

# EL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

M<sup>a</sup> YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA\*

SUMARIO: I. El servicio público en el Derecho de la Unión Europea: 1. Planteamiento de la problemática y exposición, del marco general comunitario. II. Régimen comunitario originario de los servicios públicos: el artículo 86.2 TCE. Reflexiones sobre sus dificultades interpretativas: 1. Exégesis general del precepto. 2. Aplicación concreta de las previsiones del Tratado (art. 86), en particular por el TJCE y por la Comisión Europea: a) *Exégesis del TJCE: a') La doctrina del «abuso inevitable» o «automático». b') La doctrina de la «extensión abusiva» de la posición dominante. b) Exégesis de la Comisión Europea.* 3. Las tensiones existentes entre los Estados miembros y las instancias comunitarias: a) *Críticas doctrinales a la determinación vía jurisprudencial de la noción: la reivindicada subsidiariedad de las instituciones comunitarias en la determinación de los servicios de interés económico general. b) Tema de fondo: la determinación de los servicios de interés económico general, ¿ha de llevarse a cabo a nivel nacional o comunitario?: a') Enfrentamiento entre los partidarios de la «tesis nacional» y los de la «tesis comunitaria». b') Posicionamientos de las instituciones comunitarias ante esta cuestión: una actitud de prudencia y respeto ante «les choix de société» nacionales. c') Sobre el papel a jugar por las instituciones comunitarias vía Derecho derivado. d') Recapitulación.* III. Principales retos y orientaciones de la construcción comunitaria en materia de servicios de interés económico general: 1. Valoración general. 2. Conclusión.

---

\* Doctora en Derecho. Departamento de Derecho Administrativo e Internacional Público. Universidad de Valladolid.

## I. EL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. Planteamiento de la problemática y exposición del marco general comunitario

Uno de los temas más sensibles y debatidos en Europa, sobre todo en el ámbito del Derecho público es y viene siendo desde hace unos cuantos años el de la regulación de los tradicionales servicios públicos, esto es, destacadamente, el sector energético (electricidad, gas y petróleo), las telecomunicaciones, los transportes (aéreo, ferroviario, marítimo, navegación interior y por carretera), los servicios postales o el suministro de agua.

Obviamente, cada uno de estos sectores presenta unas peculiaridades técnico-económicas y de gestión en las que no vamos a entrar ahora. Pero, más allá de esas peculiaridades todos ellos presentan unos elementos objetivos o fácticos comunes. Básicamente tres: 1) el carácter esencial para los ciudadanos de las actividades que comprenden (que estamos ante actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los ciudadanos –pensemos a título ejemplificador en el suministro de energía eléctrica a una hospital–; 2) que su prestación requiere o se lleva a cabo a través de una infraestructura en red; 3) y, –vinculado a ambas cosas–, la importancia de estas actividades a nivel económico, social y político-estratégico para las zonas sobre las que se instalan.

Partiendo de estos presupuestos comunes y, por tanto, más allá de un análisis sectorial de cada servicio, se puede abstraer una compleja problemática jurídica común que ha derivado esencialmente del proceso de construcción comunitario europeo, del proceso de liberalización económica mundial y de los revolucionarios cambios tecnológicos que también han afectado a la regulación de estos servicios (de ello ilustra muy bien el ámbito de las telecomunicaciones).

Todos estos factores y procesos han puesto en cuestión tradicionales monopolios nacionales, han implicado importantes privatizaciones de empresas públicas y, en definitiva, la exigencia de elaborar un régimen adaptado a las nuevas exigencias socio-políticas y económicas, un régimen en el que, por un lado, se garantice la libre iniciativa empresarial, la concurrencia de operadores en los mercados de estos servicios y, al mismo tiempo, en el que se garantice que la prestación o el suministro de estos servicios esté en todo momento asegurada al conjunto de los ciudadanos conforme, como analizaremos más adelante, a una serie de principios básicos y de una arraigada tradición [generalidad o universalidad, continuidad, igualdad y no discriminación, calidad, adaptación al progreso («*mutabilité*»), etc.]<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, M<sup>a</sup> Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de Administración Pública. Ciudad Argentina (Madrid, Buenos Aires), 2002, pp. 415 y ss.

Como todos sabrán, y en definitiva es el objeto de la presente exposición, el debate no es ni mucho menos exclusivo de nuestro continente. Efectivamente, los referidos cambios tecnológicos de los últimos tiempos y el proceso de globalización económica mundial han venido poniendo en cuestión determinados sistemas de regulación existentes en diversos continentes como Asia, Australia o Nueva Zelanda o, destacadamente –y les hablaré del caso que conozco más de cerca– América latina (pensemos en Argentina, Brasil, Chile, o Perú), países con peculiaridades muy específicas y con una problemática socio-económica por todos conocida y donde el nuevo régimen también presenta unas peculiaridades en las que ahora no voy a entrar.

Centrándonos en el caso europeo, la construcción comunitaria europea ha constituido y sigue constituyendo uno de los principales factores o motores de las importantes transformaciones que desde hace ya unos cuantos decenios están afectando a las estructuras jurídico-económicas de los Estados que en ella participan. No cabe duda de que los cimientos sobre los que ésta se asienta (las cuatro libertades fundamentales consagradas en el Tratado; libre circulación de personas, bienes, capitales y servicios; y, en definitiva, la creación de un gran mercado) han hecho poner en cuestión o, al menos, replantearse o redimensionar unos cuantos de los dogmas sobre los que se ha construido el Derecho público de la economía en los distintos Estados. Uno de los ámbitos destacadamente afectados ha sido el del objeto de la presente ponencia: el régimen de los tradicionales servicios públicos y, más en concreto, los de carácter económico para cuya prestación es necesaria una infraestructura en red. Por razones objetivas de extensión del presente estudio, dejamos de lado los de carácter social o asistencial cuyo régimen comunitario también presenta una problemática bastante compleja, así como el estudio de otros servicios de carácter económico (que no requieren una infraestructura en red) como el sector bancario, las inversiones o los seguros que presentan también una difícil problemática jurídico-económica, no solamente a nivel europeo sino, como no podía ser de otra manera a un nivel geopolítico más amplio como es el de la OMC<sup>2</sup>.

En lo que respecta a los servicios objeto de nuestro estudio y centrándonos en lo que ha supuesto la construcción comunitaria europea, efectivamente, la realización de un espacio de actividad económica homogénea y sin fronteras depende de la adecuada ordenación e interconexión de las redes a través de las cuales o gracias a las cuales se hacen efectivas las libertades de circulación consagradas en el Tratado<sup>3</sup>. En

<sup>2</sup> De nuevo, me remito para el estudio de estos temas a mi trabajo, *Estatuto...*, cit., pp. 212 y ss y 262 y ss.

<sup>3</sup> Una cuestión fundamental en relación a los servicios que estamos tratando es la de ¿qué ha de entenderse por red?

Si a primera vista y como ha señalado algún autor, «las redes son fáciles de describir» (*vid.* CUÉ-TARA MARTÍNEZ, J.M. DE LA, «Sobre las infraestructuras en red», *REDETI*, n.º 1, junio, 1998, p. 13.), su conceptualización a efectos jurídicos y económicos no es tan sencilla, debido en buena medida a que la noción reenvía a concepciones en ocasiones algo diferentes según el ámbito de aplicación (a ello se refiere CARBIT, N., *vid.* «L'article 90 du Traité CE: revirement sur la doctrine de l'abus automatique vers une reconnaissance des services publics», *RDAI/IBLJ*, n.º 8, 1995, p. 859). Desde una perspectiva

este sentido, de su adecuada ordenación depende que determinadas actividades pres-taciones destinadas a satisfacer o permitir el ejercicio de derechos fundamentales

general, podemos entender aquí por red una estructura de interconexión que pone en relación a todos los posibles suministradores y consumidores de determinado tipo de bienes o servicios.

Más allá de este enfoque y tomando en consideración los tradicionales elementos que acompañan a las industrias en red (rendimientos crecientes de escala, fuertes inversiones, largos períodos de amortización, etc.) puede verse la definición de BOUTTES y LEBAN: «a network industry is one that supplies a public or basic service by operating a large infrastructure network whose characteristics are: strongly increasing returns to scale, high levels of capital intensity, and a long life of industrial assets» (vid. «Competition and regulation in Europe's network industries from theoretical approach to sectorial application», *Utilities Policy*, nº 2, 1995, p. 127.). En nuestra doctrina, Jesús TRILLO-FIGUEROA define el término infraestructura como «aquellos recursos que constituyen un conjunto de bienes de capital que permiten el funcionamiento de otras actividades económicas y satisfacen las necesidades futuras a través de la producción de bienes y servicios» (vid. «Desarrollo y futuro de la infraestructura energética», vol. col., *La financiación privada de obras públicas (marco institucional y técnicas aplicativas)*, (coord. A. RUIZ OJEDA), Civitas, Madrid, 1997, p. 103.) y, en Italia, PREDIERI ha señalado que «il termine "infrastrutture" viene usato nel linguaggio economico per designare quel complesso di beni capitali che, pur non utilizzati direttamente nel processo produttivo, forniscono una serie di servizi che vengono ritenuti in un momento storico, indispensabili per il funzionamento del sistema economico: strade, linee ferroviarie, porti (...)» (vid. «Le infrastrutture», vol. col., XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho administrativo, Barcelona-Girona, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 25. Vid. KAY, J., «La regolamentazione dei network», *Energia, Rivista Trimestrale sul problemi dell'energia*, nº 1, 1995, pp. 2 y ss.

En parecidos términos a los expresados en texto se ha pronunciado BUZELAY que, refiriéndose a los ilustrativos ejemplos de las telecomunicaciones, transporte ferroviario, distribución de agua, gas y electricidad habla de actividades en red «dans la mesure où les biens et services offerts nécessitent l'existence d'une infrastructure de réseau permettant de relier d'amont en aval les producteurs aux utilisateurs finaux». Vid. «De la dérégulation des télécommunications dans l'Union. De l'usager contraint par le monopole au service public contraint par la concurrence», *RMCUE*, nº 434, janvier, 2000, p. 24.)

Desde una perspectiva más precisa, podemos llevar a cabo una definición de red como aquel conjunto de medios materiales integrantes de una infraestructura fija y continua (y condicionantes de su despliegue, funcionamiento y explotación) que permite la circulación de determinados bienes objeto de servicios esenciales entre cualquier potencia expedidor y cualquier potencial receptor o la circulación de cualquier persona entre cualesquiera puntos locales, así como la conexión con otras infraestructuras de la misma o distinta naturaleza. Necesitan, por lo común, ocupar dominio público y propiedades privadas, en este caso mediante servidumbres voluntarias o forzosas de paso o mediante derechos de uso o de dominio adquiridos voluntariamente o mediante expropiación forzosa, por lo que suelen beneficiarse de la consideración de utilidad pública (téngase presente, por ejemplo, el artículo 52.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico: «Se declaran de utilidad pública las instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso». Vid. también el artículo 8 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras; el artículo 103 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; etc.). Son de reproducción difícil o práctica o razonablemente imposible para los nuevos operadores (sea por sus costes intrínsecos, sea desde la perspectiva de sus externalidades en el referido uso del dominio público, en la imposición de servidumbres sobre la propiedad privada o en el impacto medioambiental o paisajístico). Se trata de soportes o bienes esenciales (*essential facilities, infrastructures essentielles*) en cuanto imprescindibles para poder intervenir en el mercado de una determinada actividad económica a la que están vinculados (vid. TYE, M., «Competitive Access: A comparative industry approach to the Essential Facilities Doctrine», *Energy Law Journal*, vol. 8/2, 1987, pp. 45 y ss.; AREEDA, J., «Essential

puedan llegar a todos los ciudadanos en condiciones básicas de igualdad y con suficiente regularidad y continuidad. De ahí la relevancia –acrecentada más si cabe a partir de la apertura de mercados– de su adecuada interconexión e interoperabilidad y de una adecuada regulación que garantice el acceso a ellas por parte de los operadores y usuarios.

Todas estas cuestiones relativas a la relevancia jurídica de las redes que derivan de su peculiaridades técnicas y de la esencialidad de los servicios a los que son necesarias han cobrado aun mayor relieve como consecuencia de los importantes cambios

---

Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles», *Antitrust Law Journal*, vol. 58, 1990, pp. 342 y es.; HANCHER, L.; TREPTE, P.A., «Competition and the Internal Energy Market», *ECLR*, n° 4, 1992, p. 149; LENNART, K.; RITTER, L., *EC Antitrust Law and Energy*, Fordham, Nueva York, 1993, p. 334; BAZEX, M., «Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics», *RAE*, n° 2, 1994, pp. 103 y ss.; ECONOMIDES, N.; WHITE, L., «Networks and Compatibility: Implications for Antitrust», *European Economic Review*, n° 38, 1994, pp. 651-662; GLASL, D., «Third Party Access to Essential Facilities in EC Antitrust Law. A contribution to the current debate», *ECLR*, n° 3, 1994, pp. 306 y ss.; TEMPLE LANG, J., «Defining legitimate competition: Companies' duties to supply competitors and access to essential facilities», *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 1994, pp. 245-285; DRUMAUX, A.; DESANDE, O., «Les politiques réglementaires européennes: le défi des réseaux d'infrastructures», *RISA*, n° 2, juin, 1995, pp. 228-229; RIDYARD, M., «Essential facilities and obligations to supply competitors under UK and EC law», *ECLR*, vol. 3, 1996, pp. 438 y ss.; LOUPIEN, J.C., «La gestion de l'infrastructure ferroviaire peut-elle être considérée comme une activité d'entreprise», *CJEG*, n° 522, juin, 1996, pp. 208 y ss.; IDOT, L., «Politiques communautaires. Concurrence. Abus de position dominante», *Europe. Editions du Juris-Classeur*, n° 10, 1997, pp. 19-20; ARIÑO ORTIZ, G., «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. (Hacia un nuevo modelo de regulación)», vol. col., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 27-29; BARANES, E., «Networks Externalities, Technological Adoptions and Vertical Restraints: a Survey», *Revue d'économie politique*, n° 5, septembre-octobre, 1998, pp. 599 y ss.; WEINGARTER, F., «La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire», *CJEG*, n° 549, décembre, 1998, pp. 461 y ss.; MORILLO VELARDE, J.I., «El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas», vol. col., *Infraestructuras ferroviarias del tercer milenio* (COORD.: M.J. MONTORO CHINER), Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 67 y ss. y, en la misma obra colectiva, BERMEJO VERA, J., «Empresas ferroviarias y agentes prestadores del transporte. El derecho de acceso», pp. 282-283; CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. DE LA, «La regulación siguiente a la liberalización y privatización de servicios públicos», Ponencia en el IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito administrativo celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, sobre el tema de «Os caminhos da privatização da Administração pública» (COORD. PROF. VIEIRA DE ANDRADE), 6-7 de abril de 2000, p. 7. *Vid.*, también, las conclusiones del Abogado general F.G. JACOBS en el asunto Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG y otros (C-7/97, Rec., 1998/11, pp. 1-7791 y ss., resuelto por sentencia de 26 de noviembre de 1998), en concreto, el apartado 33, (p. 1-7802) y el interesante comentario a esta sentencia de L. HANCHER («Case Law, C-7/97»), *CMLR*, n° 6, 1999, pp. 1290 y ss. Sin mayores precisiones al respecto, señalaremos que en el conjunto de los estudios doctrinales sobre el tema puede constatarse la huella del Derecho en materia de antitrust norteamericano. *Vid.* CARBIT, N., «L'article...», cit., p. 862; CASES PALLARES, L., *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 57; CALLOL GARCÍA, P., «La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector», *RAP*, n° 149, mayo-agosto, 1999, pp. 403 y ss.

Para un análisis de la noción de red aquí expuesta a los distintos servicios objeto de nuestro estudio *vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, M<sup>a</sup>. Y., *Estatuto...*, cit., pp. 220 y ss.

tecnológicos de los últimos años —de ello ilustran muy bien las telecomunicaciones—, de los generalizados procesos liberalizadores de los servicios prestados a través de ellas, del proceso de globalización económica mundial y, muy especialmente, como consecuencia de la integración comunitaria europea. Desde la perspectiva de ésta última, qué duda cabe que, constituyendo las redes un factor esencial de desarrollo económico y competitividad y de cohesión económica, social y territorial, muy difícilmente puede lograrse la referida integración sin la interconexión de las redes comunitarias, tradicionalmente vinculadas, desde un punto de vista jurídico-económico y político a las nociones de monopolio y soberanía. Nada más y nada menos que la realización de un espacio de actividad económica homogénea y sin fronteras depende de la adecuada ordenación e interconexión de las redes a través de las cuales o gracias a las cuales se hacen efectivas las libertades de circulación consagradas en el Tratado. Ya hace unos cuantos años, la Comisión destacó la necesidad de dotar al mercado interior de una adecuada «red sanguínea» (los transportes), de una avanzada «red nerviosa» (las telecomunicaciones) y de una suficiente «red muscular» (la energía)<sup>4</sup>, preocupación comunitaria —que arranca fundamentalmente de la firma del Acta única y de la formulación de la idea de realización de un mercado interior<sup>5</sup>— que tuvo como uno de los frutos más importantes la inclusión en el texto del Tratado CEE —tras el Tratado de Maastricht, de un Título específico en materia de redes<sup>6</sup>—.

---

<sup>4</sup> Vid. la Comunicación de la Comisión titulada «Hacia unas Redes Transeuropeas. Programa de Actuación Comunitario» —(COM (90) 586 final)—, considerada por muchos como el punto de partida en la política comunitaria de redes. En este documento la Comisión, además de identificar los sectores de actuación, los objetivos perseguidos y las razones de impulsar una política comunitaria de redes, insistió en la importancia de avanzar en este campo al estimar que las transformaciones a llevar a cabo constituirían una premisa necesaria para facilitar la libre circulación y representaban un instrumento de acción para incidir sobre el desarrollo evitando su limitación a las zonas más favorecidas y fomentando su llegada a las regiones periféricas y atrasadas. En materia de desarrollo regional, vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y., «La política regional y energética comunitaria desde el estudio de la iniciativa REGEN. Luces y sombras de un objetivo», *NUE*, n° 149, 1997, pp. 39-51; CALONGE VELÁZQUEZ, A.; SANZ RUBIALES, I., *El Comité de las regiones. Análisis de una ¿futura institución?*, Comares, Granada, 2000, pp. 3 y ss. y, sobre el papel de este Comité en materia de redes, vid. CALONGE VELÁZQUEZ, A., «Comité de las Regiones», vol. col., *Diccionario de términos comunitarios* (Coord. P. BIGLINO CAMPOS), Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 66.

<sup>5</sup> Vid., entre otros, MATTERA, A., *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, ed. Jupiter, Paris, 1988, pp. 4 y ss.

<sup>6</sup> Para un estudio de la problemática de las redes, nos remitimos, entre otros a, GARCÍA VELASCO, I.; REDONDO MELCHOR, N., «Intercambios, Mercado Interior y Redes transeuropeas de transporte de energía eléctrica», *REE*, n° 3, 1993, pp. 83-96; VINOLS, J.A., «Les réseaux transeuropéens: une nouvelle dimension donnée au Marché unique», *RMUE*, n° 1, 1993, pp. 93-125; LAGUNA DE PAZ, J.C., «Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario», *REDA*, n° 88, 1995, pp. 502-503; GONZÁLEZ CID, J., «Infraestructuras: Redes transeuropeas», *Noticias de la Unión Europea*, n° 124, mayo, 1995, pp. 69 y ss.; SAINZ ANDRÉS, M., «Las redes transeuropeas de electricidad en la política comunitaria», *Economía industrial*, n° 316, 1997, pp. 53-60; FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y., «La política regional y energética comunitaria desde el estudio de la iniciativa REGEN. Luces y sombras de un objetivo», *NUE*, n° 149, 1997, pp. 39-51; FOURNIER, C., «Les reseaux transeuropéens de transport et d'énergie», *Revue fiscalité européenne et droit international des affaires*, n° 1, 1997, pp. 37-41.

En resumen, la red confiere al régimen de los servicios esenciales prestados a través de ellas una problemática de cuya adecuada solución depende no ya sólo la competitividad y el desarrollo económico y social de un espacio territorial de dimensiones interestatales e intercontinentales<sup>7</sup>, sino la plena satisfacción y garantía de los derechos fundamentales y libertades que nuestro ordenamiento, en el más alto rango, y el Derecho comunitario originario, reconocen.

## II. RÉGIMEN COMUNITARIO ORIGINARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: EL ARTÍCULO 86.2 TCE. REFLEXIONES SOBRE SUS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS

Voy a centrarme en el régimen de los tradicionales servicios públicos, esto es, de los que el Tratado denomina servicios de interés económico general, término utilizado a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinal comunitario y que ha sido incorporado incluso al Derecho interno de los Estados desplazando en buena medida a la arraigada noción de servicio público, sobre todo, en los países de tradición jurídico administrativa francesa como es el caso de Bélgica, España, Italia, Portugal o Grecia (menos en la tradición germánica y mucho menos en la tradición anglosajona)<sup>8</sup>.

Si cada uno de los enunciados en los que puede desgranarse el artículo 86.2 del Tratado CE ha dado lugar a numerosos debates interpretativos, la referencia que el precepto hace a los servicios de interés económico general ha sido sin duda la que más ríos de tinta ha hecho correr. Numerosos son los estudios que centran el núcleo de los debates comunitarios en este polémico concepto, debates que han arrancado de las importantes transformaciones a las que se han visto sometidos los tradicionales servicios públicos (electricidad y gas, transportes terrestres, aéreos o marítimos, telecomunicaciones, suministro de petróleo o correos). A buen seguro, no son desconocidos los supuestos excesos de liberalismo atribuidos a las instituciones comunitarias, en particular, a la Comisión y al Tribunal de Justicia cuyas Decisiones y/o Directivas y cuyos fallos respectivamente han sido en muchos casos muy duramente criticados. Como ha recordado DEWOST, «la Comisión europea y, de una manera más general, las instancias comunitarias han tenido durante mucho tiempo mala reputación en materia de servicio público...»<sup>9</sup>, noción de servicio público y de empresas en red que «se han

<sup>7</sup> Pensemos, por poner un ejemplo, en el ámbito de los transportes de los que depende todo el comercio mundial y que representan, por tanto, «el vínculo que ata a la Unión europea a la economía mundial». Vid. ORTIZ BLANCO, L.; VAN HOUTTE, B., *Las normas de competencia comunitarias en el transporte*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 27 y ss.; DROMI SAN MARTINO, L., *Industria y comercio en el Mercosur*, Ciudad Argentina, Madrid, 1999, pp. 596-597.

<sup>8</sup> Sobre la naturaleza de la noción de servicio público y conceptos afines así como su justificación en las diferentes tradiciones de los Estados miembros, vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, M<sup>a</sup> Y., *Estatuto...*, pp. 281 y ss.

<sup>9</sup> Vid. «Le point de vue des instances communautaires sur la gestion déléguée», in *La gestion déléguée du service public*, Actes du Colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat organisé par l'Institut français des sciences administratives, Paris, Dalloz, 1997, p. 93.

convertido en la mala conciencia de Europa. Un poco, como el grano de arena que bloquea la mecánica o la piedra que molesta en el fondo del zapato»<sup>10</sup>.

Pero para comprender y valorar estas imputaciones y discernir la realidad que a ellas subyace es imprescindible proceder a un análisis jurisprudencial, doctrinal y normativo y sustraerse, en la medida de lo posible, al «contexto fuertemente emocional»<sup>11</sup> que tradicionalmente rodea los estudios que al tema se han dedicado.

Como decíamos, las relaciones entre la clásica noción de servicio público y la integración europea se han convertido en un tema de la más viva actualidad en ciertos Estados miembros<sup>12</sup>. Sin embargo, todas las disquisiciones que se han levantado no facilitan la identificación del verdadero problema que se cierne sobre nuestro objeto de estudio. Para muchos, éste reside sin lugar a dudas en las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias, percibidas como la consecuencia de una política ultraliberal<sup>13</sup> que ha llevado a «la decadencia de la idea de servicio público en benefi-

<sup>10</sup> Vid. RAPP, L., «La politique de libéralisation des services en Europe, entre service public et service universel», *RMCUE*, n° 389, juin-juillet, 1995, p. 354.

<sup>11</sup> Vid. KOVAR, R., «Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *RTDE*, n° 2, 1996, p. 219.

<sup>12</sup> Muy especialmente en Francia (de «localización paroxística en el discurso político» ha hablado BEZANCON –vid. «Les grandes étapes de la notion de service public», *RCDSP*, 1998, p. 77–), probablemente por razón de la importancia acordada por el Derecho administrativo francés a la institución del servicio público y en razón de la tradición de intervencionismo estatal mayormente arraigada que en el resto de los Estados de la Unión (vid. KOVAR, R., «Droit...», cit., p. 236) que ha marcado esa «tendencia a la sacralización de los servicios públicos». Vid. GAZIN, F.; LAGONDET, F., «Le Conseil d'État, les services publics et le droit communautaire. A propos du Rapport public du Conseil d'État pour 1994», *Europe*, octubre, 1995, p. 1. Como ha afirmado DE FOCALD, «la tradition française a tendance à inverser la charge de la preuve: c'est au marché de montrer qu'il peut faire mieux que l'État». Vid. el trabajo, dirigido por C. STOFFAËS, *Services publics. Question d'avenir*, Editions Odile Jacob/La Documentation française, Paris, 1995, p. 8. Vid. también p. 284.

Vid., también, CAILLOSSE, J., «Service public: le désespoir du juriste», *Pouvoirs locaux*, n° 10, 1991, pp. 27-34; el citado informe del Conseil d'État titulado *Le service public (Rapport public, 1994, n° 46, La Documentation française)*, pp. 38 y ss.; MONNIER, L., «Prospective des services publics dans l'Union européenne», *Annals of Public and Cooperative Economics*, n° 66, 1995, pp. 229 y ss.; VOISSET, M., «Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux», *RFDA*, n° 2, 1995, pp. 304 y ss.; RAYMUNDIE, O., *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, Le Moniteur, Paris, 1995, pp. 320 y ss.; MODERNE, F., «Le concept de service public à l'épreuve du marché unique européen», *Mélanges dédiés à J. Mas*, Economica, Paris, 1996, pp. 239-252; ABIA, M. HAMZI, L., «Le service public français face à l'Europe: les enjeux», *Revue Politique et Parlementaire*, n° 982, 1996, pp. 60 y ss.; MALLOL, F., «Divorce à l'européenne?. Ou l'épineuse question des services publics...», *La semaine juridique (JCP)*, n° 40, 1996, pp. 371-375; CHEVALLIER, J., «La réforme de l'État et la conception française du service public», *RFAP*, n° 77, 1996, pp. 54 y ss.; HASTINGS, M., «Les constellations imaginaires du service public», in *Le service public et le lien social*, (Dir. S. DECRETON), L'Harmattan, Paris, 1999, pp. 33-52.

<sup>13</sup> En irónicos términos ha hablado J. HARDY del triunfo de las pretensiones «más audaces de los neoliberales acuchillando contra la expansión ineficaz y potencialmente liberticida del servicio público». Simplificando, apunta este autor, «es la victoria de M. Friedmann contra J.M. Keynes». Vid. «Le service public en question», *Revue Politiques et management public*, n° 3, 1996, pp. 47 y 48.

cio de consideraciones de competencia»<sup>14</sup>. De un análisis exhaustivo de la muy numerosa doctrina sobre el tema, puede concluirse que los esfuerzos de reflexión se han dirigido principalmente a encontrar soluciones a estos criticados excesos pero sin intentar acotar previamente el debatido problema.

Desde una elemental perspectiva metodológica, no es difícil imaginar lo que ocurre cuando se buscan respuestas sin saber muy bien cuál es la pregunta. Y en el momento actual, resulta difícil saber en qué consiste el conflicto entre las reglas comunitarias y los tradicionales servicios públicos teórica y prácticamente. Como tendremos ocasión de analizar en detalle, resulta, desde luego, difícil concretar en ejemplos concretos los pretendidos excesos de liberalismo achacados a los órganos comunitarios<sup>15</sup>.

Y es que pesan sobre el debate jurídico, económico y político abierto muy diversos equívocos y prejuicios. Tras esta «obstinada obscuridad»<sup>16</sup>, conviene señalar, como ha manifestado el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, que «gran parte de lo que se presenta como problema no es sino cuestión de una necesaria clarificación terminológica y conceptual, ya muchas veces intentada»<sup>17</sup>. Sin embargo, a pesar de los intentos, no acaba de alcanzarse, «un suficiente grado de aceptación y difusión de un sistema conceptual y de expresión terminológica que arrincone definitivamente las suspicacias, malentendidos, temores y desconfianzas que, a la postre, en gran medida alimentan el debate y crean otras veces desconcierto ante las nuevas normas»<sup>18</sup>. Queda, como ha afirmado el profesor MODERNE, «encontrar los compromisos aceptables»<sup>19</sup>.

Conviene precisar que la noción de servicio de interés económico general, desde una perspectiva comparada, es un concepto no utilizado en los ordenamientos nacionales. De palabras «insólitas en el tráfico jurídico intelectual», ha hablado JIMÉNEZ-

---

<sup>14</sup> Vid. MONNIER, M., «Service public et droit de la consommation en droit français et communautaire», *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 1996, p. 393. Aun reconociendo que no hay una incompatibilidad total MODERNE afirma lo siguiente: «lógica de mercado, lógica de servicio: hay necesariamente una antinomia latente entre estas dos aproximaciones de la Europa comunitaria». Vid. «El concepto de servicio público frente al desafío de la Unión Europea», vol. col., *Derecho administrativo*. Obra en Homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF (Dir. J.C. CASSAGNE), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 822.

<sup>15</sup> Así, BUENDÍA SIERRA ha apuntado que «personalmente y contrariamente a una creencia extendida pero infundada, soy de la opinión de que la aplicación por la Comisión del artículo 90.2 del Tratado ha sido más bien favorable a los servicios públicos». Vid. «Services d'intérêt général en Europe», intervention lors du colloque Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché, organisé par CEDECE, IRENE et IUF, Strasbourg, 1996 p. 7. Vid., también, VAN MIERT, K., «La Conférence intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence», *Competition Policy Newsletter*, n° 2, vol. 3, 1997, p. 2.

<sup>16</sup> Vid. BUENDÍA SIERRA, J.L., «Services...», cit., p. 15.

<sup>17</sup> Vid. «En torno...», cit., p. 2798.

<sup>18</sup> Vid. *ibid*, loc. cit.

<sup>19</sup> Vid. «El concepto...», cit., p. 822.

BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ<sup>20</sup>. Al utilizar esta fórmula, los redactores del Tratado pretendieron eludir la utilización de conceptos como los de «servicio público»<sup>21</sup> o de «servicios de carácter industrial y comercial» más generalizados en los ordenamientos internos de los Estados miembros, especialmente en los de patrón francés<sup>22</sup>. Sobre las razones últimas de esta opción terminológica no pocos piensan que se fundaban en la pretensión de evitar la dinámica y la fuerza expansiva de unos términos —los de servicio público— que en la evolución de los ordenamientos internos habían generado un panorama conceptual de una gran equivocidad<sup>23</sup>. Las razones no son del todo claras, siendo cierto que la noción finalmente empleada en el texto del Tratado ha resultado de un alcance impreciso.

## 1. Exégesis general del precepto

¿Cuál es el enunciado del precepto? Dentro de él hay que destacar dos apartados, muy especialmente el apartado 2 (luego me referiré al 3º que confiere un importante poder normativo a la Comisión europea en materia de regulación de servi-

<sup>20</sup> Vid. «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», REDA, nº 84, 1994, p. 591. En esta falta de concordancia terminológica entre la noción comunitaria de servicio de interés económico general y las categorías nacionales han anclado algunos autores el núcleo del debate abierto a nivel comunitario. Vid. PERICU, G.; CAFAGNO, M., «Impresa pubblica», vol. col., *Trattato di Diritto amministrativo europeo* (Dir. MARIO P. CHITI e GUIDO GRECO), tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, p. 792.

<sup>21</sup> De «recusación del concepto» o de «neutralidad semántica» para evitar las referencias a un vocabulario demasiado marcado por uno de los derechos nacionales ha hablado KOVAR. Vid. «Droit...», cit., p. 216.

<sup>22</sup> Vid. las conclusiones del Abogado general DUTHEILLET DE LAMOTHE, presentadas el 1 de julio de 1971, en relación al asunto Port de Mertert resuelto por la sentencia de 14 de julio de 1971 (10/71, Rec., 1971-2, pp. 723 y ss.), en concreto, el apartado IV, p. 739; o las del también Abogado general MAYRAS, presentadas el 12 de febrero de 1974, sobre el asunto Sabam (BRT In resuelto por la sentencia de 21 de marzo de 1974 (127/73, Rec., 1974-1, pp. 313 y ss.), en concreto, el apartado III, p. 327.

A nivel doctrinal, vid., entre otros, BOTANA AGRÁ, M., «La aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las entidades de crédito en el marco del artículo 90.2 del Tratado CEE», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells, La Ley, Madrid, 1994, p. 353. Como ha señalado Jesús TRILLO-FIGUEROA, se ha rechazado el concepto de servicio público por inducir a confusión, dado que en la mayoría de los países, y particularmente en los latinos, este concepto se vincula históricamente a la exclusividad en la prestación por parte del Estado; en definitiva, a la publicano de la actividad, tal y como se ha interpretado por la mayoría de la doctrina en nuestro país el artículo 128.2 de la CE. Vid. «Liberalización eléctrica en España: aspectos básicos de su regulación», vol. col., *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 56-57.

<sup>23</sup> Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 67. Para V. HATZOPOULOS se asiste con el uso de estos términos al abandono de la noción de servicio público», expresión que «hubiera reenviado directamente a los derechos nacionales limitando así la autonomía de acción de la Comunidad». Vid. «L'Open Network Provision, moyen de dérégulation», RTDE, nº 3, 1998, p. 88.

cios de interés económico general). El apartado 2º del art. 86 del Tratado establece lo siguiente: «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (...) quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad». Como ha señalado LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO y tendremos ocasión de constatar a lo largo de la presente ponencia, «pocos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea se prestan tanto a sutilezas interpretativas como el artículo 90.2»<sup>24</sup>.

Ciñéndonos a la literalidad del precepto, su primer enunciado contiene un mandato de sumisión de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general a las normas sobre la competencia. El interés del precepto no estriba, sin embargo, en este enunciado<sup>25</sup> sino en la posibilidad de excepcionar la aplicación del régimen de la competencia cuando concurren las circunstancias y límites en él contemplados. Como tantas veces se ha puesto de manifiesto, dicho artículo contiene una norma de excepción<sup>26</sup>. Obviamente, –y tendremos ocasión de profundizar en este aserto–, la relevancia del precepto a la hora de determinar el régimen al que someter a las empresas gestoras de servicios esenciales económicos en red es importantísima en cuanto que de la interpretación que de él se haga se podrá extraer en qué supuestos o bajo qué condiciones el régimen de la competencia no es aplicable dando paso por tanto a la excepción.

Tanto a nivel conceptual como de régimen, dada la parquedad del precepto, la determinación de criterios interpretativos no ha sido ni es sencilla y, al igual que ocurre en otros ámbitos de la construcción comunitaria esta compleja tarea ha sido llevada a cabo por las instancias comunitarias, fundamentalmente, por la Comisión y el Tribunal de Justicia al hilo de concretos casos prácticos. Como en todo ordenamiento jurídico y posiblemente de manera más intensa en el ámbito comunitario, resulta fácil constatar la enorme importancia de lo que K. LARENZ ha llamado «el desa-

---

<sup>24</sup> Vid. «Alcance y aplicación del artículo 90.2 (nuevo, 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria», *REDA*, n° 102, abril/junio, 1999, p. 297. De «clara obscuridad» hablaba el Abogado general TESAURO al referirse a la redacción literal del Tratado y su difícil interpretación. Vid. las conclusiones presentadas el 13 de febrero de 1990 al asunto República francesa *c/* Comisión, (C-202/88), resuelto por sentencia de 19 de marzo de 1991 (Rec., 1991/3, pp. 1-1259-I-1273), en concreto, el apartado 11, p. 1-1243.

<sup>25</sup> En realidad, dicho mandato de sumisión es innecesario, pues tales empresas están sometidas a tales preceptos en virtud de los principios recogidos en los artículos 81 y 82 del Tratado (*ex* 85 y 86) que no contienen excepción alguna para tal tipo de empresas gestoras.

<sup>26</sup> «Enigmático y ciertamente el más «político» del Tratado» –ha señalado RAYMUNDIE–, «el artículo 90.2 permite lo que éste no tolera más que difícilmente: la protección contra la competencia por causas particulares, a saber, el monopolio fiscal o el servicio de interés económico general». Vid. *Ges-tion...*, cit., p. 354.

rollo judicial del derecho»<sup>27</sup>. A través del estudio de la jurisprudencia en la materia y a través de la búsqueda del esquema interpretativo seguido por el Tribunal de justicia en la aplicación de este debatido precepto, tendremos ocasión de ver cómo son muchas aún las cuestiones por determinar y dónde queda patente la necesidad –y también la dificultad– de abstraer las notas o criterios definitivos de interpretación de uno de los regímenes más controvertidos –al menos a nivel comunitario– de los últimos decenios. No son pocos en este sentido los autores que se refieren a la dificultad e incluso a la imposibilidad de abstraer o generalizar reglas de aplicación del artículo 86.2<sup>28</sup>, dificultad de determinación del régimen que enlaza con la dificultad a la que nos hemos enfrentado en el capítulo anterior de delimitar la noción de servicio de interés económico general. Anticipando algunas reflexiones relativas al régimen de los servicios objeto de nuestro estudio, resulta muy necesario, como entre nosotros ha señalado JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «una intervención legislativa que devuelva claridad y certeza» en un ámbito tan sensible de las sociedades modernas y de las economías de los Estados miembros como son los servicios de interés económico general.

Como acabamos de señalar, el apartado segundo del artículo 86 del Tratado prevé una excepción, de alcance limitado, a favor de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Estas empresas sólo quedarán sometidas a las normas del Tratado en la medida en que esa aplicación no impida el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El primer criterio del que hay que partir a la hora de abordar la exégesis de este precepto ha de ser el de su interpretación restrictiva o estricta. Teniendo en cuenta que las excepciones a las normas de la competencia deben ser singulares y excepcionales, la primera consecuencia que debe extraerse de esta naturaleza es la de su interpretación literal y rígida. Así lo puso de manifiesto tempranamente la doctrina, la Comisión y el propio Tribunal de Justicia<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Vid. *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción española de la 4ª edición alemana, Ariel, Barcelona, 1994, p. 359; FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y., «El régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea: condiciones, ámbito de aplicación y cuestiones conflictivas», *NUE*, n° 171, 1999, p.10.

<sup>28</sup> Referido al sector de la energía, *vid.* el comentario de HANCHER a la sentencia de 19 de mayo de 1993 en el asunto Corbeau (C-320/91, Rec., 1993/5, pp. 1-2563 y ss.), CMLR, n° 32, 1995, p. 322. *Vid.*, también, TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ CONDE, J.; LÓPEZ JURADO ESCRIBANO, F. DE B., *La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 312-313.

<sup>29</sup> La solución aceptada por el Tribunal de Justicia se ha reiterado desde la sentencia de 21 de marzo de 1974 recaída en el asunto Sabam, también conocido como BRT-II (127-73, Rec.1974-1, apartado 19, p. 318). *Vid.*, entre otras, la sentencia de 11 de abril de 1989 (asunto Ahmed Saeed, 66/86, Rec. 1989-4, p. 803) o la sentencia de 10 de diciembre de 1991 (asunto Porto di Genova, C-179/90, Rec., 1191-10, p. 5923). *Vid.*, también las conclusiones del Abogado general DARMON referidas al asunto Almelo (C-393/92, Rec., 1994/4, pp. 1-1477 y ss.) presentadas el 8 de febrero de 1994, en concreto, *vid.* el punto 143, p. 1-1501. Más recientemente, *vid.* la sentencia de 17 de julio de 1997 recaída en el asunto GT-Link A/S (C-242/95), apartado 50, p. 1-13.

Presentado este enfoque inicial, la exégesis del artículo 86.2 suscita una serie de cuestiones de no escasa complejidad. Pasemos a analizar el contenido de este debatido precepto.

Si hay algo que destacar de este precepto es su parquedad derivada del contexto histórico-político de su nacimiento: el Tratado de Roma de 1957. Aunque no entraremos en detalle, la regulación de los servicios en red en Europa estaba vinculada a las nociones de monopolio y soberanía. Ilustra muy bien sobre esta idea el sector eléctrico en el que el objetivo de gestión era que cada red nacional pudiera bastarse a sí misma, sin necesidad en principio, de ninguna contribución exterior, con las consiguientes pérdidas de eficiencia. Es decir, por el carácter geoestratégico de estos servicios los Estados no establecieron más previsiones en el Tratado.

Las consecuencias que han derivado de la parquedad del precepto han sido los complejos problemas interpretativos a los que se han tenido que enfrentar la doctrina, la jurisprudencia así como las instituciones comunitarias y nacionales, éstas últimas, como veremos, en defensa de sus respectivos tradicionales servicios públicos.

¿Cuál es la interpretación general del precepto? Ciñéndonos al tenor literal del precepto, su primer enunciado contiene un mandato de sumisión de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general a las normas sobre la competencia. El interés del precepto no estriba, sin embargo, en este enunciado sino en la posibilidad de excepcionar la aplicación del régimen de la competencia cuando concurren las circunstancias y límites en él contemplados: en primer lugar (primera premisa): que la aplicación de las normas de la competencia impida el cumplimiento de la misión encomendada a la empresa gestora del servicio de interés económico general; en segundo lugar (segunda premisa): que la inaplicación de las normas de la competencia no sea contraria al interés de la Comunidad. Dos premisas que se han dado en denominar el test de la proporcionalidad.

## **2. Aplicación concreta de las previsiones del Tratado (art. 86), en particular por el TJCE y por la Comisión Europea**

Sin entrar en el terreno que hayan podido jugar otros órganos comunitarios, esencialmente en el terreno político, como el Parlamento o el Comité económico y social, los órganos encargados de la compleja interpretación y aplicación del precepto han sido esencialmente el TJCE y la Comisión europea, que, como analizaré más adelante, dispone, en virtud del artículo 86.3, de importantes poderes normativos en esta materia.

### ***a) Exégesis del TJCE***

Por parte del TJCE y de manera general –sobre todo en una primera etapa de la construcción comunitaria– este órgano va a proceder a una interpretación estricta o

rígida del art. 86.2, es decir, en los casos que llegan al TJCE éste va a aplicar a las empresas gestoras de servicios de interés económico general las normas comunitarias sobre la competencia, no dando por tanto paso a la excepción prevista en este régimen.

Son muy célebres las sentencias en las que el TJCE declaró la ilegalidad —en base a las normas comprendidas en el Título VI, Capítulo I del Tratado— de importantes monopolios nacionales declarados servicios públicos de titularidad pública que venían sistemáticamente excluyendo la actividad en dichos sectores de operadores privados.

Fruto de la evolución del proceso de integración comunitaria —muy especialmente del impulso dado por la idea de realización de un gran mercado interior—, la inicial exégesis del artículo 86 llevada a cabo por el TJCE comenzó a cambiar<sup>30</sup>. Aunque los principios que impulsaron el Acta única no afectaron a la redacción del artículo 86, sí incidieron de manera muy directa en la interpretación que tradicionalmente venía haciéndose de este precepto. El Tribunal, en los casos que le fueron llegando, fue paulatinamente decantándose por imputar preferiblemente a los Estados lo que en su interpretación inicial se inclinaba por atribuir a las empresas.

El punto de arranque lo constituyó el cambio de línea interpretativa a través de la cual el TJCE pasó a juzgar ya no solamente la legitimidad del ejercicio de derechos especiales o exclusivos concedidos a una determinada empresa (la conformidad de su ejercicio con las disposiciones del Tratado) sino también la legitimidad de la existencia de tales derechos, juicio sobre la existencia que ineludiblemente conducía a la posibilidad de poner en cuestión la creación y el otorgamiento de la misión por parte del Poder público a la empresa en cuestión. A partir de aquí, el Tribunal no dudó en buscar si se reunían las condiciones del artículo 86.2 (*ex* 90.2) a la hora de justificar las medidas estatales creadoras o reguladoras de derechos especiales o exclusivos contrarios al artículo 86.1 (*ex* 90.1) puesto en conexión con los artículos 81 y 82 del Tratado (*ex* 85 y 86)<sup>31</sup>.

#### *a') La doctrina del «abuso inevitable» o «automático»*

Debemos destacar las causas decididas en 1991 en las que claramente se opera un cambio jurisprudencial en materia de monopolios públicos de servicios, sentán-

<sup>30</sup> Vid. COKBORNE (DE), J.E., «Liberalising the Community's electricity market should telecom show the way?», *RDAl/IBLJ*, n° 7, 1990, pp. 851 y ss.; PIHNACKER HORDIJK, E., «EC Law versus legal monopolies. A tense relationship», *RDAl/IBLJ*, n° 5, 1995», pp. 595 y ss.; GOZL, S., *Prospettive dei servizi pubblici nell' Unione Europea*, Cooperativa Librería Universitaria Editrice Bologna (CLUEB), Bologna, 1998, pp. 14 y ss.

<sup>31</sup> Vid. CHEROT, J.Y., «L'article 90, paragraphe 2, du traité CE après les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité», *RFDA*, n° 1, janvier-février, 1998, p. 136.

dose las bases para la interpretación conjunta de los distintos preceptos antes mencionados<sup>32</sup>. El TJCE justificó su actuación a través de dos vías: la denominada doctrina del «abuso inevitable o automático» y la denominada doctrina de la «extensión abusiva» de la posición dominante<sup>33</sup>.

En relación a la primera –la del «abuso inevitable o automático»–, el juez comunitario estimó que en determinados casos, la mera existencia de derechos exclusivos conduce inevitablemente al beneficiario de los derechos especiales o exclusivos a resultados incompatibles con el Tratado. Pensemos en aquellos supuestos en que el titular de tales derechos impone condiciones abusivas a sus clientes como en la sentencia de 18 de junio de 1991 [asunto *Elliniki Radiophonia Tileorassi* (en adelante *ERT*)]<sup>34</sup> en el que el abuso inevitable provenía de acumular el monopolio de difusión y el monopolio de retransmisión<sup>35</sup> o en la sentencia de 10 de diciembre de 1991, recaída en el asunto *Porto di Genova*<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Una de las primeras sentencias en esta línea jurisprudencial fue la recaída el 19 de marzo de 1991 en la causa República francesa contra Comisión en materia de terminales de telecomunicaciones (C-202/88, Rec., 1991/3, pp. 1-1260-I-1273). Vid. especialmente los apartados 22, 36 y 39, pp. 1223 y ss. Al hilo de esta sentencia, NEDJAR habla de «inversión de la presunción de la legalidad de los monopolios públicos». Vid. «Les compétences de la Commission des Communautés européennes et la situation des entreprises publiques. Note sur l'arrêt de la CJCE du 19 mars 1991. «Directive relative à la concurrence dans les marchés de télécommunication»», RFDA, n° 2, mars-avril, 1992, p. 299. Vid. también, MATTERA, A., «L'arrêt Terminaux de télécommunications du 19 mars 1991. Interprétation et mise en oeuvre des articles 30/36 et 90 du Traité CEE», RMUE, n° 3, 1991, pp. 246 y ss.

<sup>33</sup> Vid. KOVAR, R., «La «peau de chagrin» ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics», *Europe* (ed. Techniques), juillet, 1992, p. 2; EHLERMANN, C.D., «Managing Monopolies: the Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community», *ECLR*, n° 2, 1993, pp. 61-69; BUENDÍA, J.L., *Competition Policy Newsletter*, vol. 1, n° 3, 1995, pp. 51 y ss.; PUNACKER HORDIJK, E., «EC Law...», cit., pp. 599-603. Vid., también, CHARBITT, N., «L'article 90 du Traité CE: revirement sur la doctrine de l'abus automatique vers une reconnaissance des services publics», *RDAl/IBLJ*, n° 8, 1995, pp. 990-992; RAINAUD, J.M., *La crise du service public français*, PUF, Paris, 1999, p. 91; MALARET I GARCÍA, E., «Servicios públicos y Unión europea: los servicios públicos telefónicos en el marco de la liberalización de las telecomunicaciones, la reducción del ámbito del monopolio paso previo a su desaparición», vol. col., *Régimen jurídico de los servicios públicos*, (dir. E. MALARET I GARCÍA), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 119-120.

<sup>34</sup> Asunto C-260/89, Rec., 1991/6, pp. 1-29254-2966.

<sup>35</sup> Vid. especialmente el apartado 37 donde el Tribunal de justicia sentenció que el apartado 1 del artículo 86 del Tratado (*ex* 90.1) se opone a que un Estado miembro conceda un *derecho exclusivo de retransmisión* de emisiones de televisión a una empresa que tenga un *derecho exclusivo de difusión* de emisiones, «cuando estos derechos puedan crear una situación en la cual dicha empresa se vea llevada a infringir el artículo 82 del Tratado (*ex* 86) por una política de emisión discriminatoria en favor de sus propios programas», p. 2925. Las cursivas son nuestras.

<sup>36</sup> En Italia, el Código de la navegación reservaba la exclusividad de las operaciones de embarco y desembarco de mercancías a compañías portuarias cuyos trabajadores debían poseer la nacionalidad italiana. Vía cuestión prejudicial, el Tribunal de Génova preguntó al Tribunal de justicia comunitario sobre la compatibilidad de las disposiciones nacionales con los artículos 86.1 y 82 (*ex* 90.1 y 86). El 10 de diciembre de 1991, el Tribunal de justicia sentencia que un Estado miembro infringe las prohibiciones contenidas en los artículos 82 y 86.1 (*ex* 86 y 90.1) «cuando la empresa de que se trate es in-

En otros casos el abuso inevitable se produce cuando el Estado crea una situación en la que se limita en el mercado la prestación de una actividad incluso cuando es patente que la empresa titular de tales derechos no puede satisfacer la demanda del mercado para ese tipo de actividades. El ejemplo más característico de esta jurisprudencia es el resuelto en la ya citada sentencia de 23 de abril de 1991 recaída en el asunto *Höfner y Elser*<sup>37,38</sup>.

*b') La doctrina de la «extensión abusiva» de la posición dominante*

En segundo lugar, el Tribunal explicitó en sus sentencias la doctrina de la «extensión abusiva» en relación a situaciones en las que una empresa es llevada, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva<sup>39</sup>. Primeramente en la sentencia de 13 de diciembre de 1991 al asunto *Régie des télégraphes et des téléphones* contra GB-Inno (en adelante RTT)<sup>40</sup>. En este asunto, los supermercados belgas GB-Inno vendían en sus tiendas teléfonos no autorizados, destinados a servir de segundo aparato telefónico sobre una instalación existente. El Tribunal de Comercio de Bruselas, ante la demanda de la empresa RTT por competencia desleal de GB-Inno, preguntó al Tribunal de Justicia de la Comunidad sobre la compatibilidad de los artículos 26 y 78 del Tratado con las disposiciones nacionales. El juez comunitario estimó que la extensión del monopolio de establecimiento y de explotación de la red telefónica al mercado de aparatos telefónicos, sin justificación objetiva estaba prohibida como tal por el artículo 82 (*ex* 86) o por el artículo 86.1, en relación con el artículo 82, cuando

---

ducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando estos derechos pueden crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos». *Vid.* el apartado 17, p. 1-5928. En el caso concreto continúa el Tribunal, «las empresas a las que se han conferido, (...) derechos exclusivos son inducidas, por ello, a exigir el pago de servicios no solicitados, o a facturar precios desproporcionados, o a negarse a utilizar la tecnología moderna, lo que da lugar a un incremento del coste de las operaciones y a una prolongación de los plazos de realización de éstas, o a conceder reducciones de precio a determinados usuarios, con la correspondiente compensación de dichas reducciones mediante un aumento de los precios facturados a otros usuarios». *Vid.* el apartado 19, p. 1-5929.

<sup>37</sup> Asunto C-41/90, Rec. 1991/4. *Vid.* especialmente los apartados 29-34, pp. 1-20184-2019.

<sup>38</sup> En relación a esta situación, se ha hablado de la teoría del «monopolio que falla» o «desfalleciente» (*monopole défaillant*). *Vid.* BUENDÍA SIERRA, cit., p. 52. Para una crítica del razonamiento seguido por el Tribunal de justicia, *vid.* TRIANTFYLLOU, D., «Service...», cit., pp. 1031-1032. *Vid.*, también, CHARBIT, N., para el que el mantenimiento de esta teoría hubiera podido conducir a que el monopolio que se enfrentara a problemas de eficiencia económica pudiera ser condenado en caso de insuficiencia o ineficacia en el mercado. *Vid.* «L'article 90 du Traité CE: revirement...», cit., p. 990.

<sup>39</sup> *Vid.* COMBRESSELLE, J.D., HONORAT, E.; SOULARD, C., «Le droit communautaire en 1991», *AIDA*, abril, 1992, p. 263.

<sup>40</sup> Asunto C-18/88, Rec., 1991/10, pp. 1-59414-5985.

esta extensión es la consecuencia de una medida estatal<sup>41</sup>. En el mismo sentido, la sentencia de 17 de noviembre de 1992 en el asunto Reino de España y otros c/ Comisión<sup>42</sup> en la cual el Tribunal, tras reiterar la jurisprudencia establecida en el caso RTT, reconoció la validez de una Directiva de la Comisión afirmando que la concesión de derechos exclusivos a los organismos de telecomunicaciones conducía a éstos últimos a excluir o, por lo menos, a limitar el acceso de los competidores al mercado de los servicios de telecomunicaciones<sup>43</sup>.

También es ilustrativa de esta doctrina –la de la extensión abusiva– la jurisprudencia que había sido establecida en la sentencia recaída en el asunto Höfner. En este caso la posición dominante derivaba de la reserva concedida por el Estado a una oficina pública de empleo. Tras estudiar la operatividad de las condiciones establecidas en el artículo 86.2, el Tribunal considera que un Estado miembro vulnera el artículo 86.1 «cuando crea una situación en que la oficina pública de empleo se ve obligada necesariamente a infringir los términos del artículo 82 del Tratado»<sup>44</sup>. Gráfica de esta idea es la reflexión de MUÑOZ MACHADO según la cual, incluso, en ocasiones, «el reglamento que regula los servicios de interés económico general o el acto administrativo que los configura o delimita pueden ser la señal misma de la existencia de una posición dominante»<sup>45</sup>.

Esta orientación jurisprudencial que estamos comentando –de juicio sobre la existencia de derechos exclusivos– tiene su culminación con la citada sentencia de

---

<sup>41</sup> Citando el tenor literal de la sentencia, «si la extensión abusiva de la posición dominante de la empresa pública o de la empresa a la que el Estado ha concedido derechos especiales o exclusivos es obra de una medida estatal, tal medida constituye una infracción del artículo 90 (nuevo 86) en relación con el artículo 86 del Tratado (nuevo 82)». «(...) Baste con señalar a este respecto que es la extensión del monopolio del establecimiento y la explotación de la red telefónica al mercado de los aparatos telefónicos, sin justificación objetiva, lo que se prohíbe en cuanto tal en el artículo 86 (nuevo 82) o en el apartado 1 del artículo 90 (nuevo 86.1), en relación con el artículo 86 (nuevo 82), cuando dicha extensión es obra de una medida estatal». *Vid.* especialmente los apartados 21 y 24, pp. 1-5980-1-5981. Para un comentario, *vid.* TRIANTAFYLLOU, D., «Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics», *RTDE*, n° 1, janvier-mars, 1996, p. 68.

<sup>42</sup> Asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90, *Rec.*, 1992/9, pp. 1-5833-1-5404.

<sup>43</sup> *Vid.* los apartados 36 y 37, p. 1-5868. En relación a las últimas sentencias que acabamos de citar –la del asunto RTT y la del asunto Reino de España y otros– se ha hablado de la «teoría de la autoridad imparcial» a propósito del cúmulo por el mismo operador de los poderes sobre la red y sobre los aparatos. *Vid.* BUENDÍA SIERRA, J.L., *op. cit.*, p. 54. En la sentencia al asunto RTT, el Tribunal declaró que «los artículos 3 f, 90 y 86 del Tratado CEE (artículos 3 f, 86 y 82 en la nueva numeración) se oponen a que un Estado miembro confiera a la sociedad explotadora de la red pública de telecomunicaciones la facultad de adoptar normas relativas a los aparatos telefónicos y de verificar su cumplimiento por parte de los operadores económicos, cuando compite con éstos en el mercado de los referidos aparatos. *Vid.* el fallo de la sentencia, p. 1-5985. En términos parecidos se expresó en la sentencia Reino de España y otros en la que el Tribunal recordó que «el titular de la competencia en materia de autorización, control y vigilancia de los servicios de telecomunicaciones debe ser una autoridad independiente de los organismos de telecomunicaciones». *Vid.* el apartado 22, p. 1-5865.

<sup>44</sup> *Vid.* el apartado 34 de la sentencia, p. 1-2019.

<sup>45</sup> *Vid.* *Servicio público y mercado. Fundamentos*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1998, p. 208.

17 de diciembre de 1992 relativa a los mercados de servicios de telecomunicaciones<sup>46</sup>, el más claro ejemplo del control sobre la mera existencia de un derecho exclusivo reconocido por un Estado. En sentencias posteriores, el Tribunal ha confirmado esta orientación jurisprudencial consistente en el control de la legitimidad de la existencia del derecho especial o exclusivo<sup>47</sup>.

### **b) Exégesis de la Comisión Europea**

Si por parte del TJCE se fue procediendo a una interpretación estricta, paralelamente, la Comisión europea, a la cual los Tratados le confieren la función básica de velar por el cumplimiento de los Tratados —de ahí su denominación de «guardiana de los Tratados»— fue elaborando durante este periodo que abarcaría la década de los 80 y los primeros años de la de los noventa importantes Decisiones y Directivas *ex art. 86.3*. ¿Qué dispone este precepto?: «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».

*A priori*, el precepto citado no debía plantear mayores problemas. Sin embargo, cuando la Comisión empezó a ejercer las potestades que le confiere tal previsión, se originó una importante polémica nutrida por la oposición de algunos Estados miembros.

La cuestión planteada por los Estados miembros radicaba en saber si la Comisión estaba legitimada para ejercer un poder normativo propio, es decir, no solamente para establecer reglas instrumentales vinculadas a su función de vigilancia, sino también para imponer obligaciones nuevas a los Estados sin intervención del Consejo, a diferencia de otros procedimientos del Tratado, ni tampoco delegación expresa y específica de este órgano de naturaleza intergubernamental. Bien, para no alargar la exposición sobre el poder normativo de enorme importancia que el Tratado confiere a la Comisión Europea, solamente señalaré que el TJCE se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de esta polémica, casi siempre descartando los argumentos invocados por los Estados.

---

<sup>46</sup> Asunto Reino de España y otros contra Comisión, especialmente los también citados apartados 36 y 37, p. 1-5868.

<sup>47</sup> *Vid.* la sentencia de 17 de julio de 1997 al asunto GT-Link A/S en la que el Tribunal de justicia reitera su jurisprudencia anterior sobre la aplicación del artículo 82 (*ex 86*) leído en combinación con el artículo 86 (*ex 90*) y la interpretación restrictiva del artículo 86.2 (*ex 90.2*) (C-242/95, Rec., 1997), apartados 54-61, pp. 1-131-14. Para un comentario de esta sentencia, nos remitimos a Ibor, L., «Politiques communautaires. Concurrence. Abus de position dominante», *Europe. Editions du Juris-Classeur*, n° 10, 1997, pp. 19-20.

### 3. Las tensiones existentes entre los Estados miembros y las instancias comunitarias

#### a) *Críticas doctrinales a la determinación vía jurisprudencial de la noción: la reivindicada subsidiariedad de las instituciones comunitarias en la determinación de los servicios de interés económico general*

Haciendo un balance de todo lo expuesto y, muy especialmente, de la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 86.2 los posicionamientos de la jurisdicción comunitaria se han encontrado, como no podía ser menos, dada la importancia del tema, en el punto de mira de los debates que en materia de los tradicionales servicios públicos han avivado la construcción europea. Por un lado, y ante la ausencia de una determinación comunitaria de las misiones de interés económico general y dada la relevancia de los casos que en la materia han llegado al TJCE (se trata del mantenimiento de derechos especiales o exclusivos, una excepción a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado), se ha insistido por determinados sectores en el papel que ha de jugar el TJCE en relación al desmantelamiento de los tradicionales monopolios públicos, en la abolición de derechos especiales o exclusivos contrarios al Tratado y, en definitiva, en el establecimiento de las bases para la realización de un auténtico mercado interior, todo ello procediendo a una equitativa aplicación del principio de subsidiariedad<sup>48</sup>.

Frente a este posicionamiento hay que destacar las voces que han criticado duramente las sentencias en las que el Tribunal ha adoptado un claro posicionamiento objetivo o material rechazando la calificación de servicio de interés económico general llevada a cabo a nivel nacional<sup>49</sup>. Un buen número de autores han juzgado estos fallos contrarios al principio de subsidiariedad por suponer un estrecho control en

---

<sup>48</sup> Sin duda, quien se ha encargado de fomentar esta tarea ha sido la Comisión, como hemos visto y veremos, a través de Comunicaciones, Decisiones y Directivas y a través de muy numerosos recursos en los que se ha explicitado esta idea que hemos comentado en el texto. Citaremos a título ilustrativo los recursos resueltos por las sentencias de 23 de octubre de 1997 en materia de suministro eléctrico y de gas (asuntos C-157/94, C-158/94, C-159/94 y C-160/94, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, República Italiana, República Francesa y Reino de España). Según la Comisión, corresponde a la Comunidad –en el caso concreto insiste en el papel del Tribunal– determinar las obligaciones de servicio público. Así, rechazando la aplicación del principio de subsidiariedad en la materia, estima que «tratándose de una excepción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado –la libertad de circulación de mercancías– la noción de servicio de interés económico general y todas las implicaciones que comporta, debe ser objeto de una determinación comunitaria». *Vid.*, el *Rapport d'Audience*, p. 1-24, cit. por LOMBART, P., «La portée...», cit., p. 65. Sobre la política comunitaria de competencia y el principio de subsidiariedad, *vid.* WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, Tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 40-41; CALONGE VELÁZQUEZ, A., *La Unión Europea: guiones para su enseñanza*, Comares, Granada, 2004, pp. 153 y ss.

<sup>49</sup> Recordemos, por ejemplo, las citadas sentencias recaídas en los asuntos Porto di Genova, RTT o Corbeau.

relación a criterios objetivos de apreciación de los Estados sobre lo que puede ser de interés general<sup>50</sup>. En este sentido CHEROT comenta que «estas sentencias comportan quizás formulaciones incompletas o torpes»<sup>51</sup>. Considera este autor que la opción del Tribunal por un control de la naturaleza objetiva de lo que es o debe ser de interés general es una vía sin salida para una jurisdicción. En su opinión, un juez no puede decidir lo que es de interés general sustituyendo a las autoridades políticas con lo que a falta de definición por las instituciones comunitarias o por el Tratado de lo que es de interés general, el Tribunal no puede, al menos en los ámbitos que entran dentro de las competencias de los Estados, más que limitarse a las opciones políticas nacionales, entendiendo que el texto mismo del artículo 86.2 (*ex* 90.2) impone esta interpretación, porque, «si la noción de servicio de interés económico general es una noción de derecho comunitario, esta noción reenvía ella misma a las misiones impartidas por los Estados»<sup>52</sup>.

***b) Tema de fondo: la determinación de los servicios de interés económico general, ¿ha de llevarse a cabo a nivel nacional o comunitario?***

***a') Enfrentamiento entre los partidarios de la «tesis nacional» y los de la «tesis comunitaria»***

Tras las consideraciones que acabamos de comentar se encuentra otro tema de debate que es el de si la determinación de los servicios de interés económico general ha de llevarse a cabo a nivel nacional o comunitario. A las dificultades de determinar el alcance y contenido de la noción se añade la dificultad de determinar la autoridad competente para apreciar si una actividad reviste esta naturaleza.

Este tema ha opuesto tradicionalmente a los partidarios de la denominada «tesis nacional» a los de la «tesis comunitaria», posicionamientos éstos<sup>53</sup> que han contribuido notablemente a avivar el intenso debate al que ya nos referimos sobre nuestro objeto de estudio y donde entra en juego el no menos debatido principio de subsidiariedad. Los primeros estiman que solamente las autoridades estatales pueden decidir sobre la existencia de un interés económico general en razón de opciones políticas,

<sup>50</sup> *Vid.*, entre otros, DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *Liberalización...*, cit., pp. 94-95.

<sup>51</sup> *Vid.* «L'article 90, paragraphe 2, du traité CE après...», cit., p. 142.

<sup>52</sup> Como ya comentamos en líneas pasadas, este autor entiende que «una empresa está encargada de una misión de interés general porque está sometida a obligaciones específicas que traducen los objetivos políticos de la puissance publique». *Vid. ibid, loc. cit. Vid. también, KOVAR, R., «Droit...», cit., pp. 236-237.*

<sup>53</sup> A ellos se ha referido, entre otros, O. RAYMUNDIE, in *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, Le Moniteur, Paris, 1995, p. 180.

económicas y sociales nacionales implicadas en tal decisión<sup>54</sup>. Los segundos defienden que una uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario impone una definición común<sup>55</sup>.

De manera progresiva, los defensores de la tesis comunitaria, dentro de cuyos posicionamientos obviamente existen matices, se han ido convirtiendo en la tesis predominante a nivel doctrinal. La mayoría de los autores está de acuerdo en la conveniencia de un enmarcamiento del tema por el Derecho comunitario, aunque sin ir hasta la solución extrema de una sustitución pura y simple de la decisión de los Estados por las instituciones comunitarias<sup>56</sup>. Esta tesis se ha fundado en la propia redacción del artículo 86.2 del Tratado que tiene por objeto posibilitar la excepción a la aplicación de las normas sobre la competencia a determinadas empresas siempre y cuando se supere el denominado test de la proporcionalidad –que estudiaremos más adelante–, en el que se incluye que el interés de la Comunidad no se vea afectado. Desde esta consideración, los defensores de la tesis comunitaria estiman que si bien el interés económico general debe lógicamente apreciarse a nivel nacional, las exigencias relativas al interés de la Comunidad intervienen como un límite que no debe ser transgredido<sup>57</sup>. Así, para WAELBROECK, «el contenido de la noción de interés general puede variar según los Estados», a condición que el Derecho comunitario le asigne «una esfera máxima de extensión»<sup>58</sup>. VAN GEHUCHTEN estima que si bien la calificación de una actividad como servicio de interés económico general corresponde a los Estados –dado que el interés destinado a ser protegido es un interés nacional que puede ser mejor identificado por ellos mismos–, resulta «juicioso en términos de seguridad jurídica que el Tribunal de Justicia pueda ir deduciendo poco a poco los contornos de esta noción a

---

<sup>54</sup> Vid. DRAGO, R., «La notion d'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt général». Rapport au Colloque organisé par la Ligue internationale contre la concurrence déloyale, La concurrence entre entreprises publiques et privées au sein du Marché commun, Bruxelles, mars, 1963, publicado en la *Rivista di Diritto industriale*, n° 1, 1963, pp. 23 y ss. Vid., también, Dewost quien afirma que «los Estados son libres de asignar a las empresas objetivos de interés general que son libres de definir, objetivos que son variables de un Estado a otro vid., «Service...», cit., p. 159; GAZIN, F., «La conception communautaire de l'intérêt général dans le cadre des services publics», Rapport au Colloque Cedece, 17-19 octobre 1996, Services publics et Communauté européenne, *La Documentation française*, Paris, 1997, pp. 53 y ss.; CEROT, J.Y., «L'article 90, paragraphe 2, du traité CE...», cit, pp. 142-143.

<sup>55</sup> Vid. PAPPALARDO, A., «Régime de l'article 90 du Traité CEE: les aspects juridiques», in *L'entreprise publique et la concurrente*, Collège d'Europe, De Tempel, Bruges, 1969, pp. 100-101.

<sup>56</sup> Como ha manifestado VAN MIERT, «il ne me semble pas contestable que la notion de «missions d'intérêt économique général» de l'art. 90.2 est une notion communautaire et non pas un simple renvoi aux différentes conceptions nationales. En tant que notion communautaire, elle doit être applicable partout dans l'Union européenne». Vid. «Les missions...», cit., pp. 279-280.

<sup>57</sup> Vid. KOVAR, R., «Droit...», cit., p. 233.

<sup>58</sup> Vid. *Le droit de la Communauté Économique Européenne*, vol. 4, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1970, p. 90. En el mismo sentido, vid. PASE, A., «Member States, Public Undertakings and Article 90», *European Law Review*, vol. 7, 1982, pp. 29-20.

escala comunitaria, teniendo en cuenta en todo momento que el efecto útil de la disposición hace particularmente difícil toda definición unívoca»<sup>59</sup>.

*b') Posicionamientos de las instituciones comunitarias ante esta cuestión: una actitud de prudencia y respeto ante «les choix de société» nacionales*

Sin desconocer la necesidad de tener en cuenta la situación propia de cada Estado miembro, la Comisión ha reivindicado la competencia comunitaria sobre esta calificación<sup>60</sup>. A título ilustrativo nos referiremos al asunto sobre el monopolio en el sector del gas en Francia a favor de la empresa pública Gaz de France<sup>61</sup> en relación al cual –en concreto, a la misión encomendada por el Poder público a esta empresa– la Comisión defendió –como apuntamos anteriormente– la no aplicación del principio de subsidiariedad considerando que «tratándose de una excepción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado –la libertad de circulación de mercancías– la noción de servicio de interés económico general y todas las implicaciones que ella comporta debe ser objeto de una determinación comunitaria»<sup>62</sup>.

Por su parte, inicialmente al menos, el TJCE hizo prueba de una evidente prudencia sobre el tema que estamos tratando<sup>63</sup>. En la sentencia recaída en el asunto Port de Mertert, de 14 de julio de 1971<sup>64</sup>, refiriéndose a la ordenación y explotación del puerto de Mertert, el Tribunal exigió dos condiciones para la aplicación de la excepción contenida en el artículo 86.2 (*ex* 90.2): el otorgamiento de la misión a través

---

<sup>59</sup> Vid. «La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du Traité CEE», *Interventions publiques et Droit communautaire*, Pedone, Paris, 1988, p. 112 y p. 131. El matiz que habría que añadir a esta consideración es que el Tribunal de Justicia ha de deducir estos contornos no tanto de la noción como de su aplicación para excluir la competencia.

<sup>60</sup> Respuesta a pregunta escrita, n° 1197/81, DOCE C, 43.

<sup>61</sup> Asunto resuelto por la sentencia de 23 de octubre de 1997 (C-159/94).

<sup>62</sup> Vid. el Informe de audiencia, cit., p. 1-24. Planteando la tesis contraria, que ilustra sobre las tesis que defienden la definición nacional de estas misiones de interés económico general, podemos remitirnos a la argumentación de la parte francesa (demandada en el asunto) para la que «la determinación y el alcance de las misiones de interés económico general corresponden, en virtud del principio de subsidiariedad, a los Estados miembros y no podrían más que limitadamente ser definidas a nivel comunitario», consideración a la que, con matices, se añade la conveniencia de que «una base mínima comunitaria sea definida». Vid. el Informe de audiencia, cit., p. 1-27. LOMBART estima que es precisamente esta base mínima que el Derecho comunitario ha conformado –se refiere a la que puede deducirse del tenor literal del Tratado– la que deja a los Estados la posibilidad de completarlo. Vid. «La portée...», cit., pp. 65-66.

<sup>63</sup> Nos remitimos a la sistematización de la jurisprudencia que llevamos a cabo en líneas pasadas cuando hablamos de la evolución de un juicio sobre el ejercicio a un juicio sobre la existencia de los derechos especiales y exclusivos.

<sup>64</sup> Vid. asunto 10/71, Rec., 1971/2, pp. 723-731.

de un acto del Poder público y el interés de la actividad encomendada a la empresa para la satisfacción de una necesidad importante de la colectividad<sup>65</sup>. La apreciación de la primera de las condiciones no ha presentado tantos problemas interpretativos como la segunda. Y es que, en relación a ella, el Tribunal de Justicia y, de manera general, las instituciones comunitarias se han enfrentado a opciones de naturaleza política y a intereses cuya determinación ha estado tradicionalmente en manos de los Estados. Durante un no breve espacio de tiempo las instancias comunitarias, especialmente el TJCE y la Comisión, evitaron pronunciarse sobre este punto. Posiblemente la evolución vendrá cuando se pase a juzgar no ya sobre el ejercicio de derechos especiales o exclusivos sino sobre su existencia, cambio a partir del cual comenzarán a explicitarse en la jurisprudencia las notas materiales del concepto de servicio de interés económico general, manifestándose así –fundamentalmente a partir de la tarea del TJCE– la efectiva influencia de la construcción comunitaria en la determinación de estas misiones teniendo en cuenta que con anterioridad –y como algún autor ha apuntado– las instituciones comunitarias habían utilizado más bien «una técnica de exclusión»<sup>66</sup>.

*c') Sobre el papel a jugar por las instituciones comunitarias vía Derecho derivado*

Sin necesidad de mayores comentarios sobre la jurisprudencia comunitaria que, por otra parte y en nuestra opinión, siempre se ha mostrado respetuosa con «les choix de société» de los Estados miembros añadiremos que, si bien es cierto que no se puede residenciar la solución del problema de la inexistencia de definición en sede jurisdiccional, también lo es que el contenido de la noción ha de determinarse –una vez claros los objetivos que se persiguen con la integración europea– a nivel comunitario. Resulta evidente que una cierta armonización de las reglas es necesaria para que la apertura a la competencia se realice en condiciones aceptables para los Estados miembros y los usuarios de los servicios en red<sup>67</sup>. Aceptadas estas premisas, la solución al problema podría estar en la concreción de estas misiones por las autoridades políticas comunitarias a través del Derecho derivado: el Consejo y/o (sobre todo, puesto que el Tratado es explícito) la Comisión vía Directiva *ex* artículo 86.3 del Tratado, participando los Estados en la fase ascendente de la elaboración de los textos. Está claro que los Estados han de tener un margen de apreciación en la definición de determinadas misiones que encomiendan a ciertas empresas, tras lo que se

---

<sup>65</sup> En concreto, el Tribunal señaló: «une entreprise qui, jouissant de certains privilèges pour l'exercice de cette mission dont elle est légalement chargée et entretenant á cet effet des rapports étroits avec les pouvoirs publics, assure le débouché le plus important de l'État intéressé pour le trafic fluvial». *Vid.* el apartado 11 de la sentencia citada, p. 730.

<sup>66</sup> *Vid.* LE MIRE, P., «Note sur l'arrêt République française c/ Commission (19 mars 1991)», *AJDA*, n° 7-8, 1991, pp. 538-545.

<sup>67</sup> *Vid.* CHEROE, J.Y., «L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome...», *cit.*, p. 172.

encuentran «objetivos propios de su política nacional<sup>68</sup>, pero dejar en manos exclusivas de los Estados la determinación de las misiones quedando los órganos comunitarios como meros «vigilantes» supondría limitar de algún modo la construcción comunitaria. Sería limitar la actuación de las instituciones comunitarias a la vertiente negativa o patológica de la integración sin poder –en aras de la realización de un mercado interior– fomentar la realización de las misiones comunitariamente establecidas –vertiente positiva de la integración–. Supondría abrir indiscriminadamente, al menos de momento, la puerta –ya de por sí no cerrada– a los temidos y no erradicados derechos especiales o exclusivos.

#### *d') Recapitulación*

De lo expuesto hasta aquí, se evidencia el conflicto de intereses: a) por un lado el de aquellos sectores partidarios de una apertura de mercados, del levantamiento de monopolios y en definitiva de garantizar la libre competencia posicionamiento claramente defendido por las instituciones comunitarias. Es muy gráfico el posicionamiento de la Comisión en su Decisión de 22 de diciembre de 1992 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 del Tratado CEE y del artículo 65 del Tratado CECA<sup>69</sup>, que «el desarrollo de los intercambios no debe quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad. De otro modo, el cumplimiento de los presupuestos del apartado 2 del artículo 86 se mediría exclusivamente por criterios nacionales, de modo que se dejaría en último extremo al arbitrio de los Estados miembros. En consecuencia, la necesidad de las medidas nacionales debe medirse con criterios comunitarios»<sup>70</sup>; b) y, por otro lado, el de los Estados –insisto, sobre todo, los de tradición latina y destacadamente Francia– para los que había que defender a ultranza el tradicional modelo de servicio público en cuanto sólo este modelo y su consustancial régimen podía garantizar que la prestación de dichos servicios se llevara a cabo en condiciones de universalidad o generalidad, continuidad, igualdad y no discriminación y conforme a unos parámetros mínimos de calidad y adaptación tecnológica.

¿Y cuáles son los argumentos de fondo de estos últimos? Pues básicamente que el sometimiento de estos servicios a estrictas reglas de la competencia no garantizaría en modo alguno que la prestación de estos servicios se llevara a cabo conforme a los ppios a los que tradicionalmente se ha vinculado el servicio público: las famosas lois de Rolland (continuidad, mutabilidad e igualdad), así llamadas en honor al juris-

---

<sup>68</sup> Vid. el apartado 56 de la sentencia de 23 de octubre de 1997 (asunto Comisión contra República francesa, C-159/94), p. 1-12.

<sup>69</sup> (IV/33.151– «Jahrundertvertrag»), (IV/33.997–VIK-GVSt), DOCE L 50/14, de 2 marzo 1993, pp. 14-26.

<sup>70</sup> Vid. el apartado 29, p. 22.

ta francés que procedió a su sistematización<sup>71</sup>. ¿Por qué no se garantiza dicha prestación conforme a esos principios? Porque la aplicación estricta de las normas sobre la competencia pondría en peligro la viabilidad económica de la empresa gestora del servicio de interés económico general. Es decir, se argumenta que la viabilidad financiera de los monopolios públicos vinculados a servicios de interés económico general puede ser solamente asegurada si legal o fácticamente tienen la posibilidad de impedir a los competidores privados que vulneren o alteren su capacidad de utilizar las actividades rentables para subvencionar cruzadamente las actividades con pérdidas que han de llevar a cabo para hacer efectivos los principios que rigen la prestación de estos servicios (generalidad, continuidad, carácter asequible de los precios, etc.). Concretamente, las tradicionales argumentaciones en defensa de esta situación han sido que si se permitiera a los competidores privados dirigirse a los sectores de actividad rentables sin asumir ninguna obligación de servicio público, se produciría lo que se denomina un «descremado» u «operación de descreme» («*cream skimming*», «*écrémage*») de los beneficios de la empresa gestora del servicio de interés económico general en cuestión y su viabilidad económica quedaría puesta en peligro.

Por poner un ejemplo: en caso de liberalización de mercados, por ejemplo en el ámbito aéreo o en el del suministro de gas, de agua o de electricidad o en el servicio postal, las empresas focalizarían su actividad en aquellos ámbitos geográficos rentables (pensemos en interconexiones aéreas entre importantes núcleos de población, o en el suministro eléctrico a grandes aglomeraciones urbanas o polos industriales). ¿qué empresa asumiría el suministro eléctrico a zonas más despobladas (por ejemplo, rurales) o más desfavorecidas?; ¿que empresa asumiría los intercambios aéreos o marítimos con zonas insulares de baja población? Según determinados Estados, sólo un empresa encargada de gestionar el conjunto del servicio podría financiar con los beneficios obtenidos por las actividades rentables las no rentables y asegurar así que el servicio pueda llegar a todas las zonas del territorio y favorecer el desarrollo socioeconómico e industrial del conjunto del territorio.

### III. PRINCIPALES RETOS Y ORIENTACIONES DE LA CONSTRUCCIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Éstos eran y son los retos a los que se han enfrentado las instituciones comunitarias, retos de fondo y de forma. De fondo en el sentido de cómo armonizar la aplicación de las normas sobre la competencia, la apertura de mercados, las medidas destinadas a conseguir un mercado interior con la garantía en la prestación de una serie de servicios esenciales para todos los ciudadanos. De forma en el sentido de cómo

<sup>71</sup> Vid. *Précis de droit administratif*, 10<sup>a</sup> éd., Dalloz, Paris, 1951, p. 23.

arreglar esa tensión de intereses con el máximo consenso político (es decir, que no pareciera una imposición comunitaria). Y hablo del máximo consenso porque la forma jurídica seguida hasta el momento no había sido probablemente la más acertada –lo han evidenciado las reacciones políticas y doctrinales–. ¿Por qué?, pues, como venimos diciendo, porque se venía llevando a cabo por el TJCE (se llegó a hablar del temido «gobierno de los jueces», carentes de legitimidad democrática), y por la Comisión Europea, cuyo poder normativo –como ya expuse– ha venido siendo muy discutido.

¿Cuáles han sido los efectos de esta problemática? Bien, si la tesis fue la aplicación estricta de las normas sobre la competencia, la antítesis la reacción frente a ella en defensa nacional de un régimen excepcional de estos servicios, la síntesis –muy sintéticamente expuesta– ha sido la siguiente: a) por parte del TJCE: se ha flexibilizado la interpretación del art. 86.2 hasta el punto de que algunos autores han hablado de la elaboración a nivel jurisprudencial de «una especie de guía del servicio público» o del reconocimiento de los principios del servicio público «a la francesa»; b) por parte de la Comisión Europea: ante la presión política que han ido ejerciendo sobre la ella, no sólo los Estados miembros, sino también el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo, la Comisión se ha mostrado cada vez más reticente a la hora de utilizar las potestades que le confiere el art. 86 que hemos analizando.

El resultado de esta tendencia es que la regulación de los servicios económicos en red se está llevando a cabo esencialmente a través de las llamadas Directivas de armonización legislativa previstas por el art. 95 TCE cuya peculiaridad es –y simplifico ahora la exposición– que se elaboran bajo la responsabilidad y en nombre del Consejo y en las que participa el Parlamento Europeo<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Claros ejemplos de esta opción normativa son muy importantes Directivas como la 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, la Directiva 97/67/CE, del Parlamento y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio o la Directiva 98/30/CE, del Parlamento y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. En el ámbito de las telecomunicaciones, *vid.* la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas o la Directiva 2002/117/CE de la Comisión, de 16 de septiembre relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas o, sin ánimo de exhaustividad, Directiva 91/440/CE del Consejo, de 29 de julio de 1991, relativa al desarrollo de los ferrocarriles comunitarios DOCE L 237, de 24 de agosto de 1991, Directiva completada por dos Directivas de 19 de junio de 1995 (95/18 y 95/19, DOCE L 143, de 27 de junio de 1995, pp. 70 y ss.) relativas respectivamente a la concesión de licencias a las empresas ferroviarias y a la adjudicación de las capacidades de infraestructura ferroviaria y a la fijación de los correspondientes cánones de utilización de aquélla. *Vid.* LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., «El nuevo régimen del transporte ferroviario internacional. El Protocolo de Vilnius de 1999», *Derecho de los Negocios*, n.º 148, 2003, pp. 1-11.

## 1. Valoración general

¿Cuál es el balance que puede hacerse de lo hasta aquí expuesto? Bien, actualmente nos encontramos con un régimen mucho más consensuado desde el punto de vista formal, es decir, del método de su adopción (participan las instituciones comunitarias más importantes, es decir, los Estados participan directamente a través del Consejo de Ministros; participa el Parlamento Europeo, la Comisión e incluso otras instituciones u organismos como el Comité económico y social y el Comité de las Regiones), pero que sigue siendo un régimen extraordinariamente controvertido desde un punto de vista material u objetivo (ya no formal): a) para algunos sectores doctrinales, económicos y políticos hay que seguir avanzando en la realización de ese gran mercado interior y, en definitiva, liberalizando sectores y abriendo mercados, factores ineludibles para el desarrollo económico y social de los distintos Estados que integran la UE; b) para otros sectores se está avanzando demasiado deprisa, haciendo primar criterios de competencia por encima de la garantía efectiva de estos servicios a todos los ciudadanos.

En definitiva, aquí está la clave del régimen actual de estos servicios: radica en alcanzar el equilibrio correcto entre ambas cosas, cuestión muy compleja si tenemos en cuenta, no ya sólo los factores técnicos y económicos de cada servicio sino también las distintas tradiciones jurídicas de los Estados implicados y las importantes diferencias de régimen de estos servicios de un Estado a otro. En resumen, estamos en Europa ante un régimen situado –con mayor o menor intensidad según los sectores y Estados– en un periodo de transición entre el tradicional modelo de servicio público (caracterizado por la gestión de una actividad en régimen de monopolio por parte de una empresa normalmente de titularidad pública) y un modelo, o más bien, unos modelos caracterizados por un mayor o menor grado de la iniciativa privada y la competencia<sup>73</sup>.

Sin entrar en el sector de las telecomunicaciones que es sin duda el más liberalizado y donde los modelos regulatorios son más similares, el caso del sector eléctrico es, sin duda, uno de los servicios donde la uniformidad de régimen está todavía muy lejos de ser efectiva<sup>74</sup>. Simplificando por razones materiales la exposición nos encontramos con sistemas muy liberalizados como el británico y Estados (y el paradigma es Francia) donde levantar el monopolio público de la potente empresa EDF está costando verdaderos «quebraderos de cabeza» a la Comisión Europea.

<sup>73</sup> Como ya señaló el Profesor CASSESE y su reflexión sigue de viva actualidad máxime si la vinculamos a un contexto geopolítico más amplio que la UE, «la fase actual es una fase de transición, en la cual no están plenamente establecidos ni los elementos del antiguo ni los del nuevo régimen». Vid. «L'expérience italienne», *Le service public. Unité et diversité, spécial AJDA*, juin, 1997, p. 143.

<sup>74</sup> Vid., entre otros, GUERARD, V.; TREVISANI, V., *Le ouverture á la concurrence du marché français de l'électricité: une révolution en marche*, *RDAI/IBLJ*, n° 2, 2003, pp. 123 y ss; LONG, M., «La libéralisation du gaz: commentaire de la loi du 3 janvier 2003», *DAEJ*, n° 2, 2003, pp. 6 y ss; FABRA UTRAY, J. *¿liberalización o regulación?. Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 177 yss.

## 2. Conclusión

En resumen he tratado, más allá de comentar los textos normativos aplicables a estos servicios de una manera descriptiva, de exponer la compleja problemática que rodea en Europa al régimen de los tradicionales servicios públicos. Son muchos y de gran relevancia los temas de este régimen que para no alargar la exposición no he tratado y que darían lugar a otras tantas conferencias; por ejemplo, resulta evidente la compleja problemática medioambiental de estos servicios (no hay más que pensar en los sectores energéticos y los problemas que representa su instalación y explotación); en el mismo sentido siempre hay que tomar en consideración sus repercusiones sobre la ordenación del territorio y el urbanismo; por otra parte, existe un importante problema que es el de su financiación (el déficit público de distintos Estados está planteando la necesidad de acudir a formas de financiación privada); también se evidencia, desde un punto de vista técnico, la difícil apertura de mercados en partes de actividad de estos servicios tradicionalmente consideradas como monopolio natural: es el caso, por ejemplo, del transporte de electricidad en alta tensión o determinadas fases del transporte ferroviario. Tema que ha planteado el derecho de acceso de los distintos operadores en el mercado liberalizado a la red (*droit d'accès aux réseaux* o *Third Party Acces*) y, sin ánimo de exhaustividad, no podemos por menos que mencionar otro tema muy complejo y debatido: el tema de la creación de comisiones o agencias independientes encargadas de la gestión de estos servicios.

En resumen, más allá de problemáticas concretas, lo que conviene subrayar es que de la normativa que hemos analizado, se desprenden los principios y caracteres de actividades destinadas a satisfacer necesidades fundamentales de los ciudadanos. A esos principios a los que responde la categoría comunitaria de servicio de interés económico general también de manera reiterada se ha referido el Tribunal de Justicia y la Comisión vía Decisión. En base al carácter de estos servicios, se alude en los Reglamentos y Directivas citados a la posibilidad de imponer a las empresas gestoras obligaciones de servicio esencial (categoría clave del nuevo sistema regulador de estos servicios<sup>75</sup>) referidas a la seguridad de abastecimiento, la regularidad, la calidad y al precio de los suministros, se plantea la necesidad de una oferta de servicios de calidad determinada de forma permanente en todos los puntos del territorio a precios asequibles a todos los usuarios, o, se hace referencia de manera reiterada en las distintas Directivas que regulan nuestro objeto de análisis a servicios mínimos de calidad especificada accesibles a todos los usuarios independientemente de su ubicación geográfica y, a la luz de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible.

---

<sup>75</sup> Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, M<sup>a</sup> Y., *Estatuto...*, pp. 499 y ss. y, para un estudio específico de esta relevante noción, *vid.* mi estudio «Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red», *RAP*, enero-abril, n<sup>o</sup> 163, 2004, pp. 127 y ss.