

# LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EUROPA

FRANCISCO SOSA WAGNER \*

SUMARIO: I. Crisis y nuevo horizonte del servicio público. II. El ejemplo de la concesión de servicios públicos locales.

## I. CRISIS Y NUEVO HORIZONTE DEL SERVICIO PÚBLICO

Como soplan vientos, y vientos a menudo huracanados, que nos traen liberalizaciones, desregulaciones, privatizaciones y otras exageraciones, conviene preguntarse por la incidencia que está teniendo en la comprensión del servicio público tradicional, de su régimen jurídico, tal como lo hemos recibido tras decenios de morosa construcción y delicada puesta a punto. Una esperanza sí conviene mantener en esta hora de cambios y es la de que el liberalismo que nos viene no sea tan mendaz como el que se nos fue, un liberalismo creador sin duda de riqueza y de modernidad pero también invariablemente sostenido con el trabuco de la subvención y del arancel, que no fueron precisamente instrumentos liberales (ni el arancel o la subvención ni el trabuco).

Desde el punto de vista del debate jurídico, que es en el que aquí se tercia, a ello ha contribuido poderosamente el Derecho europeo en cuyos contenidos conviene detenerse. Parten sus normas reguladoras de la proclamación de las cuatro libertades fundamentales representadas por las de circulación de personas, mercancías, servicios y establecimiento, y capitales; pero también de otro principio capital, el de neutralidad, proclamado en el art. 222 del Tratado, y a cuyo tenor se acepta la economía mixta y, con ella, cualesquiera formas de propiedad pública o privada en los respectivos Estados. Se admite así la existencia en cada Estado miembro de un sector público propio con la dimensión que al mismo, de forma soberana, se quiera dar. Al tiempo, se introduce una novedad de relevancia: el principio de igualdad de trato que consiste en imponer la aplicación de las mismas reglas de mercado a las empresas públicas y a las privadas (art. 90, hoy 86), lo que dará lugar a densa y vasta polémica como veremos.

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de León.

Éstos son los ingredientes. En principio, como queda dicho, libertad para los Estados en la configuración de sus respectivos sectores públicos. Por ello, una Constitución como la española, elaborada y aprobada cuando ya el Tratado llevaba años en vigor, pudo partir tranquilamente de un precepto como el art. 128.2 al que ya se ha dedicado la pertinente atención. Ha sido precisamente el reconocimiento de un sector público denso, conectado con el problema de aclarar la aplicación del derecho de la competencia, lo que ha llevado al Derecho europeo a hacer el mayor esfuerzo para definir y aclarar el concepto de empresa pública, supuesta la existencia de tantas y tan variadas organizaciones en los Estados, fruto de esa avidez que los mismos desarrollaron para apropiarse de cuantas formas jurídicas estuvieran a su alcance para intervenir en la vida social y económica. Dicho muy resumidamente, la clave para los órganos europeos a la hora de definir a la proteica «empresa pública» se halla en la idea de control o de «influencia dominante» y, en tal sentido, la Directiva de la Comisión de 25 de junio de 1980 (Transparencia de las relaciones financieras) señala que es empresa pública cualquiera «en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen» entendiéndose que hay tal «influencia dominante» cuando los poderes públicos «a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, o b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa; o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa». El Tribunal europeo, por su parte, ha añadido algunas precisiones a este concepto y así, por ejemplo, en su sentencia de 16 de junio de 1987 (Comisión contra Italia) señala que «no importa si el Estado ejerce dichas actividades económicas a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante, o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado. En efecto, en este último caso, el hecho de que el órgano esté integrado en la Administración del Estado implica por axioma el ejercicio de una influencia dominante».

Con buen criterio, para el derecho europeo, el dato de la personalidad jurídica carece de relevancia a la hora de definir la empresa pública de donde se sigue su indiferencia por la forma jurídica que pueda adoptar ya que cualquiera es admitida: sociedades civiles o mercantiles, haciendas, organismos, entes, órganos de la propia Administración, sociedades de hecho, deportivas o benéficas, hasta un sindicato profesional ha sido calificado en alguna ocasión como empresa pública (en concreto, la Cámara sindical de maquinaria de alta precisión, Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 1974).

Aceptado pues que la instancia europea no repudia por principio a la empresa pública ni tampoco abomina de la existencia de un sector público, tan amplio como las circunstancias exijan en cada uno de los Estados miembros, el debate ha surgido por

la pretensión de las normas del Tratado de colocar al sector público y al privado en posiciones de igualdad en el tráfico jurídico y económico. Es éste uno de los aspectos más debatidos ya que, llevado tal postulado a sus últimas consecuencias, puede afectar a la existencia misma de ese sector público que, según nos consta, es lícito en cada Estado pues que la Unión europea debe limitarse a contemplarlo con las lentes del principio de neutralidad del art. 222 del Tratado, antes citado.

El conflicto político y jurídico parte de la redacción del art. 90 (hoy, 87), a cuyo tenor: «1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive (que están referidos a las normas sobre competencia). 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas».

Este es el precepto de la discordia. En él han visto algunos, olvidando la neutralidad que postula el Tratado, una clara toma de posición del legislador europeo contra las empresas del sector público e incluso un anuncio de su ineludible desmantelamiento. Obligando a unas empresas como las públicas, monopolistas las más de las veces, beneficiadas por todo tipo de auxilios, mimadas en suma por los poderes públicos, a actuar en el mercado en condiciones de igualdad con las privadas, estaría asegurada su desaparición, supuesto que morirían asfixiadas por el aire de la libertad.

Tal temor es exagerado: lo único que se pretende, en particular con el párrafo segundo, es proclamar el principio de igualdad del que únicamente derivaría una exigencia de trato no discriminatorio. Dicho de otra forma, ambas modalidades de empresa, la pública y la privada, han de moverse con respeto a las reglas del mercado sin que a ninguna de ellas les esté permitido falsearlo. Ahora bien, con una excepción: cuando se trate de empresas que gestionen servicios de interés económico general, éstas «quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada».

Es claro que en la interpretación de esta excepción está el busilis de la cuestión y, en tal sentido, debe quedar claro que durante años el Tribunal de Justicia, interpretando el art. 90. 2, ha dado ciertas alas a una interpretación maximalista de corte liberal que, al olvidar las exigencias impuestas por la prestación de centenares de servicios públicos en el territorio europeo, necesariamente abocaría al entierro a medio

plazo del sector público en el cementerio de la Comunidad, privado por supuesto. Existe pues una reiterada jurisprudencia que ha subrayado el carácter restrictivo que debe darse a la interpretación del concepto de «servicios económicos de interés general» manejado por el art. 90. 2. Tal doctrina se estableció ya en la sentencia de 21 de marzo de 1974 o la de 14 de julio de 1981 que reclamaron la forma expresa por un acto de la autoridad pública para confirmar la existencia de esa «misión especial». Después vendrían las sentencias de 11 de abril de 1989 (Ahmed Saeed) que añade a lo dicho que no basta con que exista esa atribución formal sino que la misma ha de responder a necesidades efectivamente contrastadas: «para que con arreglo al apartado segundo del art. 90 pueda restringirse la aplicabilidad de las normas sobre competencia será preciso que tanto las autoridades nacionales competentes para aprobar las tarifas como los órganos jurisdiccionales que conozcan de los litigios relativos a las mismas puedan determinar cuál es la naturaleza exacta de las necesidades de cumplimiento de una misión general y cuál es su repercusión sobre la estructura de las tarifas aplicadas por las compañías aéreas de que se trata». El 10 de diciembre de 1991 (Puerto de Génova) precisa el Tribunal: además de esos requisitos, es imprescindible «que el interés de la Comunidad no se vea afectado» .

De seguir por estos derroteros buena parte de tales servicios públicos europeos estarían hoy en peligro porque a los mismos no se les puede aplicar sin más matices la razón del mercado de la misma forma que a éste no se le puede pedir que emplee los criterios con que aquellos se prestan. Se trata de dos lógicas distintas que merecen no sólo respeto sino también la creación de cauces para su fecunda convivencia.

Es por eso, por lo comprometido y arriesgado del camino por el que se avanzaba (¿o se retrocedía?), por lo que la posición del Tribunal se ha hecho en los últimos tiempos mucho más matizada.

En tal sentido conviene subrayar que tales reglas de competencia y mercado no se aplican ni se han predicado jamás de los servicios públicos llamados de autoridad (la sentencia de 4 de mayo de 1988 referida a asuntos mortuorios lo atestigua como asimismo las de 27 de octubre de 1993, Lagauche, o la de 19 de enero de 1994, Euro-control). De esta expresiva jurisprudencia se deduce bien claramente que quedan fuera de la aplicación estricta del art. 90 no sólo los servicios que implican el ejercicio de prerrogativas públicas sino también aquellos de carácter económico en la medida en que desarrollen asimismo funciones de autoridad que no puedan separarse de sus actuaciones económicas.

También se escapan del rigor de su aplicación los servicios llamados «de solidaridad» y de ello es expresivo botón de muestra la sentencia de 17 de febrero de 1993: por ella sabemos que los señores Poucet y Pistre se opusieron a los requerimientos de pago de las cotizaciones de la Seguridad social formulados por varias empresas gestoras fundándose ambos renuentes caballeros en la libertad de afiliación a cualquier entidad de seguros y contestando así la obligación de someterse a condiciones fijadas

unilateralmente por unos determinados organismos que gozarían por ello de una posición dominante contraria a las reglas del Tratado. La respuesta del Tribunal, colocado ante la necesidad de decidir acerca de si un organismo encargado de la gestión de la seguridad social es o no una empresa, fue fulminante: «los regímenes de seguridad social se basan en un sistema de afiliación obligatoria que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes ... [así las cosas] las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social, desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa ... dicha actividad no es una actividad económica... las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado».

Pero la rectificación de su jurisprudencia tradicional por parte del Tribunal ha ido a más en ámbitos de naturaleza bien distinta a los señalados. Esta operación la han realizado la Comisión y los jueces de Luxemburgo gracias a un procedimiento bastante simple: a saber, leyendo el art. 90.2 hasta el final. Este precepto, como se recordará, dice sencillamente que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada». De acuerdo con él, lo que viene a decir la Comisión y la más reciente jurisprudencia es algo tan elemental como que una empresa puede tener confiada excepcionalmente una «misión específica», caso éste en el que cede la aplicación de la regla general contenida en el precepto. Naturalmente, éste es un extremo que hay que justificar o probar caso por caso. Gracias a este sencillo modo de razonar se han bendecido ayudas a empresas del sector de las telecomunicaciones, por ejemplo a la televisión portuguesa. La Comisión declaró la compatibilidad de los apoyos que recibía del Estado portugués con el Derecho europeo por entender que se destinaban exclusivamente a costear aquellas misiones de servicio público que el Ordenamiento de aquél país le ha confiado. Dice así el alto órgano de gobierno europeo: «las ventajas financieras derivadas de las transferencias referidas no rebasan lo estrictamente necesario para asegurar las obligaciones de servicio público impuestas en el pliego de condiciones ... las reglas de contabilidad a las que está sujeta la financiación necesaria para el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el caso presente, los principios y reglas de contabilidad analítica, así como el control de la Inspección general de Finanzas, garantizan la no concesión de un exceso de compensaciones relativas a las obligaciones de servicio público enunciadas y las compensaciones correspondientes definidas en el pliego de condiciones». Se había planteado un problema acerca del que vale la pena detenerse un momento y que consiste en determinar si la ayuda recibida excedía del marco de la «misión es-

pecífica» porque la empresa actuaba también en el mercado. A tal efecto las técnicas contables han venido en ayuda de los controles necesarios y así la Directiva de la Comisión de 19 de marzo de 1996 relativa a «la instalación de la plena competencia en los mercados de telecomunicación» incorpora el principio de contabilidad separada, pues «cuando se conceda una autorización a empresas que ya disfrutaban de derechos especiales o exclusivos en áreas distintas a las de telecomunicaciones [...] estas empresas deberán mantener una contabilidad separada para sus actividades como suministradoras de servicios o redes de telefonía vocal y para las demás actividades...» (art. 8). Por su parte, la Directiva del Parlamento y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre «normas comunes para el mercado interior de la electricidad» recuerda que las empresas eléctricas integradas llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas para sus actividades de generación, transmisión y distribución y, en su caso, de forma consolidada para otras actividades no eléctricas tal como se les exigiría si dichas actividades fueran realizadas por empresas distintas a fin de evitar precisamente las discriminaciones, las subvenciones cruzadas y los falseamientos de la competencia.

En el ámbito de los correos ha habido también declaraciones interesantes como es el caso de la sentencia de 27 de febrero de 1997 procedente del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad, *La Poste*. Francia quería otorgar exenciones fiscales a su correo público y la Comisión respalda la decisión del Gobierno (decisión de 7 de octubre de 1995) por entender que en todo caso la aparente ventaja en que se colocaba a la Poste «sería inferior a los sobrecostes del servicio público [es decir] a los sobrecostes resultantes de las obligaciones de prestar el servicio al conjunto del territorio nacional asegurando su extensión al medio rural y participando en las cargas de ordenación del territorio». La ventaja, señala la Comisión, que deriva de la ayuda, es admisible y compatible siempre que su importe sea inferior al de los señalados sobrecostes. Este cálculo es bastante difícil porque en el caso faltaba una contabilidad analítica que permitiera distinguir entre los costes afectados al servicio público y aquellos aplicados a las actividades realizadas en régimen de competencia. La Comisión, y después el Tribunal, dieron básicamente por bueno una evaluación realizada en función del conjunto de actividades desarrolladas por el servicio francés de correos: «la Comisión, en ausencia de una regulación comunitaria en la materia, no está habilitada para pronunciarse sobre la extensión de las misiones de servicio público que incumben al prestador público, a saber el nivel de los costes ligados a dicho servicio, ni sobre la oportunidad de las opciones políticas adoptadas a este respecto por las autoridades nacionales ni sobre la eficacia económica de correos en el sector que se le había reservado». El Tribunal, por su parte, concluye afirmando que «una ayuda del Estado es susceptible, en virtud del art. 90.2 del Tratado, de escapar a la prohibición del art. 92 del mismo Tratado a condición de que la ayuda en cuestión no tenga otro objeto que compensar los costes generados por el cumplimiento de la misión específica que incumba a la empresa encargada de la gestión de un servicio económico general y que el otor-

gamiento de la ayuda resulte necesario para que dicha empresa pueda asegurar sus obligaciones de servicio público en condiciones de equilibrio económico».

Incluso la prohibición mantenida por el Tribunal respecto a la extensión de las situaciones monopolísticas a otras actividades nuevas ha sido objeto de recientes matices. El problema es el siguiente: una empresa que ostenta un monopolio pretende extender esa situación privilegiada a actividades vinculadas a él pero nuevas, determinadas por las innovaciones técnicas (caso por ejemplo de las telecomunicaciones). El día 13 de diciembre de 1991, sentencia RTT, el Tribunal dijo que «constituye un abuso a efectos del artículo 86 el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que pueda ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de ésta en un mercado conexo, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa».

Esta clara doctrina, que se reiteraría el 17 de diciembre de 1992, España y otros c. Comisión, ha sido objeto de una importante corrección en la trascendental sentencia de 19 de mayo de 1993, Corbeau. Un tribunal de Lieja pretendió conocer la opinión del Tribunal de Luxemburgo antes de resolver la denuncia que había presentado la Régie des Postes belga contra el tal señor Corbeau «por haber recogido, transportado y distribuido correspondencia abierta o cerrada, anuncios, circulares, prospectos, catálogos de precios y comunicaciones de toda clase, con mención de las señas del destinatario, siendo así que la Administración de Correos tiene el monopolio postal». Se planteó con toda su crudeza el problema de la «universalidad» del servicio, ínsito en la prestación de los servicios públicos pero muy escasamente recordado. Los Correos belgas, la Régie, se defendió diciendo que «según el principio de universalidad, todos los usuarios deben tener acceso al mayor número posible de servicios públicos; la considerable infraestructura necesaria para el servicio postal universal no permite su fragmentación entre varios prestadores, ni en el supuesto teórico de que cada prestador se haga cargo para un mismo y único territorio de la totalidad del servicio postal y universal, ni en el supuesto, más realista, de que existan prestadores privados, encargados únicamente de los sectores rentables».

La sentencia respalda estas tesis: «la obligación que incumbe al titular de una misión de garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia por parte de los empresarios privados en los sectores económicamente rentables». Con ser importante esta afirmación lo es más el hecho de que el Tribunal acepte que las empresas gestoras de servicios públicos puedan extender éstos a sectores complementarios, limitando la entrada de empresarios procedentes del sector privado.

En la sentencia D'Almeo (un Ayuntamiento que pasa a la historia del derecho, 27 de abril de 1994) se reitera este criterio. Se trataba aquí de la disputa entre el Ayunta-

miento citado y varios distribuidores locales de energía eléctrica y una empresa de distribución regional de electricidad. Tal empresa regional exigía el pago de un canon que compensara la menor rentabilidad de la distribución en las zonas rurales frente a la mayor rentabilidad de la distribución en las zonas urbanas que corresponde a las pequeñas distribuidoras. El juez europeo repite su razonamiento: «es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentre sometida». Varias sentencias posteriores confirman esta jurisprudencia del Tribunal.

De otro lado, la reforma del Tratado (Amsterdam, 2 de octubre de 1997) avala hoy ya de una forma más clara la acogida en el seno de la Unión de la vieja idea del servicio público. Emplea además la nueva redacción el tono hecho de palabras tiernas con que se recibe a un hijo al que se ha mantenido expulsado largo tiempo de los afectos familiares: «a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros [...] velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido». Y la Carta de los derechos fundamentales (7 de diciembre de 2000) preceptúa que «la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión» (art. 36).

Se observa, pues, la nueva sensibilidad con que se abordan ahora las exigencias que imponen los servicios públicos, uno de los activos más ricos de la cultura jurídica europea y aun, si se me apura, de la cultura a secas. Es más: existe la comunicación de la Comisión ya citada sobre «los servicios de interés general en Europa» (26 de septiembre de 1996) donde se rescatan nociones básicas del Derecho público europeo y donde se distinguen diversas variantes dentro de esa expresión genérica, tales como las de servicio de interés general, interés económico general, servicio público o servicio universal. Y lo mismo en otros documentos comunitarios. Los servicios de interés general designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades y sujetas por ello a obligaciones específicas de servicio público. Los servicios de interés económico general vienen referidos a las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y están por ello sometidas también a obligaciones específicas de servicio público (así, las redes de transportes, energía y comunicaciones). El servicio público remite, de un lado, al organismo de producción del servicio y, de otro, a la misión de interés general que se le confía

(transporte terrestre o aéreo o energía). El servicio universal, en fin, resume el conjunto de exigencias de interés general a las que deben someterse en el territorio europeo las actividades que se desarrollan en un sector determinado (caso de las telecomunicaciones o del correo).

Más allá de esta convencional y algo confusa terminología, la singularidad llamativa, al menos aparentemente en las nuevas «obligaciones de servicio público», es la admisión, en el marco de una actividad que es y permanece privada, de una «publicatio» fraccionada, una «publicatio» limitada pues a algunas concretas y específicas funciones. Aunque una ley que antes ha sido citada, la de telecomunicaciones por cable de 1995, contemplaba ya esta nueva dimensión del servicio público al imponer determinadas obligaciones a los sujetos operantes en el sector, lo cierto es que todo este juego de conceptos nos viene del derecho europeo de manera que es éste la base que está sirviendo para construirlos. En su virtud, al titular de una determinada actividad empresarial (llamados ahora operadores), es decir, una persona privada que, provista de un título habilitante, se mueve en el marco de un sector privado aunque sometido a la ordenación administrativa, se le imponen por vía unilateral o pactada determinadas obligaciones que él «no asumiría o no lo haría en la misma medida y condiciones, si considerase exclusivamente su interés comercial» (en la expresión tomada asimismo del Ordenamiento comunitario del art. 20. 1 de la Ley de los transportes terrestres) mediante la correspondiente indemnización o compensación (párrafo segundo del precepto citado, entre otros). Estas obligaciones de servicio público constituyen una novedad que tiene su reflejo, entre otros aspectos, en el régimen conocido del *ius variandi* y del «equilibrio económico» de las concesiones de servicio público, ahora enriquecido y ampliado a actividades no sometidas estrictamente al régimen jurídico propio de ese tradicional *nomen iuris*. En todo caso, sí se advierte que el servicio público pierde su carácter orgánico para pasar a ostentar una conformación material, referida pues a actividades técnicas o jurídicas exorbitantes del derecho privado gestionadas tanto por las Administraciones como por los particulares.

Un contexto éste en el que adquiere singular relevancia el concepto de «servicio universal» que es, según la Ley de telecomunicaciones de 24 de abril de 1998, «el conjunto definido de servicios con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica, y a un precio asequible» (art. 37. 1). O, según la de servicios postales de 13 de julio de 1998, «el conjunto de servicios postales de calidad determinada en la ley y sus reglamentos de desarrollo, prestados de forma permanente en todo el territorio nacional y a precio asequible para todos los usuarios» (art. 15).

Supone pues esta modalidad «universal» de servicio la generalización de una serie de prestaciones básicas incluso no rentables a precios accesibles (y también flexibles para atender necesidades especiales) con salvaguardia en cualquier caso de la calidad y de los derechos de todos los usuarios. Si partimos de este concepto y añadimos

que habrán de respetarse los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad y disponibilidad, se advertirá que estamos descubriendo el servicio público clásico sólo que ahora con unas modulaciones nuevas pues se trataría, como hemos visto, de «una obligación impuesta por los Estados miembros a determinados agentes de garantizar el abastecimiento de un mínimo global de servicios y a un reparto de costes netos eventuales entre los agentes del mercado bajo el control de las autoridades de regulación nacionales» (así, por ejemplo, la Resolución del Consejo CE de 18 de septiembre de 1995).

¿Qué queda del viejo servicio público? Queda obviamente el cuidado y atención de determinadas necesidades colectivas. ¿Qué se añade? Pues el hecho de su asunción no por la Administración ni por el tradicional concesionario sino por uno o varios agentes privados que actúan en un mercado básicamente liberalizado (oligopolizado en la mayoría de los casos) y también el hecho de que, en principio, los costes de ese servicio universal, que recae en uno de los prestadores, lo afronta bien este como dominante o bien conjuntamente los operadores de ese mercado. Queda también, porque no se ha evaporado, la intensa presencia de una Administración pública que adopta nuevas formas pero que reglamenta, controla, inspecciona, impone nuevas obligaciones, todo ello con el objeto de asegurar precisamente la universalidad y la accesibilidad a las prestaciones por parte de quienes las necesiten, razón esta que motivó, como bien se sabe, el nacimiento de la técnica del servicio público. Como quiera que en la sociedad hay una buena parte de la población que, por razones económicas o geográficas, depende de servicios baratos y, además, estos cada vez adquieren una complejidad mayor, la vieja Administración y sus viejas maneras, la vieja idea de la policía del absolutismo, el viejo servicio público se han debido transformar para hacer frente a nuevos compromisos pero, de paso, también para ofrecer un nuevo testimonio de que, cuando se observa el asunto con proximidad, «nada hay nuevo bajo el sol», tal como se puede leer en el Eclesiastés.

En cualquier caso, para los juristas, al menos los juristas formados en añejas doctrinas y en las convicciones proporcionadas por una cultura jurídica que ya es centenaria, el renacimiento de la sensibilidad hacia los valores de justicia y de solidaridad, que la noción del servicio público acoge, no puede producir sino satisfacción.

## **II. EL EJEMPLO DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES**

### **A) Concepto y naturaleza jurídica**

Por medio de la concesión se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida. Puede comprender la construcción de una obra o instalación, soporte físico del servicio a prestar o la pura gestión del servicio, cuando éste no exija obras o instalaciones.

Como han escrito García de Enterría y Fernández Rodríguez, «la concesión permite: primero, elegir los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la indicada actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga; segundo, tasar de una manera previa y bien delimitada el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende; tercero, imponer a la vez ese ejercicio de una manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de un no ejercicio que se juzga contrario al interés general, todo ello bajo la fiscalización administrativa; y, en fin, reservar la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados o de un rescate de los mismos o de una reversión a tiempo establecida en virtud de una titularidad remanente y última que permanece en la Administración, desde la cual se efectúa y se apoya todo el proceso interventor descrito y que puede recuperar la plenitud de facultades con vistas o bien a una explotación directa ulterior por la propia Administración o bien a una nueva distribución concesional en favor de nuevos titulares» .

Una exposición acabada de las tesis que se han defendido en la doctrina acerca de la naturaleza de la concesión no es preciso hacerla aquí. Basta consignar que la concesión es, a mi juicio, una modalidad de gestión de naturaleza contractual, si bien debe aclararse que sobre esta relación contractual inciden, como por lo demás ocurre en todos los contratos administrativos, los poderes de la Administración que, en el supuesto que nos ocupa, se detallan en la legislación local, notoriamente la LB, el TR, el RS y ahora en la LC, básica como nos consta para todas las Administraciones públicas, lo que ayuda a explicar también la naturaleza jurídica (contractual, como señaló) de la institución que estudiamos y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo respalda con frecuencia.

## **B) Nuevas perspectivas**

### ***a) Documentos europeos***

En el ámbito europeo debe reseñarse la aprobación de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario (Diario Oficial, 29. 4. 2000) referida a «aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un tercero —ya sea mediante acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero— la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación [y siempre que se puedan interpretar] como prestación de actividades económicas en el marco de los artículos 43 a 55 del Tratado (derecho de establecimiento y servicios). Son estos los actos que para el documento ostentan el nombre de concesiones «independientemente de su calificación jurídica en el derecho nacional». Se contemplan pues, documento dixit, las relaciones entre los poderes públicos y empresas públicas que tengan encomendadas misiones de interés económico general

porque nada en el Tratado se opone a que los Estados miembros, por consideraciones de interés público de carácter no económico, sustraigan al juego de la competencia algunos servicios de interés general, confirmando derechos exclusivos». Dicho esto, el Documento añade la afirmación contraria porque «las modalidades de organización y el ejercicio de un monopolio creado de este modo no deben afectar a lo dispuesto en el Tratado sobre libre circulación de mercancías y servicios ni a las normas de la competencia... del mismo modo, las modalidades de concesión de estos derechos exclusivos están sujetas a las normas del Tratado y pueden por lo tanto entrar en el ámbito de aplicación de la presente Comunicación» (¿en qué quedamos?).

De acuerdo, no obstante, con este Documento, el Tratado «no limita la libertad de un Estado miembro para hacer uso de las concesiones siempre y cuando las modalidades de adjudicación sean compatibles con el Ordenamiento jurídico comunitario», en especial, con los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad. Respecto de la igualdad de trato del que deriva la prohibición de discriminar a alguien por su nacionalidad y que obliga a no tratar de forma diferente situaciones similares, «a no ser que la diferencia de trato esté justificada por motivos objetivos». Aplicado a este ámbito de las concesiones, todo ello significa que «los concesionarios potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera». Apoyado en la jurisprudencia del Tribunal (sentencias «Raulin», Storebaelt» y «Bus Wallons»), el Documento afirma para el concreto y específico ámbito de las concesiones que «la selección del candidato o candidatos debe hacerse basándose en criterios objetivos y que el procedimiento debe desarrollarse en cumplimiento de las normas y requisitos establecidos inicialmente ... y, en el supuesto de que no se hubiesen fijado estas normas, la aplicación del principio de igualdad de trato exige que, en cualquier caso, la selección de los candidatos se haga de forma objetiva». En la definición de tales objetivos juega un papel fundamental el «pliego de condiciones» que «debe detallar siempre de manera no discriminatoria y objetiva lo que se pide a los candidatos y, en particular, los tipos de enfoque que deben seguir para preparar sus ofertas». Se considera por ello que infringen el principio aquí enunciado «aquellas disposiciones por las que se reservan contratos públicos únicamente para las sociedades en las que el Estado o el sector público tienen, de manera directa o indirecta, una participación mayoritaria o total» así como en general las prácticas que permitan considerar ofertas que no se ajusten al pliego «o que hayan sido modificadas tras la apertura de plicas o la consideración de soluciones alternativas en los casos en que esta posibilidad no estuviera ya prevista en el proyecto inicial».

En íntima conexión con la igualdad de trato se halla la transparencia que «puede garantizarse por cualquier medio adecuado, incluida la publicidad [que debe contener] la información necesaria para permitir a los posibles concesionarios decidir si les interesa participar en el procedimiento [así como] el objeto de la concesión, es decir, la naturaleza y el alcance de las prestaciones esperadas del concesionario».

A renglón seguido se invoca el principio de proporcionalidad que «exige que toda medida que se tome sea a la vez necesaria y adecuada al fin perseguido». ¿Qué tiene que ver este principio jurídico general con las concesiones administrativas? Por vía de ejemplo contesta el Documento que «un Estado miembro no podrá exigir al seleccionar a los candidatos una capacidad técnica, profesional o económica desproporcionada y excesiva en relación con el objeto de la concesión». Pero también sirve de apoyo para algo más porque obliga a que se concilien «competencia y equilibrio financiero». Y así, «la duración de la concesión debe fijarse de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos, aun manteniendo para el concesionario el riesgo inherente a la explotación».

También el «reconocimiento mutuo» halla aplicación a este mundo de las concesiones si, por tal se entiende como viene siendo habitual, que «un Estado está obligado a aceptar los productos y servicios prestados por operadores económicos de otros países de la Comunidad siempre y cuando estos productos y servicios respondan de manera equivalente a los objetivos legítimos perseguidos por el Estado miembro destinatario». De acuerdo con él, «el Estado miembro en que se proporciona la prestación está obligado a aceptar las prescripciones técnicas y los controles, así como los títulos, certificados y cualificaciones exigidos en otro Estado miembro siempre y cuando estén reconocidos como equivalentes a los requeridos por el Estado miembro destinatario de la prestación».

Las últimas precisiones están dedicadas a los «sectores especiales» (agua, energía, transportes y telecomunicaciones) y están destinadas a recordar que cuando el poder adjudicador sea el Estado u otra colectividad pública que no opere en el ámbito de uno de esos sectores pero la concesión esté destinada a realizar una actividad en alguno de ellos, entonces tal «adjudicación está regulada por las normas y principios del Tratado» que acaban de ser invocados. Lo mismo cuando el concedente sea una entidad pública que actúe en algún sector especial. Sólo no serán de aplicación los referidos principios cuando «el concedente sea una entidad privada».

Entre nosotros, Muñoz Machado ha puesto el acento en el hecho de que la relación que vincula a la Administración y a los particulares en el nuevo régimen del servicio público («operadores») es contraria a los postulados clásicos concesionales pues estos tienen como fundamento la retención por la Administración de la titularidad de la actividad o servicio correspondiente creando unos vínculos contractuales que impiden la separación deseable entre Administración y gestor y que, además, mantiene funciones de vigilancia y supervisión, hoy ya no enteramente asimilables en el nuevo modelo. Estas afirmaciones, que deben compartirse, no son sin embargo aplicables sin más al mundo local, el servicio público se mantiene aún en términos más clásicos e incluso los monopolios, aunque con limitaciones, se hallan admitidos (art. 86. 3 LB), como hemos visto. Con todo, la evolución que parece avecinarse, bien explicada por Muñoz Machado, no debe perderse de vista.

**b) Derecho francés**

Una referencia conviene hacer, antes de seguir adelante, al derecho francés en el que, sobre esta misma base, se distingue entre los convenios de «delegación de servicio público» que se producen por la vía contractual y los supuestos de habilitación unilateral (por ley o por reglamento, se suelen citar los casos de la Seguridad Social o los establecimientos hospitalarios o de enseñanza). Nos interesan los primeros. La expresión «contrato de delegación de servicio público» se utilizó ya en una simple Circular de 7 de agosto de 1987 pero vuelve a aparecer con mayor rango en las leyes de 6 de febrero de 1992 referida a la Administración territorial de la República y en la de 29 de enero de 1993 aprobada para la prevención de la corrupción e instauración de la transparencia en la vida económica y en los procedimientos públicos (modificada con posterioridad en diversas ocasiones). En principio la noción de delegación de servicio público sirve para designar los contratos en virtud de los cuales una persona jurídico-pública confía a un organismo autónomo, normalmente privado, la tarea de gestionar un servicio público. En rigor, en el Ordenamiento francés, se han reunido bajo la denominación de «delegaciones de servicio público» una serie de subcategorías preexistentes constituidas por las concesiones, el arrendamiento, los contratos de gerencia y otros vecinos, todo lo cual ha hecho que se hable de una suerte de «pabellón que admite cualquier mercancía» (así el Comisario del Gobierno Tricot). Concesión y arrendamiento son figuras conocidas (y luego habremos de volver sobre ellas), el «convenio de gestión a riesgo y ventura», por su parte, se diferencia de los anteriores sobre todo por el plazo de duración que suele ser más corto (de cuatro a cinco años), pero las demás características le vienen o bien de la concesión o del arrendamiento. Por su parte, el «contrato de prestación de servicio público local» está más cerca de lo que son los contratos propiamente dichos de las entidades públicas territoriales, siendo en parte una suerte de contrato de suministro de servicios. El servicio público local permanece bajo la responsabilidad de la entidad delegante pero las prestaciones que constituyen el servicio público son realizadas por el delegado a quien de alguna forma «se compran». En la gerencia, en fin, el gerente es remunerado a tanto alzado sobre los resultados de la explotación del servicio que permanece bajo el control de la entidad local que, por lo demás, asume los riesgos de la explotación de los servicios «en gerencia». En cuanto mandatario, el gerente actúa en nombre y por cuenta de su mandante, la entidad local, responsable en último lugar también frente al usuario. Y, más allá, un sinfín de contratos mixtos, una auténtica nebulosa de acuerdos de concesión o de arrendamiento: alquileres de temporada, arriendos de corta duración, arriendo-gerencia, concesión mobiliaria, arriendo enfitéutico...

Es preciso saber que, en la realidad de nuestro país vecino, una buena parte de los servicios públicos locales franceses tienen como protagonistas empresas privadas beneficiarias de un contrato de delegación, siendo este el caso, entre otros sectores de la

actividad económica, de la distribución de agua potable y el tratamiento de las residuales, los transportes urbanos y los aparcamientos, pero también algunas ferias y mercados o equipamientos culturales o deportivos.

Estamos ante un asunto abierto sobre el que es preciso estar muy atento y volver a él una y otra vez. Casi me atrevería a decir: el gran asunto jurídico-administrativo de la construcción europea.