiación en favor del servicio universal a los operadores de telefonía móvil, siendo por entonces (en 1999, año de la impugnación) France Telecom monopolista del servicio.

17 de enero de 2001 (JUR 2001\104390) reafirma la obligación de Telefónica de incluir datos en las guías y en los servicios de información no sólo de sus abonados, sino también de los abonados de otras operadoras.

En general, cada vez más se debate cómo ha de financiarse el servicio universal y los sistemas a nivel universal son dispares entre sí: asignaciones de otros operadores, subsidios públicos, subvenciones, fondos estructurales comunitarios... (6).

También puede citarse la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión (acompañada de una propuesta de resolución del Consejo relativa a los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones), donde (en el considerando 6) se solicita que las instituciones comunitarias lleven a cabo un estudio adicional sobre la financiación del servicio universal en un futuro próximo, y resuelve celebrar lo antes posible una audiencia sobre los principios del servicio universal (7).

3. PARALELISMOS CON EL SECTOR POSTAL

Es sabido que la concepción del servicio universal no es exclusiva del sector de telecomunicaciones por afectar, igualmente, al postal.

En concreto, el servicio universal comprende, a tenor de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, principalmente los servicios de giro, de envíos postales de cartas de hasta dos kilos de peso y de paquetes hasta diez kilos. Dentro de este servicio universal, la citada Ley consideró reservado el servicio de giro y las cartas hasta 350 gramos.

El quid de la liberalización del sector postal (en esto, de forma muy próxima al sector de la electricidad, por ejemplo) está en ir reduciendo progresivamente las cifras indicadas, a efectos de que, de esta manera, pueda ir entrando un número mayor de operadores. Siguiendo los designios del legislador comunitario, a raíz de la Ley 53/2002, de 31 de diciembre (art. 106), se modifica el artículo 18 de la citada Ley 24/1998 fijándose en 100 gramos el límite del servicio universal reservado, 50 gramos a partir de 2006, previéndose para el 2009 la liberalización «absoluta» del sector; por tanto, a través de la reducción a cero de los gramos que venían fijando la línea divisoria entre el servicio reservado y no reservado (Directiva 2002/39, del PE y Consejo, de 10 de junio de 2002, «DOCE» L 176/21, de 5 de julio de 2002) (8).

(6) Son numerosas las fuentes que informan; por ejemplo: www.fcc.gov/ib/iniciative/files/cg/spanish/9pdf.

(7) En www.fcjs.urjc.es/cde/teleco/rel-87.htm.

(8) Junto a la Ley 24/1998 hay que tener en cuenta, sobre el servicio postal universal, el Real Decreto 1999/3265, 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 (especialmente, arts. 27 y ss.); el Real Decreto 1999/2256, de 31 de julio, que regula determinadas tasas postales y el Fondo de Compensación del Servicio Postal Universal creados por la Ley 24/1998, y el Real Decreto 1999/320, de 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Título II de la Ley 24/1998, en lo relativo a las au-

Esto no significa, ni ahora ni antes incluso de la citada Ley 24/1998, excluir a los operadores dentro del propio servicio universal reservado. Interesante es, en efecto, que se puede actuar dentro del servicio reservado por operadores que realicen una actividad con valor añadido (es decir, aportando un plus de calidad del servicio prestado, que se entiende —en el sector postal— como la urgencia en la entrega de los envíos postales), respecto de los envíos interurbanos. De este modo, viene entendiéndose que si estos operadores cobran por lo menos cinco veces más que aquello que los usuarios deben satisfacer por los envíos ordinarios, estos operadores pueden intervenir en el referido ámbito o sector reservado. La Ley 53/2002 reduce la proporción de forma significativa, de cinco a tres veces, y a partir del 1 de enero de 2006 el precio será, al menos, dos veces y media superior.

Todo esto significa también que quedan sujetas a autorización administrativa las actividades que se realicen al margen del servicio universal y también las que se lleven a cabo dentro del servicio universal pero en el ámbito no reservado, respectivamente autorizaciones generales y singulares.

En fin, al igual que en telecomunicaciones, también se prevé, en el papel, un Fondo de Compensación del Servicio Universal (art. 26 de la citada Ley Postal) al que van a parar asignaciones públicas (vía presupuestos) o privadas provenientes de las tasas que han de abonar los demás operadores que se benefician de la liberalización del sector postal o de las donaciones de terceros. Así pues, a diferencia de la LGT, la Ley Postal afirma expresamente la posibilidad de acudir a fuentes de financiación públicas.

El servicio postal universal lo viene realizando Correos y Telégrafos, con el apoyo de los presupuestos del Estado. El *desideratum*, desde una óptica o lógica de mercado, estaría en evitar tanto un servicio universal a cargo de Correos como la necesidad de una financiación pública que sustente el desarrollo de esta actividad. Según esto, el propio mercado, a un precio asequible, realizaría el servicio postal universal (también el reservado) porque es capaz de llevarlo a cabo de forma más eficiente y, en principio, sin pérdidas. Y, en caso de tener que asumirse éstas (como consecuencia de la definición del servicio postal universal a precio asequible, por ejemplo ante la necesidad de asumir envíos socialmente necesarios a precio asequible, pero no rentables económicamente), el propio mercado satisfaría esta carga, considerando que, en general, el sector postal es rentable (desde una perspectiva de mercado) y capaz de asumir, por tanto, los posibles *déficits* de prestación que generan algunos envíos. Pero está presente el riesgo de

torizaciones para prestación de servicios y el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales. También puede interesar la consulta o lectura de los documentos de la Unión Postal Universal, tales como la contribución de L. ANDONG, «Responder a la demanda del mercado cumpliendo al mismo tiempo con las obligaciones del servicio universal», CS Pres 2002 Doc 6 (traducción del inglés), 2002; o la de A. H. MANDOUGH, «Las iniciativas de la OMC para la liberalización del sector postal», CS Pres 2002 Doc 44, 2002; K. ZUMWINKEL, «Las nuevas redes y las alianzas. ¿Qué papel desempeñan en la oferta de un servicio de alta calidad?», CS Pres 2002 Doc 48, 2002; y, por supuesto, los distintos documentos de la Unión Europea, o relacionados con ella: así, el de la DG XIII y Consulting-Training im Controlling GMBH, «Study on the Weight and Price Limits of the Reserved Area in the Postal Sector», Bruselas-Luxemburgo, 1998.

que el mercado no funcione como se espera y termine desvirtuándose el sistema, mediante la apertura del sector a nuevos operadores (en zonas rentables) asumiendo entre todos los contribuyentes la carga de financiación de los servicios de realización socialmente necesaria pero no rentables. Si se llega a este «punto» sería incluso discutible la preferencia misma de un régimen de servicio público, como sistema idóneo éste para compensar beneficios y pérdidas de prestación.

La posibilidad de acudir a fuentes de financiación públicas (incluso subvenciones) se confirma, en el sector postal, en los artículos 22.i) y 23.1 del Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, aprobado por Real Decreto 176/1998, de 16 de febrero.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2000 (RJ 2000\10108) desechó la alegación de la parte del recurrente a cuyo tenor dicha posibilidad no estaba prevista en la Directiva 97/67 (art. 9.4).

Según el Tribunal Supremo, el régimen estatutario encuentra respaldo en la Ley 24/1998 (arts. 20 y 28), además de que la prestación del servicio postal universal (en condiciones de calidad y precio asequible) puede ser económicamente deficitaria y exigir, en consecuencia, ayudas al operador al que le es encomendada dicha prestación. A dicho régimen no se opone, según el TS, la Directiva citada.

Por otra parte, todo este sistema jurídico plantea otras cuestiones de interés inherentes a su propia configuración.

En primer lugar, todo aquel operador que realice servicios postales al margen de los criterios apuntados del servicio universal podrá incurrir en responsabilidad administrativa que provocará la pertinente sanción. Es éste el supuesto de sendas sentencias de 20 de noviembre de 2003 (del TSJ de Canarias) y de 6 de junio de 2002 (del TSJ de la Comunidad de Madrid).

En la última de las citadas (muy ilustrativa, por cierto, sobre la historia de los servicios postales) se ordena a una entidad que se abstenga de seguir realizando servicios postales reservados al operador habilitado (estamos ante servicios postales transfronterizos consistentes en la salida de tarjetas postales) y, además, se le impone una sanción de diez millones de pesetas. A tenor de la primera de las sentencias citadas, la única forma de salvar el obstáculo de la reserva en favor de Correos y Telégrafos sería realizar el servicio postal conforme al criterio del valor añadido, lo que no concurre en el presente supuesto.

También puede reseñarse un no menos interesante supuesto (el asunto C-169/02 del TJCE) que da lugar a unas conclusiones del Abogado General que no se confirman por sentencia del citado Tribunal por razones ajenas al proceso (concretamente, el desestimiento de la parte ante la jurisdicción nacional). Pero interesa poner de manifiesto, siguiendo dichas conclusiones, que los operadores que realizan el servicio postal universal están sujetos al IVA. No quedan sujetos, en cambio, los operadores que actúen o actúasen dentro del servicio postal universal reservado.

Así pues, en el nuevo marco jurídico resulta imprescindible definir con claridad las actividades que se encuadran dentro del sector postal desde el punto de vista del servicio universal (es decir, servicio reservado, servicio

no reservado o *servicio* no universal) a efectos de afirmar consecuencias jurídicas distintas en uno u otro caso. Puede servir de ejemplo también el auto de 16 de marzo de 2002 (JUR 2002\195544), en el cual el Tribunal Supremo plantea una cuestión prejudicial al TJCE a los efectos de precisar cuándo el régimen de autoprestación de los servicios postales puede entenderse inmerso dentro de los servicios reservados al operador del servicio universal.

Otro grupo de litigios se referiría no a la liberalización del sector postal, sino a la privatización de la entidad Correos y Telégrafos.

En este sentido habría que mencionar el reciente Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del Personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima («BOE» de 8 de marzo de 2004). En suma, la idea principal que se infiere de una lectura del citado Estatuto es que los funcionarios de Correos mantienen su estatus funcional, aunque con adaptación al «funcionamiento de la sociedad estatal y a las necesidades del tráfico mercantil *en un marco competencial*».

Es sabido que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de junio de 2001 acordó la creación de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. Este Acuerdo fue impugnado por un funcionario de Correos, originando la STS de 17 de febrero de 2004. El Tribunal Supremo, tras afirmar la legitimación del recurrente, desestima el recurso considerando, en parte, ajustado a la legalidad el régimen de privatización seguido y, en parte, por plantearse cuestiones que trascienden de la extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. PARALELISMOS CON LOS SERVICIOS DEFICITARIOS EN EL ÁMBITO DE LOS TRANSPORTES Y CON LA FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

El servicio universal parece consolidarse en el ámbito de los sectores postales y de telecomunicaciones. En el sector de los transportes, siendo la problemática en principio similar (la existencia de rutas no rentables que socialmente deben realizarse), el mecanismo de mercado o de liberalización previsto al efecto de solucionar el problema es el de las obligaciones de servicio público, sin descartar la posibilidad de ciertas ayudas públicas, y todo ello condicionado a que, en efecto, algún día empiece a funcionar el propugnado (en reglamentos y directivas, es decir, en el papel) régimen de liberalización de algunos transportes. A modo de inciso, debe reconocerse que la regulación comunitaria va a veces sucediéndose mediante derogaciones normativas de unos reglamentos sobre otros sin que, en verdad, se hayan siquiera cumplido los primeros. Asistimos a un proceso de sucesión de normas y derogaciones y aprobaciones que, curiosamente, pueden no encontrar reflejo en la realidad, ya que en ésta no se van plasmando los regímenes que expresan dichas normas de la Unión Europea (caso del ferrocarril).

Por «obligaciones de servicio público» se entienden aquellas *obligaciones* (es decir, rutas de transporte) respecto de las cuales existe un déficit

que se carga sobre un operador al que el poder público encomienda su realización. De ahí que la reglamentación comunitaria prevea, para estas situaciones, un derecho de compensación a favor del operador obligado, a no ser que el poder público decida la supresión de la ruta deficitaria. En suma, esto significa que entre todos los ciudadanos financiamos el coste de este tipo de las obligaciones sociales. No se cargan o compensan los déficits con las partes rentables y el mercado no consigue, por tanto, autofinanciar el coste referido.

Es preciso matizar que habrá, primero, rutas o trayectos cuya realización no sea exigible socialmente, otras que serán de necesaria cobertura aunque deficitarias (en torno a las cuales se plantea la problemática) y, finalmente, rutas o trayectos rentables. Habría que plantear la posibilidad de aplicar la lógica del servicio universal a estos sectores de mercado. Si se introduce el mercado y la liberalización en el ámbito de los transportes, una consecuencia lógica puede ser que el lucro económico que se obtiene en las zonas o trayectos rentables sirva para compensar parte de los déficits de financiación de otras rutas que «deben» realizarse, pese a las pérdidas que ello representa. De momento, la liberalización «resuelve» el problema social mediante asignaciones presupuestarias, por tanto públicas.

En cuanto a las infraestructuras, el problema lo representan las infraestructuras de necesaria realización, conforme a los objetivos políticos y a posibles exigencias o demandas sociales, pero de imposible financiación pública, a no ser que el Estado se endeude para su realización. Como esto es precisamente lo que quiere evitarse (conforme a la política comunitaria de déficit cero), no queda más remedio que dar entrada al mercado (el sector privado) mediante su colaboración financiera para ejecutar dichas infraestructuras. Son diversas las fórmulas posibles o concebibles, desde las llamadas acciones rescatables (el poder público aporta, por ejemplo, el 75% de las acciones y el sector privado un 25%, *rescatándose* éstas a posteriori por el Estado) al peaje en sombra (se financia la obra por el empresario y el poder público paga, una vez ejecutada la obra, el peaje que podría haber correspondido a los usuarios de la vía), o el propio *lease-back* (se vende, por el Estado, la infraestructura, aunque después ésta se recupera por aquél en arriendo abonando al empresario ejecutor asignaciones periódicas por el uso), o el abono total del precio (se financia la obra por el particular y el Estado va pagándola en diversas anualidades una vez terminada).

En todas estas fórmulas, el poder público conseguiría que sea el empresario quien financie la obra. Existe una financiación privada sólo en el sentido estricto de que el sector público consigue desplazar la carga de financiación (no del pago) al sector privado. A estos efectos se sitúan fórmulas interesantes como los avales y las hipotecas a favor de los posibles concesionarios o empresarios que asumen la financiación. El pago se hará, finalmente, ora por los usuarios (conforme al sistema de peaje), ora por los ciudadanos en general en el momento de efectuarse el pago por el propio Estado a favor del empresario ejecutor. El abono total del precio o el peaje en sombra, por ejemplo, consiguen diferir el momento del pago y consi-

güen excepcionar el sistema tradicional (previsto en la Ley de Carreteras de 1988, por ejemplo), en virtud del cual el Estado no sólo paga, sino que también financia la obra mediante las certificaciones de obra que va abonando al ejecutor de la misma en función de los resultados. Es discutible que estos nuevos sistemas, que logran diferir el pago a un momento posterior de la realización de la infraestructura (con posibles fraccionamientos anuales del mismo), no representen, a la postre, una carga económica adicional para el Estado, y por tanto para la colectividad, ya que de alguna forma habrá que compensar al empresario por la financiación inicial de la realización de la infraestructura.

En todo caso, es interesante considerar este fenómeno de «financiación privada diferida» en el mismo contexto que técnicas tales como las «obligaciones de servicio público» o el «servicio universal». El reto es, en todo caso, lograr que el mercado consiga, por sí mismo, resolver el problema social, sin necesidad del servicio público y sin necesidad de una pesada carga presupuestaria. Podrían admitirse «limitaciones» del sistema de mercado (por ejemplo, como acabamos de ver, la inevitable presencia del presupuesto público a la hora de pagar, e incluso financiar, las obras públicas o la realización de rutas de transporte no rentables). Lo que es más difícil de asumir es que dicho sistema de mercado se desvirtúe por completo, tal como va a explicarse seguidamente.

5. VALORACIÓN CRÍTICA DEL SISTEMA JURÍDICO. LIMITACIONES O FALTA DE VIRTUALIDAD

Es evidente que las Directivas comunitarias de los últimos años (y su traducción por Leyes 11/1998 y 24/1998, respectivamente, a las telecomunicaciones y al sector postal) introdujeron un régimen marcado por la novedad de la supresión de un monopolio y consiguiente entrada de nuevos operadores (9). Ahora bien, es cuestionable la propia virtualidad del sistema de mercado tan pronto han pasado unos años desde que se ha aprobado esta legislación.

En realidad, el régimen de monopolio (propio del servicio público tradicional de telecomunicaciones o postal) es consecuencia de unos postulados de fondo que no parecen, sin embargo, haberse superado con el nuevo sistema jurídico comunitario, marcado por la liberalización (¿aparente, imposible?) en los sectores referidos.

(9) Sobre el tema, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general*, Editorial Comares, Granada, 2001; y dos obras aparecidas recientemente: primero la de G. ARIÑO (coord.), *Telecomunicaciones y audiovisual. Cuestiones disputadas*, Granada, 2003; la segunda en el tiempo, publicada en 2004, es la coordinada por J. CREMADES y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *Comentarios a la Ley General de las Telecomunicaciones*, Madrid. Puede verse también C. CHINCHILLA/M. CARLÓN RUIZ, «Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones», en VV.AA., *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, CGPJ, Madrid, 2003, así como L. MORAL SORIANO, *Servicio universal y telecomunicaciones en el Derecho comunitario*, «REDETI», 16, 2003, págs. 37 y ss., y su trabajo *How proportionate should Anti-Competitive State Intervention be?*, «European Law Review», 2003, págs. 112 y ss.

Lo esencial del régimen del servicio público no está, en puridad, en la existencia de un monopolio. Esto es una consecuencia, además de una posibilidad, ya que el poder público puede optar por gestionar el servicio público mediante uno o varios concesionarios. Lo esencial del servicio público está en sus postulados de base. «Postulados» que no parecen haberse completamente alterado.

El problema que tienen ante sí estos sectores postales o de telecomunicaciones, por su propia naturaleza, es idéntico tanto si se organizan en régimen de mercado como si se organizan en régimen de servicio público. El «problema» consiste en que hay prestaciones o actividades no rentables que, empero, deben realizarse en favor de toda la sociedad y a un precio asequible que puede estar por debajo de la realidad de mercado. «Prestaciones» o «actividades» que no queda más remedio que cubrir por imperativos sociales o públicos, en especial por razones evidentemente de solidaridad con los colectivos más perjudicados y, dado el caso, por razones de procurar un mayor desarrollo económico en determinadas áreas.

Frente a este problema surge el servicio público como solución inmediata. Y éste afirma, para solucionar «el problema», una de las soluciones posibles, basada en una serie, en efecto, de postulados. En este contexto, ha de destacarse, primero, que el déficit que se origina por la asunción de actividades no rentables ha de cubrirse mediante una financiación pública presupuestaria. De esta manera se justifica, segundo, que con los beneficios que se recauden en las zonas rentables se asuma el coste del déficit que representa el servicio en las zonas no rentables.

Pues bien, el mercado pretende aportar una solución, en principio ni mejor ni peor que la del «servicio público», sino tan sólo diferente, frente a idéntico problema, consustancial a estos sectores. No haría falta un servicio público como solución al referido problema porque, en efecto, el mercado también puede hacerlo por sí mismo. El mercado resuelve el propio problema social.

Dentro de este marco parece moverse nuestra legislación más reciente. Así, la LGT de 1998 y sus normas de desarrollo establecen, como sistema de financiación de las prestaciones deficitarias, un Fondo de Compensación donde van a parar las cantidades que tienen que aportar dichos operadores. Y la LGT de 2003 parece seguir esta misma línea.

En particular, se trata de cargar sobre todos los operadores de mercado la financiación de la prestación de los servicios en las zonas no rentables o en favor de colectivos desfavorecidos, previa fijación de su cálculo económico. El mercado abre márgenes de beneficio y, por eso, con ellos mismos han de cubrirse los márgenes de déficit.

Pero vamos a poner de manifiesto, seguidamente, el riesgo de que este sistema de mercado termine desvirtuándose.

Primero, como cuestión menor, o de matiz, cabe argumentar que no estamos tanto ante una financiación a través de los operadores del mercado como ante una financiación a través de los propios usuarios del mercado o servicio, ya que, en definitiva, los recursos de éstos procederán de estos últimos. Los operadores de mercado no son benefactores, son sujetos que fi-

nancian su actividad mediante terceros (los usuarios o clientes) que asumirán el coste del servicio.

En términos generales, con la liberalización se pretende que los usuarios paguen menos (porque la competencia abarata el servicio) aun cuando están asumiendo el coste del servicio universal. Con todo, si se dice que el servicio universal se cubre por asignaciones de las empresas, esto puede significar ora que éstas ganan menos, ora que cobren más al usuario.

Segundo, la legislación de telecomunicaciones informa que, junto a las compensaciones realizadas por la vía de las aportaciones de los operadores, son posibles donaciones de personas físicas o privadas. En principio, esta regla no tiene mayor sentido porque es difícil concebir que las personas donen cantidades en favor de estas empresas. De ahí que se haya insinuado (así por B. SORIA, en ARIÑO, *Telecomunicaciones y audiovisual. Cuestiones disputadas*, Granada, 2003) que el sentido de esta disposición está en abrir la puerta a las subvenciones públicas, por ser el Estado una persona jurídica que puede aportar asignaciones públicas.

Pero, en realidad, no haría falta siquiera forzar el sentido de las disposiciones normativas. La Directiva del servicio universal con total claridad prevé que el servicio universal se costee mediante asignaciones públicas, aclarando que por esto se entiende la vía tradicional de los Presupuestos Generales del Estado.

Y éste es, en tercer lugar, un punto determinante para nuestros razonamientos. Es decir, si en realidad estamos admitiendo que las pérdidas que conlleva la prestación del servicio de telecomunicaciones o del servicio postal se cubren mediante el cómodo mecanismo de los presupuestos públicos, ¿consiste la novedad, en cuanto al fondo, del actual régimen de mercado, bautizado como «liberalización», en que los beneficios se los quedan unos operadores, a costa de pagar el Estado los déficits de prestación?

Obsérvese que, en lo importante (es decir, «quién paga» y «cómo se paga» el servicio), el sistema no cambiaría (el Estado mediante los Presupuestos). Incluso, respecto del «cuánto se paga» suele admitirse que los precios bajan para los usuarios con la liberalización. Ahora bien, si se admite una financiación pública que se hace cargo de las pérdidas del sector, esto equivale a decir que bajan los precios por la vía del coste del servicio al usuario, pero suben por la vía del coste del servicio a los ciudadanos mediante tributos. Si ocurre esto, no están bajando necesariamente dichos precios. Y si, como solución, se alega que las fuentes de financiación del servicio universal pueden proceder de fondos europeos, el sistema de mercado sigue desvirtuado, desde el momento en que dichos fondos podrían aplicarse para otros conceptos o sectores diferentes de las telecomunicaciones. Por contrapartida, es preciso no olvidar que el mercado se abre como la solución más rentable y, sobre todo, más eficiente.

En estos sectores postales o de telecomunicaciones los déficits los cubre, en último término, ora el usuario (bien directamente, bien a través de los operadores), ora la colectividad en general (es decir, los contribuyentes, por la vía de los impuestos), sean o no usuarios de teléfono o de servicios postales. Entonces, la liberalización aportaría, en principio, tan sólo el

dato original de que la financiación de lo deficitario se cubre mediante los usuarios (v.gr., las empresas), no mediante la sociedad o colectividad pagando tributos al Estado, es decir, no mediante los ciudadanos contribuyentes que pagan impuestos pero que pueden no usar el teléfono o el servicio postal, o que pueden usarlo en menor medida de lo que pagan.

Pero, como podemos apreciar, ni siquiera esto consigue actualmente afirmar el «nuevo» mercado desde el momento en que la Directiva comunitaria admite que el servicio universal se financie mediante presupuestos públicos.

En cuarto lugar, llega a ser sorprendente que la Directiva 2002/22/CE (Directiva del servicio universal) admita que mediante las «loterías» (suponemos que es, además, un simple ejemplo imaginativo) el Estado pueda cubrir el déficit inherente al servicio universal.

Es decir, el régimen tradicional del servicio público (pese a sus virtualidades inherentes) tenía como inconveniente la falta de claridad en cuanto a la posible imputación de cantidades provenientes de fondos que no guardaban relación con el objeto del servicio en cuestión. Por eso, podría haberse esperado, cuando menos, que el sistema de liberalización hubiera aportado (como novedad) el dato de la adecuación de (o relación entre) los conceptos de ingresos y los conceptos de costos del mercado, evitando desviaciones y logrando una efectiva separación de cuentas y la debida claridad en cuanto al origen de los fondos de financiación del servicio.

Sin embargo, parece admitirse que estos sectores no difieren en esencia de los sistemas (públicos) de financiación de aquellas actividades o servicios (como, por ejemplo, la sanidad) configurados como servicios públicos no definidos conforme a la lógica de mercado.

Es preciso, pues, reiterar la cuestión acerca de los posibles riesgos de la liberalización. Del mismo modo que al publicarse las Directivas comunitarias, hace tan sólo unos años, era obligado destacar la originalidad del dato de la entrada de nuevos operadores, hoy parece ser necesario apuntar los riesgos de que el sistema se desvirtúe (sin perjuicio de seguir observando su evolución y desarrollos). Parece que la novedad no está en los postulados de fondo.

En quinto lugar, ni siquiera se ha cumplido el Reglamento de la LGT de 1998, del servicio universal, cuando establecía el posible cuestionamiento de Telefónica en el año 2005 como gestora del servicio universal. Nada se ha *cuestionado* porque, en efecto, la LGT deja en el vacío o la indeterminación esta cuestión, mediante una disposición transitoria (segunda) a efectos de que Telefónica continúe siendo la prestadora del servicio universal hasta que se apruebe el nuevo Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y en la medida que éste establezca.

En fin, al margen de una alteración de postulados de fondo, reconozcamos como novedad el dato de la entrada de nuevos operadores en las zonas rentables del servicio (10) (a pesar de no ser dato éste tampoco incompatible con el servicio público).

(10) Es la tantas veces predicada «multiplicidad de operadores» (Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones), a pesar de la posibilidad de oligopolios.

Pero, entonces, alerta del riesgo de que los mercados de telecomunicaciones o postales terminen disminuyendo la capacidad de ahorro del Estado (y por tanto de la sociedad) para otros fines públicos que pasan por no ser mercados. Como hemos podido comprobar, incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo da por buena esta tendencia de que el Estado sufrague los costos del servicio universal mediante los presupuestos del Estado (STS de 26 de enero de 2000, cit.), así como, por supuesto, el condescendiente (sobre este punto) Derecho comunitario, tal como ya nos consta y corroboran además documentos de la Comisión Europea (DG de la Competencia) tales como el que lleva por título «Servicios de interés económico general y ayudas estatales» (11). Y, en los transportes y las infraestructuras, ni siquiera existe un mecanismo de mercado como es el servicio universal en virtud del cual todos los agentes privados asumen, al menos, una parte de las prestaciones deficitarias que aquél impone.

Desde luego, sería criticable que (en los distintos sectores comentados, postales, de telecomunicaciones, de transportes) la parte rentable quedase en manos del mercado a costa de que la parte no rentable tenga que ser asumida por el Estado, es decir, por todos los ciudadanos o contribuyentes. Precisamente, en la constatación de esta realidad de fondo está el origen histórico mismo del servicio público, ya que éste consigue entonces evitar que los operadores llamen a las puertas del mercado para lucrarse con el mismo y a la puerta del Estado para que éste pague sus déficits. Es legítimo obligar a un ciudadano que financie el servicio público cuando la asignación que aporta dicho ciudadano se destina a pagar el servicio en favor de otros ciudadanos por razones de solidaridad. Pero no es legítimo obligar a un ciudadano a que pague impuestos para que se beneficien más de alguna forma operadores privados que actúan en la parte rentable del mercado con ánimo de lucro mientras que aquéllos financian la parte no rentable.

Habrà por ello que confiar en que, cuando menos, el nuevo sistema de

(11) Tiene fecha de 12 de noviembre de 2002 y cita otros documentos en esta misma línea. Aunque la Comisión es consciente de la necesidad de clarificar este asunto, por el momento justifica el papel de las ayudas estatales en los servicios públicos, ahora llamados de «interés general», con el argumento de que no estamos en estos casos propiamente ante «ayudas» como ante «compensaciones por un Estado a las empresas encargadas de la gestión del servicio», ya que este tipo de cantidades se limitan a «compensar el coste efectivo que acarrea el cumplimiento de las obligaciones de servicio público».

Además, es preciso considerar la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en este mismo sentido, aunque con matices. Si bien las sentencias de 27 de febrero de 1997 (asunto T-106/95), confirmada por resolución del Tribunal de 25 de marzo de 1998 (asunto C-174/97 P, llamado asunto *FFSA*), y de 10 de mayo de 2000 (asunto *Televisión portuguesa*, T-46/97), consideraron que tales compensaciones eran ayudas estatales a los efectos de lo dispuesto en el artículo 87.1 del TCE aunque su importe no exceda de cuanto resulte necesario para la realización de la obligación de servicio público (siempre que se reúnan las otras condiciones del apartado 1 del artículo 87 del TCE), la sentencia de 22 de noviembre de 2001 (asunto *Ferring T*, C-53/00) afirmó que las compensaciones concedidas por los Estados cuyo importe no exceda de cuanto resulte necesario para la realización de servicio público no representan una ventaja para las empresas beneficiarias y, por lo tanto, no constituyen una ayuda estatal en el sentido del apartado 1 del artículo 87 del TCE. Esta sentencia continúa con la sentencia del mismo Tribunal de 20 de noviembre de 2003 (asunto *Gemo*, C-126/01) y con la sentencia *Altmark*, de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00), que se comentará *infra*.

mercado no represente, a la postre, una mayor carga financiera pública o colectiva (vía tarifas y vía impuestos) en los actuales momentos en que las Directivas parecen justificar un sistema que permite el lucro de operadores privados al tiempo que la financiación del servicio universal mediante presupuestos públicos. Habrá que confiar, para que esto no ocurra, en la debida claridad de cuentas que permite (eso sí) el nuevo modelo de fijación del coste del servicio universal, a pesar de la enorme complejidad que ello representa. No puede ser que se diga que la competencia abarata los precios a los consumidores al tiempo que pagamos el coste de lo deficitario mediante tributos para mantener, además, el beneficio de los operadores.

Es difícil, en Europa, una fórmula distinta de la liberalización porque ésta parece la única forma de realizar un mercado europeo superando las barreras nacionales que impone el servicio público dentro de un determinado Estado. Pero, cuando menos, si funciona un régimen de liberalización y de mercado, ha de ser sin perder el rumbo y la lógica y coherencia con sus propios postulados.

Si se propugna actualmente la posibilidad de una financiación pública a favor del servicio universal, dicha financiación debe, cuando más, obedecer a la aplicación de unos criterios que jurídicamente es posible esbozar como sigue. Estaríamos en todo caso ante una financiación pública excepcional y de apoyo, respecto de un régimen de mercado al que le corresponde en principio asumir la carga del servicio universal como compensación de la apertura del sector a un sistema de competencia y como consecuencia de la renuncia a un modelo de servicio público y consiguiente realización del mercado que se pretende.

Desde esta perspectiva, podría cuando más distinguirse, dentro del servicio universal de prestación deficitaria, una parte ordinaria (que sería asumida por entero por el mercado) y otra parte extraordinaria (que sería asumida por el poder público). La idea es sencilla: aquello que se corresponde con una carga o «deber normal» debe ser financiado por el sector privado, que, en principio, se lucra con la actividad que desarrolla en las partes rentables del servicio. Es así como comprobaremos si realmente la liberalización conduce a una reducción de los precios a favor de los usuarios o, por el contrario, a una subida de tales precios a efectos de atender a la carga del servicio universal deficitario; es evidente que si admitimos una financiación pública *sin criterio* (como es el caso, a tenor de las Directivas comunitarias), siempre la liberalización demostraría, acaso falsamente, que los precios bajan, debido a que los déficits los asume el Estado a costa de mantener bajos los precios y las ganancias de los operadores. Una financiación pública sin mayores precisiones o límites o criterios jurídicos es sólo asumible, todo lo más, en un régimen de servicio público. Por eso, en un régimen de liberalización, la financiación pública debe, cuando menos, obedecer a criterios jurídicos preestablecidos.

Completando este criterio, la financiación pública, todo lo más, procedería si los operadores hacen valer (ante las instancias de regulación o los tribunales) que, conforme a la realidad social y de mercado, la definición

del servicio universal está representando una carga extraordinaria, especial, excesiva o desproporcionada sobre los operadores privados. En definitiva, se trata de aplicar el viejo criterio de la carga general o de la carga excepcional como parámetro para llegar a poder discutir la posibilidad de una financiación pública en apoyo de las prestaciones del servicio universal, sin merma alguna de las garantías de los agentes privados (ya que este criterio precisamente les ampara) pero con la lógica que hoy se impone en un contexto de liberalización económica, y que no puede significar otra cosa que una asunción del grueso de la financiación del sector por los propios agentes de mercado. El «precio asequible», por ejemplo, podrá llegar a ser discutido, en cuanto a si ello supone una carga excesiva sobre los operadores privados, con la consecuencia de que deba asumir una parte de dicho precio el Estado, es decir, la colectividad, o, mejor, la generalidad de los contribuyentes. Pero no es legítimo cargar en dichos contribuyentes la financiación directa de los déficits e indirecta de los beneficios de los operadores privados que actúan en estos sectores de telefonía o postales. Esto es sólo legítimo en un régimen de servicio público, ya que en tal caso los contribuyentes, con su financiación, asumen estrictamente el déficit de la prestación del servicio, junto a las cantidades que el propio poder público o el monopolista recibe de aquellas partes rentables del servicio.

Estos criterios deberán, a mi juicio, terminar imponiéndose no sólo en el sector de las telecomunicaciones o los servicios postales (regidos por la lógica del servicio universal), sino también en sectores como los transportes, donde arraiga la técnica similar de «las obligaciones de servicio público». Conforme a éstas, el Estado termina asumiendo todo tipo de déficit con desconsideración de los márgenes de ganancia del sector en las líneas o partes rentables del servicio. De momento, la jurisprudencia, incluso la más reciente, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se conforma con obligar a los Estados miembros (interesados tradicionalmente en financiar esos servicios) a no financiar más de lo que se corresponda estrictamente con las «obligaciones de servicio público», sin poder financiar conceptos complementarios (12).

(12) Es interesante, e ilustrativa al mismo tiempo de la tendencia a ir atajando la posibilidad de financiaciones públicas, la STJCE *Altmark*, de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00). En esta sentencia el Tribunal matiza o distingue (en el apartado 87, por ejemplo) entre dos situaciones: cuando la financiación pública tiende a cubrir estrictamente las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, dicha financiación debe admitirse y no es una ayuda ilegal en el sentido del TCE. No será el caso cuando la financiación pública represente una ventaja financiera y coloque a la empresa en una posición competitiva más favorable respecto de las empresas competidoras. Esto puede interpretarse en el sentido de que la financiación pública se admite con ciertos límites y criterios, aunque también es exponente del momento actual de indeterminación de la financiación pública dentro del ámbito de las referidas obligaciones, ya que el Tribunal se conforma con que, cuando menos, la financiación pública (en la que tan interesados están los Estados) no trascienda de las obligaciones de servicio público. Sin exigir aquél *financiación privada de estas obligaciones de servicio público*.

En este sentido, apunta el Tribunal: «las subvenciones públicas que tengan por objeto permitir la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional

En definitiva, el nuevo sistema jurídico propicia la aplicación de un criterio de futuro en virtud del cual los *déficits* de prestación han de asumirse en principio por el propio mercado, salvo que se corrobore que el poder público impone más de lo exigible conforme a la realidad de mercado, por establecer cargas excepcionales que no pueden asumirse. Veremos, sólo así, si la liberalización es capaz de funcionar. En todo caso, parece razonable que el Derecho y los criterios jurídicos empiecen a tenerse más en cuenta en el nuevo mundo de la liberalización de sectores económicos.

no están sujetas a esta disposición (art. 92 del TCE, relativo a las ayudas) *si pueden considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público*. La aplicación de este criterio requiere que el órgano jurisdiccional remitente compruebe el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- en primer lugar, que la empresa beneficiaria está efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se han definido claramente;
- en segundo lugar, que los parámetros para el cálculo de la compensación se han establecido previamente de forma objetiva y transparente;
- en tercer lugar, que la compensación no supera el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones;
- en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que el nivel de la compensación necesaria se ha calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones».

Esta regla mencionada en último lugar tiene también especial interés.

Por otra parte, «el artículo 77 del Tratado CE (actualmente art. 73 CE) no puede aplicarse a las subvenciones públicas que compensan los costes adicionales ocasionados por la ejecución de obligaciones de servicio público sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento núm. 1191/69, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1893/91.

El requisito para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, apartado 1, tras su modificación), según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados miembros, no depende del carácter local o regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate.