

**COHESIÓN SOCIAL Y
LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

VNIVERSITAT (U) VALÈNCIA (U) Facultat de Dret

Trabajo de Investigación presentado por:
Andrés Boix Palop

Director:
Prof. Dr. José María Baño León

Trabajo de Investigación: *Cohesión social y liberalización de servicios públicos*

Autor: Andrés Boix Palop

Acto de lectura realizado en la Facultat de Dret de la Universitat de València-Estudi General el 20 de junio de 2.001

Tribunal: Prof. Dr. José María Baño León (Presidente)
Prof. Dr. Juan Climent Barberá
Prof. Dr. Juan Francisco Mestre Delgado

El presente Trabajo de Investigación corresponde al módulo 26075 (Trabajo de Investigación III) del Programa de Doctorado 648 – 45 D (Derecho Administrativo), realizado en el Departament de Dret Administratiu i Processal de la Universitat de València-Estudi General, y ha sido realizado a lo largo del Curso Académico 2000-2001, dirigido por el Profesor Doctor José María Baño León.

Valencia, 1 de junio de 2.001.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. La intervención del Estado en la economía a través de los servicios públicos

A. Origen histórico

B. Justificación de la intervención pública

a) *La trascendencia social de ciertas actividades*

b) *La incapacidad del mercado para garantizar adecuadamente la gestión del servicio*

C. Mercados de servicios públicos industriales y comerciales y las causas de su reserva al sector público

a) *La posible heterogeneidad de la intervención pública*

b) *Condicionamientos económicos que configuran el servicio público: monopolio natural y servicios prestados en red*

c) *Razones de la publicación y sus consecuencias jurídicas en el régimen del servicio*

d) *Recapitulación*

D. El servicio público en España

a) *La reserva al sector público en la Constitución española de 1978*

b) *El fin de una tendencia*

2. El proceso de liberalización

A. Las críticas a las reservas al sector público

a) *Deslegitimación y desmitificación de la intervención pública*

b) *Críticas a la idea económica de monopolio natural*

c) *Ineficacia económica y en términos de persecución del interés general de la gestión pública*

B. Los efectos perseguidos con la liberalización

C. Liberalización, privatización y desregulación

D. La liberalización en España

III. COHESIÓN SOCIAL Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. La búsqueda de eficiencia incentivando la libre competencia

A. Justificación de las políticas que pretenden mejorar la eficacia económica de los mercados de servicios públicos a través de políticas liberalizadoras y de introducción de competencia

B. Actuación administrativa en materia de libre competencia

2. Liberalización y fallos de mercado que demandan una intervención pública más allá de las políticas de defensa de la competencia

A. La experiencia británica en la liberalización de sus mercados energéticos

B. La liberalización del sector eléctrico en California

3. La cohesión social

A. Existencia de desequilibrios territoriales y sociales en España y Europa

B. Inversión pública en materia de infraestructuras

a) *Relevancia de las infraestructuras y de los servicios estructurales en la nivelación de las desigualdades*

b) *La nivelación de diferencias a través del servicio público*

C. Diferencias entre el sector público y el sector privado a la hora de orientar inversiones

D. La garantía jurídica de la cohesión social

a) *Fundamentación de la garantía*

b) *La subsistencia de la garantía en los mercados de servicios liberalizados*

c) *El Derecho comunitario*

d) *Contenido de la obligación constitucional*

e) *Las autorizaciones como instrumento de control en los mercados liberalizados*

IV. LA ARMONIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS DE COHESIÓN SOCIAL CON LOS PROCESOS LIBERALIZADORES

1. Consideraciones previas

A. Modelos de regulación pública de la actividad económica privada

B. Mecanismos jurídicos garantizadores de la cohesión social

C. Financiación de las medidas en materia de cohesión

- a) *La provisión de un fondo extra-presupuestario*
- b) *La financiación directa desde el Presupuesto del Estado*

2. Liberalización con empresa pública encargada de la prestación de los servicios asociados a la cohesión: los ejemplos de la liberalización de los servicios postales y de transporte por ferrocarril

- A. Planteamiento general
- B. La liberalización de los servicios postales y el servicio postal universal
- C. La preservación del servicio público en la liberalización de los ferrocarriles
 - a) *Características económicas y evolución reciente del sector del transporte por ferrocarril*
 - b) *La liberalización del sector y la cohesión social y territorial*
 - c) *La liberalización en España*

3. Aseguramiento y financiación privada de la cohesión: la liberalización de las telecomunicaciones

- A. El proceso de liberalización en Europa y España
- B. Servicio universal y otras obligaciones de servicio público

4. Financiación pública de la labor privada en materia de cohesión: la electricidad

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Las recientes transformaciones que se han producido en materia de servicios públicos, y en concreto la corriente liberalizadora que afecta a los mismos desde hace unos años, hacen conveniente la reflexión sobre la incidencia social y jurídica de estos cambios. Exigencia tanto más fuerte cuanto que las condiciones en las que se prestan estos servicios revisten una notable importancia económica.

Optar por que sea el Estado o, por el contrario, por que sean empresas privadas las encargadas de asegurar la prestación de los servicios clásicamente considerados como públicos es una elección que, en tanto en ambos casos la calidad y continuidad del servicio quede suficientemente garantizada, no debiera suponer, en principio, consecuencias de gran calado en otros sectores de la actividad económica. No obstante lo cual es evidente que la labor normativa del Estado ha de adaptarse y orientarse de manera distinta a lo que había sido norma habitual en los modelos de gestión estatal a partir del momento en que los cambios asociados al proceso de liberalización de mercados y privatizaciones de empresas públicas operan la sustitución del sistema organizativo de estos sectores de la actividad económica. Desde el momento en que los poderes públicos dejan de ser los responsables directos de la prestación del servicio la regulación en la materia debe dar adecuada respuesta a las exigencias de control del desarrollo de la actividad privada que se espera de ellos. La legislación que ordene estos sectores ha de estar encaminada a garantizar que los umbrales de calidad y las exigencias cuantitativas impuestos como mínimos exigibles a los operadores privados sean respetados. La nueva orientación y las características ínsitas a la regulación de un mercado liberalizado exigen recurrir a mecanismos jurídicos simplemente desconocidos, por innecesarios, con anterioridad. O, al menos, a modelos de regulación que nunca habían sido empleados en materia de servicios públicos.

Más allá de la mera constatación de la imperiosa necesidad de que se instrumente esta nueva función de control por parte de la Administración es preciso el estudio de la forma en la que se habrá de materializar la misma. En este sentido el análisis jurídico de estas transformaciones requiere indagar en la existencia de los presupuestos normativos que habilitan al Estado para imponer todo tipo de condiciones sobre el concreto desarrollo de la actividad de prestación de servicios llevada a cabo por sujetos privados. No podemos olvidar que estos mercados, desde el momento en que se produce la liberalización, no dejan de responder en el fondo al esquema de cualquier actuación de tipo empresarial más o menos habitual, regido por la idea de libertad de empresa. La existencia de mecanismos jurídicos que permiten exigir que la oferta de servicios llevada a cabo por los operadores privados se oriente partiendo de unos mínimos que garanticen la calidad y continuidad de los mismos hace necesario plantear, a su vez, la correlativa existencia de una verdadera obligación estatal de procurar una regulación en este sentido. E, incluso, puede avanzarse la idea de que el Estado queda obligado a dotar de un contenido material indeclinable a esta regulación. La liberalización de mercados de antiguos servicios públicos como el de las telecomunicaciones, la energía o el transporte reduce la capacidad de control de la

Administración sobre la manera en que se van a desarrollar actividades cuya naturaleza las convierte en básicas e infraestructura imprescindible para el desarrollo de otras muchas. No es en consecuencia complicado resaltar la importancia de los nuevos mecanismos jurídicos que permiten si no realizar totalmente esa labor en los términos tradicionales sí al menos encauzar en cierta medida la actividad en estos y otros sectores. Las consecuencias que de una correcta o incorrecta utilización de los mismos se derivarían para el conjunto de la economía son de una importancia evidente.

A analizar esta cuestión va a dedicarse el presente trabajo, y especialmente a estudiar la existencia de ciertas obligaciones estatales que, resueltas tradicionalmente a través de la figura del servicio público, deben encontrar en los mercados liberalizados otras vías jurídicas para garantizar su aseguramiento. Es el caso, especialmente, de los problemas derivados de la cohesión social y territorial, cuya persecución ha estado tradicionalmente, también, en la base de las reservas al sector público. La lógica de mercado, por el contrario, otorga prioridad a consideraciones de distinta naturaleza, ajenas a la búsqueda de soluciones a los mismos y en ocasiones incluso difícilmente acomodables con éstas. Es labor de la legislación en la materia tratar de hacer ambas preocupaciones compatibles.

Las posibles consecuencias negativas que pueden derivarse del proceso de desapehensión pública de ciertos servicios en todo lo referido a la labor estatal de cohesión social y territorial han de ser estudiadas con el fin de comprobar su realidad y alcance. Las exigencias de eficacia económica, lógicamente imperantes entre los actores privados a los que la liberalización abre estos mercados, son en ocasiones incompatibles con el empleo de estos servicios como instrumento para la reducción de las desigualdades. Determinada la existencia y magnitud de este conflicto, y dado que se plantea en un entorno rigurosamente novedoso, creemos interesante el análisis que nos disponemos a acometer, centrado en los posibles remedios que puede y debe garantizar el Derecho a las quiebras en materia de cohesión producto de estos fenómenos. Para ello trataremos de esbozar los modelos teóricos que creemos posibles a partir del análisis de la legislación por medio de la cual se ha producido la liberalización de mercados de servicios tradicionalmente públicos como el servicio postal, las telecomunicaciones o el transporte ferroviario. Modelos que no son sino manifestación de la libertad con la que el legislador puede acometer la tarea de diseñar la intervención estatal en la economía o, en algunos casos, su no intervención. Pero que a su vez se encuentran delimitados por ciertas exigencias de naturaleza constitucional, que vedan otras posibilidades. La trascendencia de fijar los posibles límites de la política de liberalización, y de manera correlativa las obligaciones ineludibles que debe cumplir la

Administración en una materia de la importancia de la cohesión social y territorial no escapa, en efecto, a ningún observador avisado.

II. LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

El papel y las funciones del Estado en las sociedades modernas, como es bien sabido, ha ido evolucionando con el tiempo. Si bien es cierto que algunas materias han formado siempre parte de su dominio reservado, gestionado a través de la Administración, otras muchas han sido preponderantemente aseguradas por el Estado sólo en unos concretos períodos históricos mientras que en otros eran ciudadanos y corporaciones privadas quienes adquirirían un mayor protagonismo respecto de ellas. En lo que se refiere a las primeras, desde que el Estado se configura como tal los poderes públicos han sido en efecto los encargados de proveer toda una serie de funciones que coinciden, tal y como es de esperar, con las típicas prerrogativas de autoridad real asociadas posteriormente a la noción de soberanía (Justicia, Defensa, orden público ...) en torno a las que surge la propia idea de Estado. El ejercicio de las mismas por parte de la Administración no se ha visto apenas cuestionado, y ni siquiera el liberalismo radical de NOZICK¹ contempla un retraimiento tal del poder público que suponga el abandono de estos sectores a la iniciativa privada.

Sin embargo, como se ha apuntado, los Estados han desarrollado históricamente otras muchas funciones. Su actividad ha sido considerablemente más amplia, extendiéndose a sectores más allá del referido núcleo duro vinculado a la soberanía y al orden público. Ciertos servicios, que suelen calificarse de sociales (educación, sanidad, sistemas de seguro público ...), no han sido gestionados tradicionalmente por la Administración pero ésta los asume a partir de un momento histórico, por mucho que en la mayor parte de los países lo haga sin excluir en su totalidad la participación de particulares, del sector privado, en la prestación de los mismos. Estas actividades se configuran en gran parte como asistenciales, especialmente cuando su generalización a toda la población las hace extenderse también a las capas más desfavorecidas de la misma, algo que facilita la entrada del sector público (al

¹ Vide NOZICK, R. *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988. Robert NOZICK, aunque con algo más de mesura, expone las ideas de los ultraliberales estadounidenses sobre la función del Estado. Para él el Estado es legítimo en la medida en que se contenta con asegurar el ejercicio de lo que considera son las libertades naturales que una asociación de individuos debe respetar: la seguridad y la propiedad. Por ello sólo son actividades estatales igualmente legítimas aquellas conectadas con la Justicia, Defensa, Policía...

menos en aquellas prestaciones no rentabilizables económicamente²). Más allá de estos servicios sociales el Estado se ha ocupado también de actividades más estrechamente vinculadas con la actividad económica y carentes de una lógica asistencial tan clara. En efecto, la actuación del Estado en materia económica ha sido constante, por medio de instrumentos tan variados como la planificación, la reserva al sector público de algunas actividades o, simplemente, la mera participación en el mercado de la Administración como un competidor más. Estas últimas actuaciones presentan todas ellas un rasgo común: la intensidad de la intervención pública ha variado dependiendo del momento y el lugar en que nos encontremos. Consecuencia o quizá causa de esta situación es que el concreto encuadramiento ideal de la actividad estatal en estas materias dista de ser una cuestión pacífica.

En lo que se refiere al objeto de nuestro trabajo, la creación por el legislador o por las Administraciones Públicas de servicios públicos de naturaleza económica en régimen de reserva al sector público es un fenómeno que, con mayor o menor intensidad, podemos encontrar en casi cualquier sociedad y momento histórico. Los servicios que llamaremos públicos en materia económica se refieren a actividades esenciales cuya naturaleza industrial, mercantil, no es obstáculo suficiente para impedir que el Estado considere adecuado monopolizarlas en ciertos momentos históricos por razones de diversa índole. Empero, no por ser esta gran variedad un fenómeno común la controversia en torno a cuál debiera ser el tamaño ideal del sector público se ha aclarado excesivamente. La pertinencia de esta peculiar forma de intervenir en la actividad económica ha sido ampliamente discutida y es parte importante de la eterna disputa sobre el tamaño del Estado en la actualidad. Las opiniones al respecto siguen siendo muchas y la dificultad de proporcionar una respuesta al margen de apreciaciones políticas grande.

² Este fenómeno aparece con claridad en el ámbito de la enseñanza obligatoria o la prestación de servicios sanitarios. Se trata de servicios sociales, en los que si bien existen parcelas de la actividad prestacional extraordinariamente rentables también aparecen otras en los que sólo la intervención pública, aunque instrumentada de formas muy diversas, puede alcanzar a garantizar el servicio a ciertas capas de la población. Vide, respectivamente, MUÑOZ MACHADO, S.-GARCÍA DELGADO, J.L.-GONZÁLEZ SEARA, L. (Directores), *Las estructuras del bienestar en España. Derecho, economía y sociedad en España*, Civitas-Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pp. 123-133 y 217-221. Estos servicios han sufrido también recientemente transformaciones en lo referido a su modelo de prestación que van en la misma dirección que los procesos de liberalización de servicios públicos, tratando de primar la gestión privada a través de la fórmula de los cuasi mercados pero en los que la financiación pública no era puesta en cuestión (vide el ejemplo inglés en LE GRAND, J. “La competencia y las fuerzas del mercado en el Estado de Bienestar” en MUÑOZ MACHADO, S. - GARCÍA DELGADO, J.L. - GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 705-716).

Con ser complicado, si no imposible, establecer siquiera sea aproximadamente los límites de la intervención pública en la economía y, en particular, del sector público, sí es evidente que podemos encontrar ciertas líneas indicadoras al menos de cuál ha sido la evolución de la idea predominante sobre el particular. Esto es, aunque no sabemos cuál es el tamaño ideal del Estado sí que tenemos cierta idea sobre cuál ha sido la opinión más o menos generalizada que sobre esta cuestión ha preponderado en diferentes momentos históricos en los distintos Estados, así como el lógico reflejo de la misma en la legislación del momento.

En la actualidad la actividad estatal genera directa o indirectamente en torno al 50% del Producto Interior Bruto de los países de Europa continental³. Sea esta cifra excesiva o, por el contrario, preocupantemente baja, lo que queda fuera de toda duda, a la vista de la evolución reciente, es que las funciones de los Estados en algunos de los sectores de su actividad están reorientándose. Especialmente significativa es la producida en el ámbito de los servicios públicos de carácter industrial o mercantil. Tras años en los que la intervención en la economía a través de éstos era la norma estamos asistiendo a un proceso, que llamaremos de liberalización, que la ha reducido de forma importante. Transformación trascendente, pues el mayor o menor grado de intervención pública en la materia no es un elemento ni social ni económicamente neutro. Antes al contrario, sus consecuencias tienen una gran incidencia en la medida en que implican importantes cambios en torno a la propia organización tanto del Estado y de la sociedad como de las relaciones entre ambos. El papel y la amplitud del sector público en la economía es un relevante elemento que contribuye a definir el modelo de sociedad de cualquier país.

³ Pueden dar una idea de las dimensiones del sector público y de su variación dependiendo del momento histórico y de la tradición del país en cuestión los datos recogidos por ARIÑO ORTIZ, G. / DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. / LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, p. 250. A principios de los años 80 casi todos los países de la Comunidad Económica Europea están, en efecto, situados en torno a ese 50% del P.I.B. España, que contaba con un sector público reducido a mediados del siglo XX y en 1972, a pesar de su considerable aumento, estaba en torno al 25% del P.I.B. se sitúa en 1994 en un 45%. Estas cifras contrastan con las de los propios Estados europeos de hace 50 años, cuyo gasto público estaba en torno al 20% o con las de Estados Unidos, entonces situado apenas en el 12% y en la actualidad por debajo del 35%.

1. La intervención del Estado en la economía a través de los servicios públicos

A. Origen histórico

A lo largo de casi todo el siglo XX, y con especial virulencia a partir del fin de la II Guerra mundial, diversos factores favorecieron la actuación estatal en la economía. Los motivos por los que paulatinamente la intervención pública empieza a desbordar los cauces tradicionales son de muy diverso tipo. En primer lugar económicos, ya que la concentración de los medios de producción que se produce en ese momento histórico obliga en ocasiones al Estado a intervenir, dado que la relevancia económica de algunas de las actividades que se desarrollan desaconseja permitir a la iniciativa privada el acceso a ciertos mercados, mientras en otros casos es la propia lógica económica la causante de la irrupción estatal debido a la estructura de monopolios naturales de algunos mercados y a la magnitud de las inversiones en ocasiones precisas, que vedan el acceso a la iniciativa privada. Pero también sociales, pues este proceso coincide con la aparición de nuevas necesidades que requieren una satisfacción más o menos rápida e igual para todos y el desarrollo de las reivindicaciones que las exigen, coincidente con el surgimiento de clases sociales que reclaman el acceso a ciertos servicios en condiciones de precio e igualdad que prácticamente sólo el Estado puede proporcionar. Y, por supuesto, encontramos también la concurrencia de factores meramente políticos. Las primeras décadas del siglo presencian el progreso de la idea de justicia social, la generalización del acceso de las clases medias a la cultura, y sobre todo el auge de las ideas keynesianas y de las teorías económicas basadas en la estimulación de la demanda, en las que el empleo del gasto público es considerado capital como instrumento de política económica.

La intervención pública en la economía, que se lleva a cabo a través de mecanismos diversos (fiscalidad, medidas de fomento, regulación de la prestación de ciertos servicios o de las características de las mercancías ...) contiene también la regulación legal y administrativa de ciertos sectores de servicios. Ninguno de estos instrumentos es especialmente revolucionario, pero esos años asisten a una verdadera eclosión de su empleo. Similar es el fenómeno en lo que se refiere al concreto modelo de intervención a través de la reserva al sector público de un determinado mercado de bienes o servicios.

Conocido con anterioridad, es a partir de este momento cuando se produce su generalización.

B. Justificación de la intervención pública

El progresivo incremento del control estatal sobre la economía se justifica tradicionalmente en la existencia de fallos del mercado, que aparecen cuando se deja jugar en absoluta libertad a los operadores económicos y que requieren una intervención exógena para ser corregidos. Es decir, la apropiación de ciertos servicios por el Estado tiene como origen la constatación de que ciertos objetivos, de naturaleza habitualmente económica (aunque no necesariamente, ya que pueden considerarse suficientes fines de otro tipo para justificar la intervención) bien no pueden ser conseguidos por medio del mercado en régimen de libre competencia o al menos no pueden serlo en la misma medida que si la colectividad se encarga de ellos. A partir de esta constatación nacen los servicios públicos y la subsiguiente reserva al Estado de ciertos sectores económicos.

Esta idea, que a grandes trazos mantiene su vigencia, coincide con la expresada en su momento por DUGUIT, el gran formulador de la teoría del servicio público, para quien existen una serie de actividades cuya realización deba ser asegurada, regulada y controlada por los gobernantes. La superioridad de la gestión pública se manifiesta cuando nos encontramos ante servicios de los que pueden predicarse, esencialmente, dos características. En primer lugar que su efectiva realización sea indispensable para la misma existencia y desarrollo de la interdependencia social. Y además, en segundo lugar, que la misma sea de una naturaleza tal que sólo puede llevarse a cabo de forma completamente satisfactoria por medio de la intervención estatal⁴. Esta definición clásica contiene los dos elementos que han hecho necesaria tradicionalmente la aparición del sector público en la actividad económica.

a) *La trascendencia social de ciertas actividades*

De una parte la existencia de externalidades al margen de la propia lógica de mercado convierte en especialmente valiosas ciertas actividades. El valor de los servicios

⁴ DUGUIT, L. *Mannuel de Droit Constitutionnel*, 1923, p. 73.

económicos que han sido tradicionalmente objeto de publicación no es únicamente el producto de su prestación en sentido estricto sino que va más allá del de ésta. Su carácter indispensable para la propia existencia social, así como el de las condiciones en que se preste, introducen un elemento adicional a la hora de evaluar tan peculiar servicio, pues estas consideraciones, posiblemente ignoradas por el mercado, no pueden serlo, so pena de graves quebrantos, por la colectividad debido a su especial influencia en las condiciones de vida de la población y en la propia organización de la convivencia. Esta primera apreciación es la consecuencia de un concreto modo de concebir la solidaridad y el vínculo social, que para DUGUIT son elementos constitutivos de la sociedad (a la manera de DURKHEIM) y que deben en consecuencia ser tenidos en cuenta por el Derecho.

Tal y como señala ADAMS⁵ parece obvio que esta última cuestión requiere al menos de una acotación previa de la noción de interés público en la materia y de las consecuencias que resultan de la apreciación de su existencia. A fin de cuentas ya ponía de manifiesto LECLERQ los imprecisos márgenes de la cuestión, expresando sus dudas sobre el particular de forma muy clara: “¿acaso no concurren todas las actividades privadas, en mayor o menor medida a la realización de fines de interés general?, ¿acaso no es posible considerar que el carnicero que contribuye al aprovisionamiento de la población en materia de víveres cumple una misión de interés general, de servicio público?”⁶. Para apreciar la existencia de un interés público suelen considerarse suficientes tanto la mera obtención de una mayor eficacia económica como la consecución de funciones de bienestar social bien sea desde la óptica de los ciudadanos bien desde la de una mayor utilidad estatal. La calificación previa de “servicio o recurso *esencial*” debe ser realizada en la actualidad en España por el legislador, que cuenta para ello con un notable grado de libertad. El Tribunal Constitucional es competente en todo caso para realizar una apreciación *ex post* de la pertinencia de esta declaración, aunque evidentemente su labor de controlador negativo le limita a reformar únicamente una declaración excesiva en casos de arbitrariedad manifiesta⁷.

⁵ ADAMS, W. J. “La justification économique du service public” en CHEVALIER, J.M./EKELAND, I./FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, P.U.F., Paris, 1999, p. 179.

⁶ LECLERQ, C. “La mission de service public” en *Recueil Dalloz Sirey*, 3er cuaderno, 1966, p. 11.

⁷ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 26/1981, 51/1986, 53/1986, 8/1992) permite a DE LA SERNA BILBAO, M^a NIEVES, *La Privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 48 diferenciar dos conceptos de servicios esenciales. Una perspectiva amplia atendería al carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales. Por otra parte una perspectiva estricta otorga únicamente a un servicio carácter esencial cuando, además, los bienes e intereses satisfechos también lo son. Ciertos servicios han sido asimismo calificados por el Tribunal Constitucional como esenciales en la medida en que a través de ellos se satisfagan derechos protegidos por nuestro ordenamiento (STC 51/1986, transporte aéreo) o atendiendo a los intereses a los que sirven (STC 53/1986, Metro de Madrid). Esta jurisprudencia pone claramente de manifiesto la libertad del legislador a la hora de

b) *La incapacidad del mercado para garantizar adecuadamente la gestión del servicio*

Además, la lógica económica de una determinada actuación pública que restrinja el libre ejercicio de libertades como las de industria o comercio (empresa) o que incluso llegue a excluir cualquier participación en un sector de los particulares requiere de un elemento justificativo adicional. El segundo criterio básico enunciado por DUGUIT es la constatación del fracaso del mercado a la hora de gestionar estos importantes sectores en los que entra en juego la interdependencia social.

Los factores que se tienen en cuenta para justificar la existencia de la intervención en un determinado mercado de servicios debido a la imposibilidad que de ellos se deduce en cuanto a la eficacia gestora del libre juego de la competencia entre empresas privadas son muy variados. Se trata de una constatación más fáctica que jurídica y en ocasiones difícil de aprehender. Se han considerado suficientes como para habilitar la reserva al sector público consideraciones de hecho de naturaleza muy diversa: en ocasiones se alude al contenido altamente técnico de las prestaciones (que las haría difícilmente asumibles por empresas privadas), en otras la mera estructura económica del sector es un factor determinante, a veces el carácter básico y la importancia social de la actividad son igualmente tenidos en cuenta a estos efectos, así como la relevancia política e incluso las implicaciones militares de la actividad en cuestión son elementos asimismo esgrimidos en ocasiones como razón de la incapacidad privada para atender correctamente a los objetivos perseguidos.

C. Mercados de servicios públicos industriales y comerciales y las causas de su reserva al sector público

Sentada la existencia de un interés público y constatada igualmente la aparición de los mencionados fallos del mercado la intervención pública es posible. De hecho no sólo se ha entendido así sino que, en la práctica, ha sido tradicionalmente abundante.

a) *La posible heterogeneidad de la intervención pública*

calificar un servicio de esencial o de interés general, en la medida en que el margen de apreciación sobre la pertinencia de la calificación ha sido siempre muy amplio.

La intervención en la economía aunque abre la puerta a las mismas no obliga necesariamente a adoptar medidas restrictivas para el ejercicio de las libertades de empresa o de industria tales como la reserva al sector público o las nacionalizaciones de empresas. Estas concretas formas en que puede manifestarse la intervención son contingentes y así ha sido señalado por el Tribunal Constitucional que ha puesto de relieve cómo, “aunque no es consustancial a la idea de servicio público, tampoco es en absoluto extraña a la misma que el servicio público se preste en régimen de monopolio, o de monopolio por zonas territoriales. El legislador, y con subordinación a él, la Administración disponen, en principio, de libertad para determinar qué actividades deben tener la consideración de servicios públicos y para fijar la forma de gestión de tales servicios, dentro de los límites constitucionales que resultan de los artículos 128.2 y 38 CE”⁸. Queda claro que para el Tribunal Constitucional cada situación puede reclamar una medida concreta y, en sentido inverso, que no todo el abanico de posibles intervenciones públicas será siempre preciso. Si las deficiencias constatadas en unos casos pueden hacer aconsejable la regulación de la actividad por parte del Estado, en otros sectores es posible que las fallas sean más eficazmente corregidas, simplemente, con la intervención del Estado en el mercado como un competidor más pero sin hacer uso de prerrogativas públicas⁹.

b) *Condicionamientos económicos que configuran un servicio público: monopolio natural y servicios prestados por medio de una red*

A pesar de las ideas expuestas, en la práctica ha sido frecuente en lo que se ha llamado tradicionalmente “servicios públicos económicos” que se haya producido esta monopolización. La explicación de este fenómeno la encontramos en los peculiares fallos de mercado que se predicaban de los mismos, y que hicieron considerar aconsejable esta medida. Ciertos servicios, que comparten precisamente el carácter básico antes reseñado y su importancia como elementos de infraestructura para el resto de actividades económicas son considerados en ese momento histórico como *monopolios naturales*. Así pues es el análisis económico y la teoría del monopolio natural la que provoca y justifica en sus

⁸ Auto 83/1996 del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo (Fundamento jurídico 3°).

⁹ Esta tesis de que la intervención pública puede realizarse de formas muy diversas ha sido recientemente sancionada en su versión más amplia por el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 14 de octubre de 1999 sobre la privatización de Telefónica, interpretó el art. 128.2 CE de forma tal que a juicio del Tribunal posibilita una reserva al sector público que incluso prevea una gestión de los servicios a través de entidades privadas sin que la participación accionarial que el Estado pueda tener o dejar de tener en ellas sea un elemento relevante. *Vide ESCOBAR ROCA, G. “El nuevo derecho de las telecomunicaciones, ante el Tribunal Supremo”, en Revista Española de Derecho Administrativo, n° 108, pp. 577-595.*

inicios la reserva al sector público de ciertos sectores, pues la medida se adopta atendiendo especialmente a las características económicas de los mismos.

De acuerdo con la teoría económica clásica la estructura de un sector está determinada tanto por la dimensión óptima de las empresas como por el tamaño del mercado. La dimensión óptima de una empresa depende a su vez de su función de costes. En el caso de las empresas que sólo ofrecen un tipo de producto (tal y como ocurre o al menos ocurría hasta hace unos años en todos los mercados en los que operaban las empresas dedicadas a los servicios que tratamos) el volumen de producción queda íntimamente ligado a las economías de escala. En consecuencia, determinados los costes el número óptimo de empresas que pueden operar en un sector está inevitablemente vinculado, sobre todo, al tamaño del mercado. En aquellos sectores en los que la rentabilidad económica depende en gran medida del aprovechamiento de las economías de escala la demanda debe ser considerable para que la viabilidad económica de varios concurrentes sea posible.

Los servicios públicos que los Estados europeos se reservaron y monopolizaron bien a través de una gestión directa bien a través de la gestión indirecta lo fueron precisamente por operar en unos mercados con la estructura reseñada y en un momento histórico (el del inicio de la prestación del servicio) en el que la demanda era necesariamente reducida. Todos ellos, por tanto, comparten estas características. Todas ellas son además actividades (telecomunicaciones, transporte ferroviario, sector eléctrico, distribución de agua o gas ...) en las que la necesidad de una red (con las características propias en cada caso) condiciona notablemente la prestación del servicio¹⁰. Las empresas públicas resultantes o las empresas privadas encargadas de la gestión indirecta del servicio público presentaban todas las características económicas típicas de la prestación de servicios a través de sistemas de transporte y logística complejos que requieren de interconexión bien sea para personas, productos o información. Esta estructura de red es un elemento añadido que dificulta la existencia de más de una empresa en el sector¹¹, íntimamente ligada en consecuencia a la ya expuesta idea del *monopolio natural*:

¹⁰ Es preciso señalar que, en cualquier caso, existen servicios que tradicionalmente eran reservados al Estado y operados en régimen de servicio público en el que los factores que llevaron a esa situación eran de otra naturaleza, como es el caso del transporte aéreo. En términos generales, sin embargo, la explicación expuesta se corresponde con los principales motivos económicos que aconsejaban la monopolización.

¹¹ Tal y como apunta WOLF, D. “La réforme des services publics en Allemagne” en CHEVALIER, J.M./EKELAND, I./FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, P.U.F., Paris, 1999, p. 14.

- La ya señalada y esencial capital importancia de las economías de escala: Nos encontramos ante actividades que por sus especiales características obligan a realizar cuantiosas inversiones antes siquiera de comenzar la prestación del servicio. A este factor se unen el período preciso para desplegar una red suficientemente amplia, que es considerable, lo que aumenta el tiempo de retorno de las inversiones, así como la importancia de los costes fijos¹². Todo ello hace que las economías de escala, que aparecen a medida que se alcanza el suficiente tamaño, sean considerables en estos sectores pero que dependan precisamente de la posibilidad de alcanzar un gran tamaño.
- Ventajas de integración: La ampliación de la capacidad de la red exige gastos proporcionalmente menores. Una vez desplegado el corazón de la misma la extensión periférica resulta mucho menos costosa. Además el valor de la red es tanto mayor en cuanto esta extensión se realice contando con una base previa suficientemente desarrollada. Se trata de una característica que es evidente en muchos casos, como es el de las telecomunicaciones, en las que la interconexión de cada vez más usuarios aumenta el valor de la conexión de cada uno de ellos, que ven cómo se van ampliando sus posibilidades comunicativas.
- Disminución de costes proporcional a la distancia: El coste del servicio se reduce proporcionalmente a medida que la distancia recorrida empleando la red es mayor. Incluso en ciertos servicios los costes pueden llegar a ser independientes de la distancia, tal y como ocurre en las telecomunicaciones que emplean satélites, cuyo coste es exactamente el mismo con independencia de la distancia a la que se encuentren los interlocutores.
- Ventajas en la gestión: Posibilidad de compensar la demanda en horas punta (véase el caso de la electricidad) y, en general, de optimizar recursos.

c) Razones de la publicación y sus consecuencias jurídicas en el régimen del servicio

Sin embargo, y al margen de las consideraciones económicas, otros factores desempeñan un importante papel en la reserva al Estado de estas actividades. Porque, en

¹² Muchos de estos costes, además, son “costes hundidos”. Se trata de inversiones que no pueden ser rentabilizadas sino desarrollando precisamente la actividad para la que han sido concebidos, de manera que una hipotética venta de los mismos es imposible excepto a competidores, pues a nadie más sirven.

efecto, de la doctrina del monopolio natural no se deduce la necesaria publicación del desarrollo de la actividad sino únicamente la dificultad de que más de un competidor pueda eficazmente disputar ese mercado. Son otros los motivos que llevan a que se considere que este único operador debe ser público o un concesionario. La asunción de la prestación de estos servicios por el Estado en régimen de servicio público comporta una serie de garantías que son, precisamente, las que se persiguen cuando se encarga la labor a la Administración. Los motivos que justifican la reserva al Estado de estas actividades no dependen pues únicamente de consideraciones de índole económica. Otros factores de naturaleza social, política y estratégica hacen aparecer como más conveniente que sea la colectividad en su conjunto, a través de sus representantes, la que se encargue de gestionar y proveer estos servicios.

Estas consideraciones se manifiestan en las notas tradicionalmente predicadas del servicio público económico en manos del Estado. La gestión del mismo, sea directa o indirecta, debe responder a una serie de condicionantes, que son el reflejo de las exigencias que justifican la intervención estatal. Estas condiciones suelen resumirse en lo que se califica con frecuencia como “leyes del servicio público” y que fueron formuladas inicialmente por ROLLAND¹³. Las especiales características del servicio público son muy interesantes no sólo por sus peculiaridades (la prestación de servicios que no tienen esa naturaleza no se ven afectadas por este régimen particular) sino porque en sí mismas reflejan las garantías que se buscan en la sustracción de estas actividades a la iniciativa privada y los objetivos que se persiguen a su través. El servicio público se caracteriza y a la vez se fundamenta en un régimen de gestión con normas diferentes a las que se aplican a las empresas privadas, régimen que es precisamente el que garantiza su especificidad (CHEVALIER)¹⁴.

- *Continuidad del servicio público.* En primer lugar, la gestión de servicios públicos reposa sobre la idea de su necesaria continuidad. Al tratarse de actividades que suponen el soporte básico para ciertos aspectos de la vida social o para la realización de otras actividades económicas, al existir lo que se ha denominado en términos clásicos una “necesidad social imperiosa”, la labor de los poderes públicos no debe limitarse a su mera provisión sino que debe garantizar la misma de una manera continua. Es evidente que esta exigencia, que no encontramos en el desarrollo de cualquier actividad industrial o comercial

¹³ Enunciadas en ROLLAND, L. *Précis de Droit administratif*, Dalloz, edición de 1943.

¹⁴ CHEVALIER, J. *Le service public*, 4ème édition P.U.F., Paris, 1997, p. 67.

normal, condiciona notablemente la organización del servicio y la programación de la propia evolución de las condiciones en que ésta va a desarrollarse.

- *Principio de mutabilidad.* Este principio, por su parte, obliga a que los servicios públicos se adapten a la evolución tecnológica, social y económica. De esta forma se garantiza que la prestación de servicios de una importancia como la señalada no quedan obsoletos o inadaptados ante cualquier transformación social. Esta necesidad de constante renovación, de nuevo, no es necesariamente evidente desde la óptica estrictamente económica a la que deben responder los operadores privados a la hora de desarrollar sus actividades. La calidad y cantidad de los servicios públicos prestados debe ser adecuada en cualquier momento a la situación real de la sociedad.

- *Igualdad.* Por último, el servicio público debe prestar una especial atención al principio de *igualdad*. A diferencia de lo que ocurre en la empresa privada la Administración ha de velar porque sus actividades económicas persigan no sólo el más escrupuloso respeto al principio de no discriminación sino que se conviertan en un elemento de consecución y mejora de la igualdad material. A fin de cuentas el principio de igualdad en lo que se refiere a la gestión del servicio público no supone, en la primera de sus manifestaciones, sino una concreción de lo que es un principio general del ordenamiento jurídico y de un mandato jurídico de orden constitucional que la Administración no puede sino respetar cuidadosamente: la interdicción de cualquier tipo de discriminación establecida por el artículo 14 de la Constitución. Su importancia particular no es sin embargo por ello menor y se manifiesta especialmente si tenemos en cuenta que el servicio público es un útil y en ocasiones imprescindible instrumento en materia de cohesión social y territorial. Se trata, según expone CHEVALIER de un “agente de redistribución, que debe contribuir a reducir la amplitud de las desigualdades sociales: tiene por función poner un cierto número de bienes (sociales, culturales, económicos) al alcance de todos; su acción se dirige principalmente a los más disminuidos, a aquellos que quedan excluidos de los mecanismos de reparto y distribución resultantes del mercado”¹⁵.

Es en torno a estas consideraciones donde se pone de manifiesto que no son sólo los motivos económicos explicados los que llevaron a la mayor parte de los Estados europeos a

¹⁵ *Ibid.* p. 68.

monopolizar toda una serie de servicios. Los servicios públicos han sido empleados por los Estados como poderosos instrumentos de cohesión social en la medida en que a través de la gestión pública se puede garantizar que ciertos servicios cuyo carácter básico no reviste dudas lleguen a todas las capas de la población y a todas las regiones. Esta característica es particularmente visible en los servicios públicos económicos cuya prestación se realiza por medio de redes. Desde el momento en que son los poderes públicos los que gestionan las redes de ferrocarriles, distribución de aguas, electricidad o telecomunicaciones la garantía de que estas sean accesibles a todos depende de la voluntad política de sus gestores, que no están vinculados a exigencias ajenas al Derecho o la política. La falta de presión económica, un dato que cobra gran relevancia si tomamos en consideración que la rentabilidad de las inversiones pueda ser menor si realizan persiguiendo fines de nivelación de las desigualdades, convierte este modelo en especialmente protector de las exigencias de cohesión social.

d) *Recapitulación*

Las características glosadas a lo largo de las últimas páginas son las que han justificado tradicionalmente la reserva al sector público de la prestación de los servicios objeto de nuestro estudio, los servicios públicos llamados habitualmente “económicos”. Todos ellos comparten las notas enunciadas, tanto los aspectos económicos que justificaban su monopolización, como su trascendencia social que hacía lo propio con que fuera el Estado el que se encargara de la misma. La relevancia económica de los sectores a los que se va a aplicar la medida (electricidad, ferrocarriles, transporte, telecomunicaciones ...) no precisa ser resaltada en tanto que se trata de servicios fundamentales para el desarrollo del resto de actividades económicas. La existencia de una adecuada red de telecomunicaciones, de un suministro eléctrico o de aguas eficaz, la posibilidad de contar con medios de transporte rápidos, baratos y eficientes es imprescindible para la actividad de las empresas. Y, en ciertas ocasiones, no sólo nos encontramos ante importantes repercusiones económicas. De la adecuada prestación de ciertos servicios de los reseñados, como es el caso de las telecomunicaciones, depende también el ejercicio de derechos y libertades fundamentales como las libertades de pensamiento, opinión y expresión, así como de otros derechos como el de participación activa en la vida colectiva, el derecho de acceso a la cultura o el derecho de acceso a los beneficios de la ciencia y la tecnología (DE LA CUÉTARA)¹⁶.

¹⁶ En ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, p. 671.

La situación descrita lleva incluso a DUGUIT a considerar que no sólo es que el Estado quede habilitado para prestar el servicio, sino que, en tanto servicio público, está obligado a garantizarlo, por existir una “íntima conexión entre la posesión del poder y la obligación de llevar a cabo ciertas actividades y de prestar ciertos servicios”¹⁷.

D. El servicio público en España

El caso es que, obligados o no, los Estados europeos, a partir de la II Guerra Mundial, intervienen cada vez más en estas actividades. Esta expansión se produce igualmente en España. El proceso, iniciado ya en el siglo XIX, toma un protagonismo mayor en nuestro país tras la Guerra civil, lógicamente con el impulso adicional de las pretensiones autárquicas del régimen. El nacimiento en 1941 del INI se inscribe en este momento histórico y en la lógica de la política industrial de la época. Tras sucesivos repliegues provocados por cuestiones en ocasiones políticas, en otras meramente económicas, y de nuevos impulsos a favor del sector público, la ola de nacionalizaciones más importante se produce en los años 1977-1982, en el contexto de la importante recesión económica provocada por la crisis del petróleo. A principios de los años 90 sectores industriales como el de la energía (Repsol, Endesa, Campsa), el transporte terrestre por ferrocarril (Renfe) o carretera (Enatcar) o las telecomunicaciones (Grupo Telefónica) son controlados por el Estado. Todos ellos, además, están todavía en ese momento o han estado en un pasado reciente reservados al sector público, por mucho que la gestión no haya sido siempre directa (como ocurre con el mercado de telecomunicaciones, encargado a una compañía anónima aunque controlada accionarialmente por el Estado) ni necesariamente haya sido llevada a cabo exclusivamente por el Estado (caso del transporte por carretera).

a) *La reserva al sector público en la Constitución española de 1978*

Jurídicamente la reserva al sector público de ciertos sectores de la actividad económica es perfectamente legítima en España, pues el artículo 128 de la Constitución ofrece tanto la posibilidad de que el Estado actúe en el mercado como un competidor más como la de que ciertos recursos o servicios, con el único límite de que sean considerados esenciales, puedan ser explotados en régimen de monopolio. El primer apartado del precepto mencionado subordina toda la riqueza del país al interés general, lo que supone la

¹⁷ DUGUIT, L. *Les transformations du Droit Public*, MD, Paris, 1999, p. 46.

base conceptual previa, habilitadora de la intervención de la Administración (que es la encargada de procurar la concreta realización de ese “interés general”, tal y como dispone el artículo 103.1 de la Constitución española de 1978¹⁸), que se podrá desarrollar dentro de los límites del apartado segundo.

El artículo 128.2 CE reconoce la iniciativa pública en materia de actividad económica y habilita la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. Pero sobre todo permite, mediante ley, “la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”. Es interesante señalar que incluso en la propia redacción del precepto parece detectarse la misma lógica que la expuesta en las páginas precedentes: aunque no tiene por qué ser así normalmente la monopolización será una primera constatación sobre la cual, caso de considerarse la existencia de un interés general, se procede a la reserva al sector público. Igualmente es preciso resaltar que el artículo 128.2 CE debe necesariamente ponerse en relación con el artículo 38 del propio texto constitucional, que reconoce como derecho fundamental (si bien en la Sección Segunda del Capítulo II del Título I del texto constitucional) la libertad de empresa e instaura en consecuencia un régimen económico de economía de mercado, así como con las disposiciones en la materia de los Tratados Europeos. La evidente restricción que la previsión del artículo 128.2 supone de este derecho¹⁹ sólo es admisible en la medida en que concurra el supuesto habilitante previsto: la existencia de un interés general que lo justifique²⁰.

La interpretación del artículo 128.2 CE ha dado lugar a una conocida polémica sobre los posibles límites que de él se deducirían en lo referente a la amplitud del sector público en España²¹. Esta discusión, probablemente sobredimensionada como queda claro

¹⁸ El artículo 103.1 CE establece que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

¹⁹ Pues la reserva implica la correlativa exclusión del sector privado. *Vide* GÓMEZ-FERRER MORANT, R. “Reserva al sector público de recursos o servicios esenciales” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3803 y ss.

²⁰ MARTÍN RETORTILLO, S. *Derecho Administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 206 y ss.

²¹ El ámbito de la habilitación a la iniciativa pública con base en el artículo 128.2 CE ha sido discutido doctrinalmente. ARIÑO ORTIZ ha sostenido que la iniciativa pública no es que pueda ser poco conveniente en ciertas ocasiones, sino que cuando la iniciativa privada desarrolla su actividad correctamente, sencillamente, está vedada de acuerdo con su interpretación del precepto, que entiende no tanto como un reconocimiento de la actividad pública en la materia sino como de una demarcación de sus límites. *Vide*, por todos, su artículo “La iniciativa pública en la Constitución: delimitación del sector público y control de su expansión” en *RAP* n° 88. Por el contrario otro sector doctrinal ha entendido tradicionalmente que el artículo 128.2 CE no impone un límite material para la intervención del Estado. *Vide*, por todos, MUÑOZ MACHADO, S. / BAÑO LEÓN, J. M.

cuando el propio ARIÑO reconoce que “no discutimos que pueda ser constitucionalmente posible la creación de *cualquier* empresa pública, en cualquier sector y en cualquier momento (entre otras cosas, es imposible en este punto el control del Tribunal Constitucional); lo que discutimos es que ello sea socialmente conveniente, a la vista de la ya larga experiencia que tenemos del funcionamiento de las empresas públicas”²², no debe hacernos perder de vista que, en la práctica, la intervención estatal se ha producido de manera amplia. En este sentido hemos de considerar que la habilitación constitucional cubre perfectamente las reservas al sector público que afectan a los servicios liberalizados objeto de nuestro estudio. Especialmente si tenemos en cuenta que, en el ámbito de las empresas de servicios públicos económicos esenciales de los que estamos hablando, no conocemos que se hayan expresado dudas en cuanto a la suficiencia de la cobertura proporcionada por el artículo 128.2 CE sobre el particular. Correlativamente, tampoco el fenómeno privatizador tiene su origen en una constatación de la falta de adecuación constitucional de las reservas, sino en las dudas sobre su conveniencia. La reserva de servicios al sector público es pues una posibilidad reconocida por la Constitución que excepciona el régimen general del artículo 38 CE²³.

b) *El fin de una tendencia*

Tal y como se ha expuesto, y de manera perfectamente acorde a las disposiciones constitucionales y comunitarias, la prestación de ciertos servicios quedaba en España a cargo del Estado. Los poderes públicos no sólo eran los encargados de garantizarlos sino que también estaban obligados a proveerlos. De acuerdo con este modelo se articula la gestión de todos los servicios públicos de naturaleza económica cuyo carácter esencial y su importancia estructural los convierten en básicos para la vida económica del país. Es el

“Libertad de empresa y unidad de mercado” en *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, pp. 211 y 232; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Reflexiones sobre la empresa pública española”, en *La empresa pública española: Estudios*, IEF, Madrid, 1980, pp. 47 y ss.

²² ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho ... cit.* pp. 362-363.

²³ El Derecho comunitario permite, como es sabido, el régimen de propiedad pública de ciertas empresas a través del reconocimiento en el Tratado de Roma del principio de neutralidad, recogido en su art. 295 (art. 222 en la numeración anterior a la consolidación del texto) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: “El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados miembros”. Cuestión distinta es que el actual art. 86 (antiguo art. 90) vede la posibilidad de que los Estados adopten o mantengan, respecto a estas empresas públicas cuya existencia no se impide, medidas contrarias a las disposiciones comunitarias, especialmente todas las referidas a ayudas públicas susceptibles de afectar al libre juego de la competencia. Nada en el Derecho comunitario se opone en consecuencia a la creación o mantenimiento de empresas públicas. Y el propio art. 86.2 (antiguo 90.2) prevé la posibilidad de ciertas reservas al sector público, con lo que también estas, en las condiciones que veremos (*vide infra* III, 3, D), c)), son posibles.

caso de las telecomunicaciones, en el que la gestión, aunque no ha sido históricamente realizada en España de manera directa sí estaba reservada al Estado. En estos supuestos, y dado que la habilitación a particulares quedaba sujeta a la decisión por parte del mismo de no gestionarlo directa sino indirectamente, se acudía a la figura del contrato de concesión de servicios públicos. A diferencia de lo ocurrido en otros países europeos, en España se opta desde 1924 por este modelo de gestión indirecta, que se encarga en exclusiva a la Compañía Telefónica Nacional de España, a la que sucesivos contratos fueron ligando con el Estado. Encontramos también una reserva al sector público, aunque no haya seguido exactamente el mismo modelo, en el sector del transporte ferroviario o el servicio postal. Estos casos, además de monopolizarse, han sido gestionados directamente por compañías de titularidad estatal, Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) y Correos y Telégrafos de España respectivamente. La única excepción reseñable que podemos encontrar en España en cuanto al régimen jurídico de los servicios económicos básicos es la del sector eléctrico. La producción en el sector ha estado siempre básicamente en manos de empresas privadas y sólo una de las compañías dedicadas a la generación, ENDESA, fue pública en su día (y creada además tras las dificultades financieras que hacen nacionalizar a productores en apuros). La distribución, típica actividad de red, se realizaba en gran parte (red de alta tensión) por medio de UNESA, consorcio integrado por las distintas productoras. Precisamente la red eléctrica de alta tensión es única nacionalización que realiza el Gobierno socialista en 1982, convirtiendo a esta empresa en la actual REDESA (por lo demás hoy también privatizada).

Los motivos que han justificado la reserva al Estado en Europa no han sido nunca suficientes, sin embargo, para que en Estados Unidos se haya considerado preciso recurrir a la figura del servicio público. Por mucho que las características de ciertos mercados fomentaran la monopolización lo que nunca se ha entendido como necesario es la publicación de los mismos, de manera que en esos casos los monopolios “naturales”, aun existiendo, se diferenciaban enormemente de los europeos pues eran gestionados por empresas privadas. A pesar de ser conscientes de que las especiales particularidades de estos servicios hacían precisa una cierta intervención estatal, ésta se ha llevado a cabo por otra vía, la de la ordenación del sector recurriendo a administraciones independientes que lo han intervenido fuertemente, especialmente en lo relativo a las tarifas y al acceso al mercado. Con tratarse, como es evidente, de un modelo menos sujeto al control estatal que el europeo no conviene perder de vista que por medio de las autoridades independientes sectoriales se conserva un gran control sobre las condiciones de prestación del servicio, aunque se haga sin recurrir a la noción de servicio público.

Precisamente este camino es el que ha sido emprendido en Europa, siguiendo la estela liberalizadora iniciada en los propios Estados Unidos, donde se ha producido una importante desregularización para no sólo dejar los sectores en manos privadas, como era tradicional, sino además abrirlos a la competencia. De manera que los planteamientos expuestos, que durante años sirvieron de base ideológica y justificación técnica de la publicación monopolística de ciertas actividades, han perdido gran parte de su atractivo y se han visto sustituidos por aquellos que propugnan modelos menos intervenidos. Al respecto conviene resaltar que el cambio afecta tanto en los reseñados aspectos económicos, como a los más ideológicos o los más vinculados a la propia evaluación de la gestión pública, pasando por la valoración que merece el cumplimiento efectivo de los fines de interés general que se pretendían salvaguardar. Cada una de estas críticas debe estudiarse separadamente.

2. El proceso de liberalización

A. Las críticas a las reservas al sector público

La conjugación de numerosos elementos ha debilitado notablemente los fundamentos tradicionales de la reserva al sector público de ciertos servicios económicos. Si durante los años posteriores a la II Guerra Mundial la tendencia en Europa fue la paulatina ampliación de las facultades estatales en la materia desde hace un par de décadas el proceso ha sido precisamente el contrario. Factores de tipo ideológico han contribuido a relanzar un fenómeno cuyas causas principales son, con todo, múltiples. Los notables cambios tecnológicos y la expansión de los mercados en cuestión, así como otros aspectos de índole económica, no pueden desdeñarse. Cada uno de ellos será, en consecuencia, analizado individualmente. Debe tenerse presente, como primer elemento, que este proceso nace y se enmarca en un ambiente de generalizada desmitificación del sector público.

a) *Deslegitimación y desmitificación de la intervención pública*

Las críticas referidas se sitúan en el seno de un proceso más global de deslegitimación de la gestión pública. El momento histórico en que la misma era considerada paradigma de eficacia, hasta el punto de ser por algunos autores tratada de forma casi mítica, ha finalizado. Durante una época se tuvo a la misma como un modelo organizativo privilegiado que superaba con creces las deficientes estructuras privadas y que precisamente inspiraba la transformación de las mismas. El Estado y la Administración podían beneficiarse de la amplitud y extensión de sus recursos para lograr una gestión de conjunto que aprovechara mejor las sinergias y evitara el despilfarro de los mismos. La propia posición del Estado como gestor, que no se ve compelido a lograr una rentabilidad económica inmediata, era tenida como el ineluctable punto de partida para lograr la orientación más adecuada a largo plazo desde la perspectiva del interés público. En la actualidad sin embargo es mucho más frecuente escuchar la acusación contraria, que achaca a la gestión pública una congénita incapacidad para lograr sus fines con eficacia. La intervención estatal es considerada en estos momentos como realizada por una estructura aquejada de gigantismo en la que la dilución de la responsabilidad y la falta de presión por rentabilizar los medios a su disposición conduce inexorablemente a producir resultados

menos brillantes que los que la gestión privada en el mismo ámbito logra cuando puede actuar u obtendría caso de acceder a los mercados reservados al sector público. Esta deslegitimización de tipo más bien ideológico cuestiona también la propia conveniencia de que ciertos servicios sean gestionados por el Estado desde la perspectiva del trato con el ciudadano. Las pretendidas ventajas que se consideraba derivaban de ella en lo referido a la consideración del ciudadano-usuario deducidas de las obligaciones que como servicio público debía cuidar se transforman, derrumbado el mito, en acusación contra una gestión pública que no sólo es menos eficiente sino que desarrolla un modelo de sujeción inadecuado en sus relaciones con los destinatarios de los servicios Al no ser tratado como cliente sino como “administrado” el ciudadano recibe un trato pésimo, displicente y poco atento en estas empresas, pues no existen alicientes para que su actitud hacia ellos mejore. A todo lo que se añade, además, la insistencia sobre la esencia “liberticida” de la reserva al sector público de ciertas actividades, contrariando el habitual ejercicio de libertades como la de comercio o industria²⁴.

La idea básica es que, dado que la intervención pública está justificada para remediar ciertas deficiencias del mercado y para lograr objetivos concretos, no será conveniente proseguir con ella cuando haya quedado patente que la misma no los logra o cuando el mercado sobre el que actúa se ha transformado de tal manera que, aunque fuera liberalizado, ya no tendrían lugar esas ineficiencias. O cuando, en cualquier caso, y realizando un análisis económico de la situación, los costes de la liberalización producto de las ineficacias que puedan subsistir por los restos de los problemas señalados son menores que los que supone la reserva al sector público.

b) *Críticas a la idea económica de monopolio natural*

Ciertos cambios sociales y tecnológicos han provocado asimismo que la lógica económica monopolística sea puesta en duda. Ello es debido a que ni la función de costes ni la curva de la demanda (factores básicos a la hora de determinar económicamente cuántos

²⁴ En este sentido es clásica la polémica entre DEVOLVÉ y PISIER. DEVOLVÉ, P. “Service public et libertés publiques”, en *Revue de Droit Administratif*, nº 1, 1985, pp. 1-11 considera que el servicio público en sí mismo constituye una amenaza para las libertades públicas por muy paradójico que esto pueda parecer teniendo en cuenta que el origen de la noción se encuentra en el marco de una ideología liberal que desea combatir una idea de Estado basada únicamente en el poder. PISIER, E. . “Service public et libertés publiques”, en *Pouvoirs* nº 36, pp. 143-154 mantiene la posibilidad de conciliar ambos aspectos.

operadores pueden actuar en un sector) son inmutables. Tanto la demanda de servicios puede aumentar permitiendo más partícipes como los costes bajar, provocando el mismo efecto. Y, debido a motivos de diversa índole, eso es lo que ha ocurrido en los últimos años.

Aprovechando tanto la transformación tecnológica en muchos de los sectores de servicios públicos (el caso de las telecomunicaciones es en este sentido paradigmático²⁵) que ha provocado una notable disminución de los costes como el incremento de la demanda de estos servicios, uno de los principales argumentos que han servido a la paulatina desmantelación del sector público tal y como estaba concebido con anterioridad se ha basado principalmente en la convicción de que se ha superado la necesidad de que ciertos mercados, para ser eficaces, deban subsistir monopolizados. La evolución de la demanda, al incrementarse, permite, como explicábamos con anterioridad, que el número de partícipes en el mercado sea mayor, máxime cuando los costes presionan a la baja.

Se pone en cuestión no sólo la reserva al sector público sino también la monopolización. Y de esta manera se rompe un presupuesto lógico de notoria importancia en la cadena argumentativa que justifica las reservas al sector público. No sólo es que la gestión pública pueda entenderse criticable e ineficaz por numerosas razones (que, tal y como veremos, así lo será) sino que ni siquiera se encuentra económicamente justificado que el sector esté monopolizado. Aunque se encontraran argumentos que justificaran la intervención pública por motivos de interés general y la gestión pública no mereciera reproche alguno este análisis económico pretende poner de manifiesto que ni siquiera en ese caso la reserva absoluta al sector público estaría económicamente justificada, ya que la empresa pública encargada de las tareas tendentes a asegurar esos intereses podría coexistir con otras en el mercado.

c) Ineficacia económica y en términos de persecución del interés general de la gestión pública

²⁵ Este aspecto es de una grandísima importancia en mercados como el de las telecomunicaciones, donde las barreras de entrada habrían sido imponentes aunque los mercados hubieran estado liberalizados, pero en los que la explosión de la demanda de este tipo de servicios, unida a la espectacular revolución tecnológica fruto de los avances en compresión y digitalización, así como las posibilidades de la fibra óptica y la reducción de costes en el despliegue de redes, han transformado el mercado. Sin embargo otros servicios tradicionalmente gestionados por el Estado pero también experimentando una incipiente liberalización como es el caso del ferrocarril no podemos considerar que hayan sido objeto ni de grandes avances tecnológicos ni de una explosión de la demanda. En estos casos la liberalización es la respuesta a problemas de naturaleza distinta, vinculados a las peculiares características predicadas de la gestión pública (*vide infra* I, 2 A c)).

El fenómeno liberalizador tiene su origen en la constatación de que además de una serie de fallos del mercado también podemos encontrar deficiencias en la gestión pública de ciertos servicios y en la apreciación de que estas últimas son más graves que los primeros. La existencia de las mismas cuestiona lógicamente la segunda de las tradicionales justificaciones de las reservas al sector público, esto es, la idea de que los servicios públicos están mejor capacitados para gestionar con eficacia ciertos sectores de la actividad económica debido a las especiales características de los mismos. Siguiendo a ARIÑO los problemas más habituales que han dado pie a la puesta en cuestión del modelo son los siguientes²⁶:

a') La necesaria vinculación de este modelo de gestión a ciertos objetivos ajenos a los puramente económicos (es decir justamente el hecho de tomar en consideración los objetivos políticos y sociales, elemento que es precisamente una de sus razones de ser) complica la gestión.

b') La falta de beneficios ha sido frecuente en las empresas públicas europeas, lo que ha provocado en ocasiones un gran endeudamiento y la necesidad de conceder subsidios y ayudas para que las empresas públicas puedan equilibrar sus cuentas y subsistir²⁷.

c') La aportación del sector público, a falta de beneficios, es necesariamente escasa en términos tanto de dividendos como de remuneración del capital público invertido.

d') Utilización de las empresas públicas como instrumento político para fines ajenos a las funciones estrictas de servicio público de la misma. Dentro de los problemas identificados aquí no debe entenderse que se trate únicamente de intervenciones que en tanto "políticas" son inicuas. Al contrario, que estas en ocasiones persigan fines nobles no las excepciona, ya que lo que se pone en cuestión es la pertinencia misma del instrumento. Así los servicios públicos, dada la amplitud e importancia de los mismos, pueden ser poderosos instrumentos de política económica (su política de precios tiene una enorme incidencia en la inflación), de empleo (por su gran

²⁶ Seguimos para realizar la enumeración los aspectos resaltados por ARIÑO ORTIZ, G. en *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, pp. 391 y ss. referidos a la empresa pública, con lo que son perfectamente extrapolables a la gestión pública de los servicios públicos reservados al Estado y por DONGES, J. B. en "Desregulación y dinámica económica" en *La necesaria liberalización de los servicios en España*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, nº3, 1994, p. 15.

²⁷ Esta afirmación, con todo, debe matizarse, pues depende del tipo de servicios prestados. Si bien los problemas apuntados son generales en ciertos servicios públicos, que han debido ser subsidiados tradicionalmente (es el caso de los ferrocarriles o el servicio de correos) en otros, al contrario, los servicios lograban beneficios para el Estado (caso, por ejemplo, de las telecomunicaciones).

capacidad) o de estimulación de la demanda agregada (por su capacidad para realizar fuertes inversiones). La tentación de recurrir a los mismos para lograr efectos en estos sectores es clara, y el uso efectivo de este instrumento para ello considerado perjudicial.

e') La nacionalización no ha operado una apropiación del beneficio para la colectividad sino para la nueva clase de los directores, empleados y trabajadores de las empresas nacionales.

f') Ineficiencia y escasa productividad favorecida por la inexistencia de un entorno competitivo que haga jugar las leyes del mercado e inexistencia de incentivos (la falta de una imperiosa necesidad de obtener beneficios, el hecho de que la perspectiva de la quiebra sea por lo general poco realista y tantas otras características de la empresa pública son escasamente estimuladoras).

g') Carencia de una definición clara de la función de la empresa pública en el mercado.

h') Los bienes y servicios en los ámbitos regulados resultan demasiado caros y no son suficientemente buenos.

i') No se aprovechan las posibilidades potenciales para innovar procedimientos y productos.

j') Se renuncia a algunas posibilidades de crear empresas.

k') Se genera incertidumbre legal con riesgos incalculables para inversores y empresarios.

La inferioridad intrínseca de la gestión pública, además, no es puesta en cuestión únicamente en lo que se refiere a los aspectos económicos de la misma. También se discute la propia eficacia del sector público a la hora de desarrollar las labores derivadas de la gestión de servicio público y, en concreto, la real consecución de sus fines igualadores. Empleando lo que HIRSCHMAN califica de “tesis de la perversidad”²⁸ cierta doctrina denuncia los efectos nocivos sobre estos objetivos que la pretendida labor cohesionadora de los poderes públicos, según su parecer, acaba produciendo. Según estas tesis se termina por llegar a la contradictoria situación de que las desigualdades, lejos de reducirse, se incrementan debido precisamente a la actividad de servicio público. CHEVALIER recoge esta crítica, de MINC, BÉNÉTON o ILLITCH, que considera a la igualdad pretendidamente lograda por los servicios públicos como una mera “igualdad de fachada”: las desigualdades sociales y culturales acaban provocando que las diferencias de uso y frecuentación de los servicios públicos entre diferentes estratos poblacionales sea considerable de manera que la igualdad

²⁸ HIRSCHMAN, A. O. *Retóricas de la intransigencia*, Fondo de Cultura Económica, 1991, México.

no sólo no se reduce sino que se incrementa convirtiéndose el servicio público en instrumento de “contra-redistribución social”²⁹.

El análisis de las deficiencias de la gestión pública en su labor redistributiva ha sido desarrollado desde otra óptica por los economistas de la *Public Choice*. Expone PEACOCK³⁰ la inevitable tendencia de los grupos sociales en tanto que sujetos cuyos actos están orientados por la racionalidad económica a definir sus actividades en busca de la obtención de los mayores beneficios posibles para el grupo. Este comportamiento plantea dificultades insalvables en esta materia pues conduce a la paradójica situación de que en tanto los grupos sociales se comporten de una manera racional la búsqueda de ventajas particulares a través de los servicios públicos hará fracasar la labor de estos últimos. En primer lugar éstos están controlados por políticos y las decisiones sobre su funcionamiento se ven afectadas por la importancia de sus empleados (mucho mayor que en otros sectores). Ambas características abocan necesariamente a provocar una presión para que el gasto público se incremente con independencia de la real necesidad de esta orientación financiera en la medida en que el aumento en sí permite a ambos grupos incrementar su poder. Por otra parte la necesidad de complacer a los mercados electorales que deciden las elecciones en los sistemas democráticos acaba desviando los beneficios sociales de la gestión pública hacia la clase media, dado que se trata de la que usualmente decide los resultados de los comicios. Este es el resultado, al menos, de las consecuencias de las elecciones económicamente racionales en materia de elección pública, según la mencionada escuela. Dado que estos autores creen que es la que de hecho se verificará es lógico que manifiesten reparos hacia los pretendidos beneficios de los servicios públicos desde la perspectiva del interés general habitualmente invocado³¹. En la medida en que la lógica meramente económica es un factor relativamente poco importante en las luchas del mercado político (mercado distinto al económico pero no necesariamente más eficiente) el proceso de decisiones públicas conduce por su propia dinámica a asignaciones de recursos absolutamente contrarias a la misma.

B. Efectos perseguidos con la liberalización

²⁹ *Op. cit.* p. 92.

³⁰ PEACOCK, A. *Elección pública. Una perspectiva histórica*, Alianza, Madrid, 1995, pp. 41-53 y 67-95.

³¹ *Vide* BUCHANAN, J. M. / TOLLISON, R. D. *Theory of Public Choice*, The University of Michigan, 1971 y BUCHANAN, J. M., *Economía y política*, Universitat de Valencia, Valencia, 1988.

En el caso español, como en los países de nuestro entorno, se opta por liberalizar a raíz de la constatación de que la regulación ya no cumplía los objetivos perseguidos. Lejos de remediar fallos asignativos generaba rigideces que frenaban el desarrollo económico debido a unas ineficiencias (problemas financieros, politización, errores de cálculo ...) que en muchos casos se sobreponían y resolvían con políticas de subsidios cruzados. Éstas, aunque eficaces para remediar problemas coyunturales, dificultan una clara percepción de la verdadera eficacia de la gestión pública e impiden un desarrollo completo de los servicios rentables, condenados a subvencionar al resto. La liberalización en España se pone en marcha como consecuencia de la extensión de la idea de que gracias a ella se lograrán efectos beneficiosos para la economía nacional en numerosos ámbitos³²:

- Las principales beneficiadas por estas medidas se persigue que sean las empresas españolas, cuyo tamaño y competitividad deben necesariamente verse favorecidos por el cambio. Al afectar el mismo a sectores con una incidencia directa sobre la estructura de costes de las mismas la liberalización provocará no sólo un abaratamiento de estos servicios sino también un aumento de la renta real de los ciudadanos, que podrán dedicar mayores cantidades al consumo de bienes y servicios.
- La liberalización pretende generar asimismo efectos macroeconómicos favorables pues la experiencia de los países que la han iniciado antes que España parece apuntar en esta línea. La necesidad de que la productividad y el crecimiento económico españoles aumenten por encima de la media de los países de nuestro entorno convierte en especialmente atractivo el efecto incentivador de la inversión que supone la desregulación. Las inversiones necesarias para poner en pie nuevas empresas en los sectores abiertos a la competencia deben necesariamente resultar beneficiosos para la economía y, en consecuencia, el empleo.
- La liberalización es preconizada como mecanismo para lograr una distribución más justa de la renta. Los servicios más baratos permitirán el acceso a los mismos de capas cada vez mayores de la población³³.

³² Seguimos la enumeración realizada en el Estudio Introductorio de la obra *La necesaria liberalización de los servicios en España*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, nº 3, 1994, pp. XLIV-XLVI.

³³ Si bien los argumentos a favor de la liberalización de servicios otrora reservados al Estado o la crítica de la gestión pública de los servicios tratan en ocasiones de cuestionar la efectividad de la acción pública para lograr una verdadera cohesión social a través de los servicios públicos una de las manifestaciones de la cohesión, la territorial, suele ser olvidada. En efecto, no parece que entre los efectos beneficiosos que supone la liberalización esté el incremento de la cohesión territorial, que requiere en buena lógica un esfuerzo por parte de los poderes públicos.

- Por último no debe olvidarse que el proceso de integración económica en el que se halla sumida la economía española compele a los poderes públicos a seguir esta vía. Tanto las exigencias del proceso de constitución de la Unión económica y monetaria en el seno de la Unión Europea como las derivadas del proceso de liberalización de los mercados de bienes y servicios que, bajo el impulso de la Organización Mundial del Comercio, se está produciendo, deben acomodarse con el modelo ordenador nacional.

Con base en estas consideraciones se inicia un proceso que poco a poco va desposeyendo al sector público de las reservas que en numerosos países europeos le beneficiaban. Se trata de una transformación que por otra parte, como es lógico, no se produce únicamente en España. Si comentábamos que uno de los factores más trascendentes para el inicio de este proceso es la actitud de las instituciones comunitarias y especialmente de la Comisión Europea lógicamente el resto de países de la Unión Europea están viviendo, a su vez, transformaciones semejantes. Incluso en los Estados Unidos, donde la noción de servicio público es prácticamente desconocida, este momento histórico ha coincidido con desregulaciones de sus mercados.

C. Liberalización, privatización y desregulación

Es preciso además identificar varios fenómenos de distinta naturaleza que se entrecruzan y complementan a lo largo de este proceso, pero cuya naturaleza es diferente. Junto a lo que vamos a llamar “liberalización”, por ser el rasgo que nos parece más significativo en la medida en que supone un verdadero cambio de naturaleza cualitativa en el marco normativo, encontramos fenómenos cercanos y complementarios como el de las privatizaciones o las desregularizaciones que, a pesar de ser en ocasiones tratados como idénticos, en ningún caso son estrictamente homologables. En cualquier caso los tres fenómenos responden a un movimiento global, ya reseñado, de cuestionamiento general de la amplitud de las funciones del Estado y todos ellos van en efecto en la misma línea: la reducción del peso y capacidad de incidencia en la economía de la Administración Pública.

Como ya hemos reseñado a nuestro juicio el fenómeno más relevante de los tres es el de la *liberalización*. Por liberalización entendemos la transformación del régimen de prestación de ciertos servicios, que pasan de estar reservados al Estado a abrirse a los

particulares. Actividades, en consecuencia, que no eran libres lo devienen y su régimen jurídico deja de estar basado en las previsiones constitucionales del artículo 128.2 CE para regirse por las disposiciones en materia de libertades de empresa, comercio e industria del artículo 38 CE. Al renunciar el Estado a seguir reservándose ciertos servicios se produce una verdadera y trascendente mutación jurídica, en la medida en que todo el régimen de gestión de estos servicios cambia radicalmente de óptica. La clave, apuntada ya por VILLAR PALASÍ al estudiar las características jurídicas de la concesión administrativa (el instrumento propio para la gestión indirecta de los servicios reservados a la Administración) se encuentra en el carácter excluyente y privativo³⁴ inherente al servicio público tradicional, notas que desaparecen con la liberalización. Por supuesto la liberalización no supone que el Estado deje de tener capacidad de regular los sectores económicos objeto de la misma, sino que simplemente lo hará desde otra óptica. Algo que, sin embargo, es de una enorme importancia.

Precisamente esta trascendencia jurídica, el hecho de que la liberalización supone un cambio radical de las “reglas del juego” en la materia es lo que nos hace creer como más apropiado calificar así al proceso en su globalidad. Se logra de esta manera incidir sobre la característica más relevante del mismo: la transformación del régimen jurídico de una actividad, que pasa de estar reservada al Estado a ser libre. Sin embargo es necesario constatar la frecuencia con la que a este mismo fenómeno se le dan nombres distintos, e incluso la habitual confusión del mismo con la privatización o la desregulación, aspectos diferentes aunque formen parte, junto a él, de una determinada evolución económica, política y jurídica³⁵.

Así es posible constatar que en ocasiones se acude a la denominación *privatización* para referirse con carácter general a todo el proceso, en términos globales, de reducción de las potestades de los poderes públicos en la economía, que queda paralelamente en manos de empresas privadas³⁶. Empero nos parece que el término privatización no logra abarcar las diferentes fórmulas por medio de las que se está llevando a cabo este proceso. En última instancia no deja de referirse a una parte muy concreta del mismo, que es equivocado

³⁴ VILLAR PALASÍ, J.L. Voz “concesiones administrativas” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix editor, Barcelona, 1952, p. 697.

³⁵ Vide la exposición que del nuevo marco conceptual realiza MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. “Nuevo sistema conceptual” en ARIÑO ORTIZ, G (Ed.) *Privatización y liberalización de servicios*, UAM-BOE, Madrid, 1999, pp. 135-140.

³⁶ RODRÍGUEZ CHIRILLO, E. J. *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España*, ed. IEE, Madrid, 1993, pp. 18 y ss.

confundir con el todo³⁷. Entendemos por privatización lo que DE LA SERNA llama privatización “material”: la traslación, bien total, bien parcial, al sector privado de actividades empresariales hasta el momento desplegadas por los poderes públicos³⁸.

Igualmente dentro de esta misma tendencia encontramos un tercer fenómeno, el de la *desregulación*, que también es independiente de los demás aunque los complementa. La desregulación (especialmente en Europa, pues en los Estados Unidos ha aparecido como fenómeno no vinculado necesariamente a privatizaciones ya que no era posible privatizar las inexistentes empresas públicas) ha sido acompañada de la privatización de algunas parcelas de la actividad pública³⁹. La desregulación, tal y como señala DE LA SERNA es el conjunto de medidas que tienen por objeto la reducción no sólo del volumen sino también de la importancia de las normas jurídicas en una determinada actividad, de forma que la reglamentación de las mismas sea menor pero que también la actividad de control de las Administraciones públicas se retraiga⁴⁰. Aunque los límites de desregulación y liberalización no coincidan totalmente, desde el momento en que aceptemos una noción cualitativa del concepto “desregulación” debemos entender que cualquier liberalización de servicios públicos puede ser entendida, en sentido amplio, como una desregulación. Sin embargo la liberalización de servicios será en cualquier caso una variedad con suficiente sustantividad propia como para que sea posible hablar de ella como categoría, mientras que, además, puede haber desregulaciones que no supongan liberalizaciones (es el caso, de nuevo, de los Estados Unidos, en los que se ha producido en los últimos años un intenso proceso de desregulación pero sin liberalización). La desregularización, de hecho, puede ocurrir (y es frecuente que así sea) en mercados ya liberalizados (algo que, de nuevo, muestra el proceso estadounidense). Ahora bien, esto no significa que los procesos de desregulación no tengan una gran importancia en relación con las actividades desarrolladas

³⁷ La confusión terminológica se agrava por el uso de este mismo término “privatización” para hacer referencia a un tercer fenómeno totalmente distinto: el empleo del Derecho privado por parte de las Administraciones Públicas para desarrollar ciertas labores, devenido cada vez más frecuente, algo que habitualmente suele denominarse *huida del Derecho administrativo al Derecho privado*. En este sentido, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol I, Civitas, Madrid, 1993, p. 388. La conveniencia de ambas calificaciones es dudosa, pero si bien denominar a estos fenómenos como de huida no plantea problemas a la hora de identificarlos, hacer uso del término “privatización” introduce un factor de confusión adicional, ya que el significante cuenta con otro significado (próximo pero distinto) mucho más usual. Sobre los tres distintos significados con el que podemos toparnos cuando se habla del fenómeno privatizador *vide* también ARIÑO ORTIZ, G. “El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica” en ARIÑO ORTIZ, G (Ed.) *Privatización y liberalización de servicios*, UAM-BOE, Madrid, 1999, p. 27.

³⁸ DE LA SERNA BILBAO, M^a N. *La Privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 66.

³⁹ *Vide* la Introducción de la *Revista del Instituto de Estudios Económicos* n° 1, 1989, p. XIII.

⁴⁰ *Op. cit.* p. 40.

por los poderes públicos en régimen de monopolio, sean estos naturales o legales. De hecho su consecución es uno de los objetivos perseguidos con la liberalización de servicios públicos. DE LA SERNA califica únicamente de liberalización los procesos en los que las actividades serán conjuntamente cumplidas por los poderes públicos y por los sujetos privados bien mediante distribución de la tarea bien en concurrencia mutua⁴¹. Aunque empleáramos este sentido, sin embargo, también podríamos seguir hablando, en lo que se refiere al fenómeno objeto de nuestro estudio, de “liberalización de servicios públicos” ya que las características básicas de los mismos y su importancia social provoca que el retraimiento de los poderes públicos no sea en ningún caso, como veremos, absoluto.

Si tratamos de resumir brevemente el cuadro de posibles relaciones entre los tres procesos en cuestión queda claro la especificidad de cada uno de ellos. Puede haber privatizaciones sin que se produzcan simultáneamente liberalizaciones ni desregularizaciones, pero también una privatización puede coincidir con un proceso de liberalización o con una política desreguladora o con ambos a la vez. Por el contrario cualquier liberalización supone una desregularización si aceptamos el sentido cualitativo, como parece adecuado, de este segundo término. No obstante la afirmación inversa, como ya se ha dicho, no es cierta, y podemos encontrar desregularizaciones que no impliquen una liberalización. Los propios fines primeros de las distintas figuras son diferentes. No debe olvidarse que una privatización lo que pretende es que una empresa ya en el mercado pase a estar dominada por operadores privados, pero, en sí misma, nada más. Por el contrario la desregulación y la liberalización lo que pretenden es, esencialmente, establecer una mayor competencia. De la misma manera que propiedad privada de los bienes de producción y libre competencia están conectadas y se retroalimentan estos fenómenos suelen aparecer conjuntamente. La desregulación persigue también, además, algo que la liberalización por sí misma no puede lograr: acabar con la existencia de agentes económicos reguladores del mercado distintos de los poderes públicos, pues el desarrollo de actividades empresariales tanto de los poderes públicos como de los particulares al abrigo de un marco legal protector frente a la competencia, además de favorecer la ineficacia, comporta el riesgo de conversión de los sujetos en agentes reguladores del mercado, debido al poder y nivel de información que adquieren dichos sujetos⁴².

⁴¹ *Op. cit.* p. 45. Sin embargo SALA ARQUER, J. M. *La liberalización del Monopolio de Petróleos en España*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 23 y ss. considera que el término liberalización debe emplearse simplemente en el sentido expresado, cuando se elimina un privilegio en exclusiva.

⁴² DE LA SERNA, *Op. cit.* p. 47 citando los ejemplos del transporte aéreo y por ferrocarril en los Estados Unidos. Mientras en el primer caso la perspectiva de la competencia obligó a las empresas a cambiar sus estrategias y a variar sus tarifas para hacerlas más competitivas, en el segundo se dejó abierta la posibilidad de

D. La liberalización en España

Los fenómenos que buscan reducir la intervención pública en la economía, y en consecuencia también la liberalización de servicios públicos, se han desarrollado en mayor o menor medida en casi todos los países sin que el nivel de desarrollo alcanzado sea un factor determinante para ello (DE LA SERNA)⁴³. El servicio público, se sostiene cada vez con más frecuencia, está en crisis o, cuando menos, el servicio público entendido de una manera tradicional⁴⁴.

En un momento en que se inicia una reflexión más global sobre el papel del modelo de Estado, ciertas experiencias en países de nuestro entorno suponen el inicio de la paulatina pérdida del protagonismo público. La desarrollada en el Reino Unido, pionera en Europa, y motivada por razones tanto económicas como ideológicas (gobiernos conservadores encabezados por la Primer Ministro Margaret TATCHER) abarca todos los servicios públicos monopolizados y, comenzando por la división y privatización de los mismos, ha acabado por abrir también los mercados en cuestión. Más allá del éxito o fracaso de la política privatizadora en el Reino Unido esta experiencia sí puso de manifiesto que la mera transmisión de la titularidad (de pública a privada) no era suficiente para obtener los beneficios esperados. La pertinencia o no de abrir mercados pasa más por la liberalización que por la mera privatización. La experiencia inglesa ha marcado en cierta medida la pauta que luego retomaría la Unión Europea, pues debe tenerse en cuenta que en el momento en que el Reino Unido inicia su reducción del sector público el fenómeno es embrionario en el resto de países europeos (inexistente en Alemania, sólo coyunturalmente iniciado por los gobiernos conservadores en Francia, tímido en Italia ...).

El proceso privatizador y liberalizador se inicia en España con los gobiernos socialistas (1983-1996), y es continuado por los del Partido Popular (desde 1996). En un primer momento las privatizaciones se realizan en mercados no reservados al sector público y tienen como objeto empresas que habían sido nacionalizadas en un contexto de

que convinieran y modificaran las condiciones que consideraran necesarias para hacer frente a la competencia.

⁴³ *Op. cit.* p. 37.

⁴⁴ Por otra parte parece que es consustancial a la propia noción de servicio público estar en crisis. Véase en este sentido el expresivo título, hace más de cuarenta años, de la obra de DE CORAIL, J.-L. *La crise de la notion de service public*, LGDJ, Paris, 1954.

dificultades para la supervivencia de las mismas. Ha señalado MODERNE que durante los años de Gobiernos del PSOE no hay un programa privatizador definido, aunque sí se producen privatizaciones que él denomina “silenciosas”. Se trata, en cualquier caso, de privatizaciones marcadas por el pragmatismo, que buscan recursos para el Estado y una racionalización del sector público que, definitivamente, deja de ser entendido como un cementerio de empresas privadas en dificultades⁴⁵. En lo que se refiere a los servicios públicos las privatizaciones se realizan inicialmente por evidentes motivos financieros, enajenando paquetes accionariales de las empresas públicas encargadas de su prestación (Repsol, Endesa, Tabacalera ...) que aunque importantes no provocaban la salida de la empresa del ámbito de influencia del Estado. Sólo al final de este período, y bajo el impulso de la Unión Europea, se avanza considerablemente en esta dirección y, a la vez, se comienzan a dar algunos pasos liberalizadores.

Esta tendencia es la que siguen los Gobiernos populares, que, además, la acentúan notablemente. A los motivos anteriores (de índole financiera y por las exigencias comunitarias) se une un marcado cariz ideológico (creencia en los beneficios de la gestión privada y la ampliación de los límites de la economía de mercado). El Preámbulo del Real Decreto-ley de 16 de junio de 1995, de creación de determinadas entidades de Derecho público, que supone un auténtico certificado de defunción de la empresa pública española en opinión de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁴⁶, establece el cambio de óptica señalado, que pasa a perseguir una mayor eficiencia del sector público “porque un sector público rentable económicamente, también lo es socialmente. Y la rentabilidad social de la empresa pública exige adoptar cuantas medidas favorezcan el aumento de su eficiencia y competitividad”. Las privatizaciones van acompañadas de liberalizaciones más o menos tímidas en los sectores de servicios públicos pero que, en cualquier caso, suponen una transformación cualitativa del régimen jurídico de estas actividades. Todo ello queda enmarcado en un plan de Privatizaciones de 1996 (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996). Los efectos de estas medidas suscitan un juicio poco unánime, por mucho que (o quizás precisamente a causa de que) los resultados prácticos perseguidos con estas liberalizaciones disten de haber sido efectivamente alcanzados en la mayor parte de los sectores o, al menos, de haber producido por el momento todos los efectos esperados de ellos.

⁴⁵ MODERNE, F. “Les privatisations en Espagne” *Annuaire européen d’Administration publique*, CNRS, 1988, pp. 92.

⁴⁶ Citado en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996, p. 37.

Al producirse esta transformación en servicios esenciales como los reseñados es imprescindible que los poderes públicos pongan en práctica una nueva regulación con el fin de proteger la esfera de control consustancial a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones⁴⁷. Ha resaltado MUÑOZ MACHADO⁴⁸ que la modificación de las reglas que organizan el servicio público “toca el centro de la organización de la convivencia”, pues afecta a la propia estructura y funciones del Estado moderno. De algunas de sus consecuencias nos ocupamos a continuación.

⁴⁷ Vide los ejemplos de esta transformación relatados por DE LA SERNA BILBAO, M^a NIEVES, *La Privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 49 nota 51.

⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y mercado I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 17.

III. COHESIÓN SOCIAL Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. La búsqueda de eficiencia incentivando la libre competencia

A. Justificación de las políticas que pretenden mejorar la eficacia económica de los mercados de servicios públicos a través de políticas liberalizadoras y de introducción de competencia

Tal y como las experiencias liberalizadoras han demostrado, el mero traslado de la responsabilidad gestora de ciertos servicios y actividades económicas a manos privadas no supone, en modo alguno, garantía de que la gestión de los mismos vaya a ser más eficaz. Así quedó patente desde un primer momento en el Reino Unido, país donde la liberalización de los servicios públicos sólo se acomete tras la previa privatización de los mismos, y con el acicate de que ésta, lejos de haber demostrado las bondades predicadas de ella, había sido la causa de no pocos problemas y de una considerable merma en la calidad de algunos de ellos.

La transición comentada en las páginas precedentes es el reflejo de la pretensión de garantizar un incremento de la competencia efectiva en ciertos mercados de servicios tradicionalmente monopolizados y, a su través, mejorar la eficiencia económica y social de los mismos. Hemos de tener presente que la regulación que ha significado esta transformación tiene por objetivo, precisamente, lograr la desaparición de los posibles obstáculos a la misma. Esta legislación es el reflejo de un movimiento político y económico que confía en que la consecución de mercados verdaderamente liberalizados logrará, en teoría, resolver los problemas que afectaban a estos servicios públicos resaltados en las páginas precedentes.

KRUGMAN⁴⁹ relata con sencillez esta experiencia. La llegada de Margaret TATCHER al poder en el Reino Unido, en un momento en el que el Estado controlaba una amplísima variedad de empresas, supone el inicio de un proceso que inicialmente se limita a la privatización en los términos expuestos por nosotros (i.e. de mera traslación de la

⁴⁹ KRUGMAN, P. *Vendiendo prosperidad*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 187 y ss.

titularidad). De entre las empresas privatizadas algunas de ellas no plantean mayores problemas. Es el caso de todos los mercados (v. gr. el caso de la privatización de las empresas de titularidad pública dedicadas a la hostelería) en los que la presencia estatal no implica una sustancial alteración de las reglas de mercado ni, por supuesto, una monopolización. En ellos la mera privatización, que reintegra al tráfico privado la integridad de las prestaciones, soluciona los problemas achacados a la intervención estatal.

Sin embargo mucho más compleja es la operación cuando afecta a los servicios públicos tradicionalmente monopolizados. Pues en estos mercados no sólo está en juego la mera cualidad pública o privada de un gestor que, más o menos eficiente, no supone en sí misma una modificación de la estructura del sector. Por el contrario con los servicios públicos podemos considerar posibles, tal y como hace KRUGMAN al menos tres grandes modelos teóricos, entre los que, con los debidos matices, se debe optar:

- En primer lugar la solución europea tradicional, de reservar estos servicios al sector público, que ha sido objeto de la crítica ya reseñada.
- Lo que KRUGMAN llama “dejar (les) simplemente a su aire”. En este modelo de privatización de servicios públicos los nuevos monopolistas privados herederos del monopolio público no están sometidos a restricciones. Las consecuencias de este tipo de políticas privatizadoras han sido históricamente semejantes en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo esta privatización-liberalización “salvaje”. Es el caso, como muestra, de la liberalización introducida en los Estados Unidos por la Administración REAGAN en el mercado de la televisión por cable, realizada sin sustituir las antiguas normas por otras reguladoras, que provocó un rápido aumento de precios y una pérdida de la calidad del servicio.
- Mantener un elemento de la segunda de las soluciones, la propiedad privada de los monopolios naturales, pero regular los precios y la calidad del servicio, tal y como se ha realizado habitualmente en Estados Unidos.

La tercera solución y su lógica consecuencia de introducción de competencia en los mercados que dejan de considerarse “monopolios naturales” ha sido la adoptada como modelo de liberalización de las economías europeas, por mucho que plantea también sus propios problemas. KRUGMAN destaca los efectos negativos que la misma puede tener en las empresas del sector, a las que la propia regulación puede suponerles un desincentivo

para la innovación y el desarrollo. En efecto, en un mercado ordenado administrativamente en el que la autoridad reguladora obligue a repercutir en los precios las reducciones de costes el incentivo para lograr éstas es menor que en otro en el que la empresa privada pueda aspirar a “apropiarse” al menos parte de las mismas. Como señala KRUGMAN el éxito de estas políticas radica en buena medida en la eficacia y saber hacer de las autoridades encargadas de velar por el mercado en cuestión. Lo que permite plantear, tal y como hace el economista estadounidense, si, poseyendo unas autoridades tan competentes y honradas como las necesarias para desarrollar esta labor, no sería mejor encargarles, sencillamente, la gestión directa de la empresa.

Las privatizaciones desencadenadas por el Gobierno de Margaret TATCHER en el Reino Unido se realizaron inicialmente con gran despreocupación sobre cómo actuarían esas empresas a partir de ese momento privadas una vez desaparecida la intervención pública. Actitud que no era sino una clara manifestación de la profunda confianza en los propios efectos benéficos de la gestión privada en sí misma. Las consecuencias de esta política fueron inevitablemente las mismas que los norteamericanos habían padecido con la liberalización de la televisión por cable. La privatización de *British Telecom* fue un éxito financiero indudable y permitió al Estado obtener considerables ingresos. Pero la alta demanda de títulos de la compañía tenía su razón de ser: la posición monopolística de la empresa le permitió subir los precios a pesar de que la calidad del servicio se resintió enormemente⁵⁰. A partir de 1987, en medio de fuertes críticas públicas, el proceso de privatización empieza a completarse con medidas liberalizadoras, una regulación más exigente y la puesta en práctica de un estricto control de la incipiente competencia.

B. Actuación administrativa en materia de libre competencia

Las experiencias referidas dejan claro que la liberalización, si pretende cumplir los objetivos marcados, debe ir acompañada de un esfuerzo regulador bifronte. Las normas ordenadoras de los sectores objeto de la transformación han de, por una parte, erigir instituciones y mecanismos jurídicos que permitan asegurar eficazmente la libre competencia. Así se garantiza la obtención de todos los beneficios económicos y sociales posibles del libre juego de la lógica de mercado. La instauración de políticas de esta

⁵⁰ *Ibidem* p. 189.

naturaleza es, evidentemente, una opción política. La elección de qué mercados son objeto de control administrativo y de cuáles no es una clara manifestación de una determinada orientación sobre cómo han de regirse ciertas relaciones de armonización de los intereses generales y los particulares. Esta intervención, aunque pueda parecer paradójico, no pretende más que hacer posible la libre actividad de los partícipes en el mercado; “el fin de la legislación y el de los órganos administrativos creados para aplicarla es exclusivamente impedir que la dinámica de las fuerzas del mercado arruinen o restrinjan la competencia, impidiendo la entrada de nuevos competidores o abusando de la posición adquirida.”⁵¹

Pero por otra parte la regulación de los antiguos servicios públicos ahora liberalizados no puede obviar la necesidad de, en ocasiones, determinar las condiciones de prestación de los mismos cuando la libre competencia demuestre ser ineficaz para la consecución de ciertos objetivos de interés general. La instauración de este tipo de ordenación es cualitativamente distinta a la mera actuación en materia de defensa de la libre competencia y requiere, también, de una decisión política en ese sentido. Esta regulación pública se fundamenta en la constatación de la existencia de ciertos fallos de mercado que afectan a bienes como la cohesión social y territorial y que no pueden ser resueltos introduciendo competencia. De hecho, en ocasiones, es precisamente la liberalización de ciertos sectores la causante bien de la aparición bien de la agudización de algunos de los problemas, tal y como veremos a continuación.

⁵¹ BAÑO LEÓN, J. M. *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, p. 4.

2. Liberalización y fallos de mercado que demandan una intervención pública más allá de la defensa de la competencia

En ocasiones la defensa de la libre competencia, con ser absolutamente imprescindible para la consecución de los objetivos que las políticas de privatización y liberalización de servicios públicos persiguen, no es sin embargo suficiente. Ciertas ineficiencias del mercado libre no pueden resolverse únicamente por medio del libre juego de los actores económicos y pueden requerir la actuación de los poderes públicos en un sentido más interventor que el requerido por las políticas de policía de la competencia. Para poner de manifiesto las insuficiencias de políticas que sólo se orienten a garantizar la libre competencia desde la perspectiva de la preservación de otros intereses públicos vamos a recurrir a dos ejemplos relacionados con los procesos de liberalización de los mercados energéticos en el Reino Unido y California, que permiten valorar el tipo de efectos sobre factores de empleo, medio ambiente, continuidad del servicio ... que puede provocar una política liberalizadora que excluya cualquier tipo de intervención pública que atienda a los elementos reseñados.

A. La experiencia británica en la liberalización de sus mercados energéticos⁵²

De nuevo la transformación del sector eléctrico en el Reino Unido, pionera en Europa, nos proporciona una idea de los numerosos efectos secundarios no deseados de una liberalización y que son completamente independientes de la real consecución de un entorno competitivo en el mercado y, por tanto, irresolubles recurriendo a políticas meramente liberalizadoras por mucha libre competencia efectiva que logren instaurar.

La industria eléctrica del Reino Unido, monopolizada y reservada al Estado, se liberaliza privatizando el antiguo monopolio y dividiéndolo tanto horizontal como verticalmente. De modo que, una vez completado el proceso se llega a una situación en que empresas de tamaño medio, las distribuidoras locales, encargadas de comercializar la electricidad, coexistían con las empresas dedicadas a la generación. Para introducir más competencia en el mercado, además, las distribuidoras estaban autorizadas a construir sus propias plantas generadoras. Esta regulación, unida al desarrollo tecnológico del sector y al

⁵² Vide KRUGMAN, P. *Vendiendo prosperidad*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 189-190.

temor de las distribuidoras a verse explotadas por las productoras, incitó a las primeras a invertir en capacidad de generación eléctrica, a pesar de que la misma en el Reino Unido era más que suficiente. La inversión se realizó, como es lógico, en las plantas más económicas en ese momento, lo que condujo a la construcción de numerosas centrales con turbinas de gas (mucho más baratas de construir que las centrales térmicas tradicionales) con el incentivo añadido de la bajada del precio del gas en los primeros años de la década de los 90. Como resultado de esta política la industria minera del carbón del Reino Unido se hundió definitivamente, provocando la crisis del sector y numerosos problemas sociales vinculados al masivo desempleo consecuente.

De este proceso extraemos claras enseñanzas referidas a las consecuencias no deseadas que la apertura de un sector económico a la libre competencia y a las reglas del mercado puede acabar provocando en otros aspectos de la economía y de la vida social de un país. Sin embargo, y al margen de la necesaria atención que conviene prestar a las consecuencias que la reforma de sectores estructurales pueden provocar en otros muchos, las políticas liberalizadoras son en ocasiones, además, causantes de graves quebrantos en el propio mercado liberalizado, tal y como ha ocurrido recientemente en el mercado de la generación y distribución de energía eléctrica californiano.

B. La liberalización del sector eléctrico en California

Los problemas que puede ocasionar una liberalización mal realizada, aunque se haya defendido con esmero la libre competencia, nos han sido recientemente ejemplificados con la experiencia de liberalización del sector eléctrico californiano. California, el Estado más poblado de los Estados Unidos de América (casi 35 millones de habitantes) y la sexta potencia mundial por Producto Interior Bruto⁵³, cuna de la revolución tecnológica provocada por el desarrollo de la informática y las redes, inició la liberalización de su mercado eléctrico en 1998. En ese momento, el deseo de lograr por medio de la liberalización de un servicio hasta entonces monopolizado bajadas en los precios y sustanciales mejoras en el servicio, hace apostar al Gobierno del Estado por la desreglamentación, reduciendo el control público sobre las empresas del sector y abriendo la puerta a la aparición de nuevos concurrentes. Hasta la reforma de abril de 1998 el

⁵³ Con un PIB de 1'3 billones de dólares, que le sitúa por detrás de Francia y el Reino Unido y por delante de naciones como Italia.

servicio era suministrado por empresas privadas pero estaba fuertemente intervenido por el Estado, encargado por ejemplo de fijar las tarifas. La transformación de la normativa del sector no supuso pues la privatización (ya que no había empresas públicas) sino la liberalización, con la intención de incrementar la competencia. Los resultados, en palabras del propio Gobernador del Estado han sido “precios por las nubes, tarifas de estafa y un suministro no fiable. En una palabra, una pesadilla energética”⁵⁴.

La desregulación californiana impuso límites en los precios al consumidor, con el fin de evitar que posibles acuerdos oligopólicos aprovecharan el cambio normativo para enriquecerse. Esta medida, junto con la obligación de desintegrar verticalmente el sector (para lograr una mayor competencia al impedir que una misma empresa dominara varios aspectos del negocio como la producción y la distribución) ha provocado grandes problemas económicos en las empresas distribuidoras. Pero mucho más grave que la coyuntural situación económica de las empresas privadas (problema en cualquier caso resoluble por medio de la subvención del servicio) es que la legislación liberalizadora ha creado graves quebrantos en cuanto al propio aseguramiento material del servicio, a su continuidad.

El Estado de California, junto a la desregulación eléctrica, ha puesto en práctica normas de protección del Medio Ambiente muy rigurosas. De manera que la construcción de nuevas centrales eléctricas, que deben respetar esas exigencias, es mucho más onerosa que el empleo de las centrales antiguas. La falta de competitividad de las nuevas plantas, que habrían de competir con otras construidas en un momento histórico menos exigente en lo referido a las normas ambientales, ha desincentivado el incremento de la capacidad de generación. Problema multiplicado en los últimos años, cuando el gas, combustible limpio recomendado por la ley para la producción de electricidad, ha multiplicado su precio por 25⁵⁵. A estas condiciones se ha unido el fuerte incremento de la demanda eléctrica experimentado a partir de 1991 producto del crecimiento económico⁵⁶.

⁵⁴ Recogidas por EL PAÍS, 14 de enero de 2001, p. 12 suplemento Negocios.

⁵⁵ EL PAÍS, 21 de diciembre de 2000, p. 3.

⁵⁶ Otro factor contribuye a alimentar el fenómeno desincentivador de la inversión en nuevos equipamientos. Las empresas encargadas de la producción eléctrica, privadas y sometidas al libre juego del mercado, deben afrontar las exigencias de los mercados de capitales, con lo que una de las primeras medidas adoptadas por las mismas fue tratar de reducir el peso de su entonces abundante deuda. Para ello, obviamente, las inversiones deben reducirse. Por otra parte la propia desregularización californiana incentivaba esta actitud al imponer también el saneamiento financiero. Desde hace 12 años no se construye ninguna central de generación en California y mientras tanto, en ese mismo período, han cerrado varias, lo que ha hecho caer la capacidad de producción, menor ahora que en 1996 mientras la demanda en ese período ha crecido un 10% (EL PAÍS 21 de enero de 2001).

El sistema así estructurado ha provocado dos problemas básicos. Por una parte la política liberalizadora ha primado decisiones económicamente razonables pero que desatendían intereses sociales básicos como asegurar la continuidad del suministro y la suficiencia de la potencia instalada. Las normas en materia de defensa de la competencia, por muy eficaces que sean garantizándola, no pueden atender a estas otras consideraciones. De hecho el consumo eléctrico de California es un 25% superior a la producción de energía eléctrica del Estado, y la diferencia debe ser asumida por productores de otros Estados⁵⁷. Por otra parte la liberalización ha supuesto importantes problemas económicos a las empresas suministradoras, fruto del desfase entre el precio al que las productoras les venden la energía (liberalizado totalmente y cada vez más alto por el incremento de la demanda y las exigencias medioambientales) y el precio al que están obligadas a comercializar la energía⁵⁸.

El panorama global tras la liberalización es pues una insuficiente producción de energía, que no logra cubrir las necesidades de la población y obliga a cortes episódicos de la corriente para poder garantizar el suministro de los servicios de primera necesidad, una energía cada vez más cara (cuya factura, en caso de que reflejara íntegramente el coste del producto, difícilmente podrían costear muchas familias) y las empresas de distribución que compiten en el mercado californiano al borde de la quiebra, suspendiendo pagos y obligadas a vender parte de su red al Estado para obtener ingresos (y culminando el proceso liberalizador con una más que paradójica necesidad de intervención pública directa). La situación estructural de déficit productivo, además, no puede paliarse a corto plazo por las

⁵⁷ Lo que ha provocado trastornos adicionales, ya que la carestía eléctrica en California ha afectado al suministro en estados vecinos, especialmente en el Estado de Washington. El sector eléctrico, además, tiene una peculiaridad adicional provocada por la dificultad de almacenar el servicio, que provoca que la demanda y la oferta tiendan a equipararse ateniendo a factores como la estacionalidad. Los cálidos veranos californianos exigen más potencia que los inviernos, suaves, mientras que en los vecinos Oregón y Washington, más fríos, el consumo es mayor en invierno. De manera que el sistema, organizado en torno a la idea de que los excesos de producción californiana de invierno se dedican a estos dos Estados y que las sobras estivales de estos van a California ha hecho a la crisis energética salir de las fronteras californianas.

⁵⁸ La distribución de electricidad en California se ha convertido en un negocio ruinoso. La puesta en práctica de la desregularización aprobada en 1998 se llevó a cabo en la primavera de 2000. Las hasta entonces integradas verticalmente *Pacific Gas & Electric* y *South California Edison* se vieron obligadas a desvincularse de sus activos de producción, que quedaron en manos de los *holdings PGE Corporation PGE Corporation* y *Edison International* respectivamente. A los problemas que la liberalización del sector no había previsto ya reseñados se unieron imponderables meteorológicos (la prolongada sequía aumentó el precio de la energía de origen hidráulico) y otros producto de la propia coyuntura económica internacional (el crecimiento económico mundial presionó al alza la demanda de combustibles fósiles e incrementó el precio del gas natural y el petróleo, combustibles esenciales de las centrales californianas). Mientras que el precio al que las distribuidoras vendían el kilovatio/hora permanecía inalterable el coste del mismo se disparaba hasta suponer un 700 % del mismo (EL PAÍS, Negocios, p. 16, 28 de enero de 2001).

propias características del sector. La falta de previsión en materia de capacidad generadora no podrá remediarse hasta dentro de unos años. Las consecuencias económicas del colapso de un servicio de esta naturaleza no es preciso resaltarlas con detalle, pues el estrangulamiento del crecimiento económico que supone es de todo punto evidente (empresas que pueden renunciar a instalarse en la región, mermas de la producción producto de los cortes de energía, imposibilidad de garantizar el suministro de otros servicios básicos dependientes de la electricidad⁵⁹, todo ello al margen de las evidentes consideraciones referidas a la calidad de vida de los californianos). La experiencia californiana permite aislar ciertos problemas que la propia apertura del mercado en el sentido realizada lejos de solucionar ha acabado paradójicamente por agravar. Estos son, esencialmente:

- La separación empresarial entre generación, transmisión y distribución ha terminado produciendo efectos perversos en vez de los beneficios buscados por ella. La libre competencia, aunque ha existido en la materia⁶⁰, se ha revelado más perjudicial que la integración vertical del negocio, que permite sortear mejor los problemas coyunturales y los desequilibrios que pueden aparecer en mercados de este tipo a corto plazo, con el agravante de que las inversiones en ellos deben realizarse con una perspectiva temporal muy amplia.
- Prohibición al distribuidor de comprar libremente en el mercado, pues debía hacerlo a un *pool* centralizado. De nuevo una medida que lo que pretende es incentivar la competencia, evitando que los déficits de información dificulten el funcionamiento libre de las fuerzas del mercado se ha revelado como contraproducente, especialmente por vedar los contratos a largo plazo. Además este

⁵⁹ En California este problema se agrava pues afecta incluso a otras fuentes de energía como es el caso de la gasolina, suministrada casi exclusivamente a través de un oleoducto en la región cuyo funcionamiento requiere de suministro eléctrico.

⁶⁰ De hecho hasta extremos sorprendentes, pues las filiales dedicadas a la distribución han acabado agonizando precisamente por el trato estrictamente basado en condicionamientos de mercado que han recibido de sus empresas matrices dedicadas a la generación.

mercado funcionaba por medio del "Dutch auction"⁶¹ para la subasta de energía, un elemento que agravaba los problemas.⁶²

La experiencia californiana ha provocado la paralización momentánea de procesos de liberalización del sector en otros Estados norteamericanos⁶³ y en cualquier caso es una prueba evidente de que las políticas de liberalización y la pretensión de resolver todos los problemas a través de la defensa de la libre competencia tienen ciertos límites⁶⁴. El colapso californiano, como ha señalado Jorge FABRA UTRAY, está directamente vinculado a la "neoliberalización de la industria eléctrica, que ha ignorado (...) que ni la sequía ni la demanda ni la mala suerte nunca fueron admisibles como justificaciones para el desabastecimiento". Estas consideraciones, ajenas a la lógica de mercado, son las que justifican que el sector eléctrico deba configurarse como un sistema en el que "el sobredimensionamiento es un coste irrelevante frente a su alternativa, la penuria en el abastecimiento, que en la electricidad es consustancial con el corto plazo de los mercados convencionales en los que siempre subyace el mercado al contado"⁶⁵. La estructura de ciertos mercados de servicios y consideraciones sociales ajenas a la lógica económica pueden aconsejar la intervención pública para su salvaguarda, pues en ocasiones ésta no puede garantizarse por medio del

⁶¹ El método da a todos los ofertantes el precio de clausura cuando es superior al inicialmente ofertado. Tiene su lógica cuando la oferta supera a la demanda, pues empuja a los vendedores a colocar pronto a la venta paquetes importantes de energía sin miedo a hacer un mal negocio. En un mercado con demanda superior a la oferta como el californiano, evidentemente, no tiene sentido.

⁶² Además ciertas regulaciones no destinadas a lograr una mayor competencia se han revelado nefastas para el mercado, como son las exigencias medioambientales o la imposición de unos precios límites al consumidor final.

⁶³ Minnesota, Carolina del Norte y Alabama han pospuesto momentáneamente la liberalización del sector, mientras que esta va a retrasarse en Estados como Nueva York, Nevada, Oklahoma, Nuevo México y otros. (EL PAÍS, Negocios, p. 16, 28 de enero de 2001) En Estados como Texas la liberalización del sector no ha planteado mayores problemas, así como tampoco las experiencias en Suecia o Noruega, donde los consumidores pueden elegir la compañía suministradora desde hace años.

⁶⁴ *Vide* en sentido contrario, la opinión expresada por LASHERAS, M. A. en EL PAÍS, Negocios, p. 7, 21 de enero de 2001, para quien los desequilibrios del sector eléctrico californiano son debidos, precisamente, a la insuficiente desregulación del sector que afecta al juego de oferta y demanda de manera ineficaz. Considera en concreto que las exigencias medioambientales, la falta de líneas de interconexión y la inexistencia de contratos a largo plazo afectan al equilibrio económico desde el lado de la oferta, mientras que la demanda tampoco funcionaba libremente por la regulación en materia de precios. Sin embargo estas observaciones no permiten deducir si una total liberalización habría evitado todos los problemas y especialmente el del defecto de potencia. Por otra parte las exigencias de tipo medioambiental difícilmente van a disminuir en los próximos años y aspectos como la inexistencia de contratos a largo plazo ha sido efecto, precisamente, de la liberalización y de la búsqueda de la total competencia.

⁶⁵ FABRA UTRAY, J. "Esto es un disparate" en Diario "EL PAÍS", 17 de abril de 2001.

simple recurso a estas políticas⁶⁶. Es el caso de servicios como el de la electricidad, como hemos visto pero también, tal y como analizaremos a continuación, de todas aquellas actividades vinculadas a la consecución de mayores cotas de cohesión social.

⁶⁶ *Vide* en este sentido BOROTRA, F. *Faut-il defender le service public?* Rapport d'information. Assemblée Nationale, 1995: "La competencia no puede, en efecto, ser el único principio director de la política europea en tanto que ella no es justa en el plano mundial, ni siquiera en el plano europeo con por ejemplo el *dumping* monetario de algunos países o la no aplicación de las disposiciones del Tratado de Maastricht por el Reino Unido" (p. 26) "El mercado no reintegrará en la nación los barrios periféricos que parecen en ocasiones escapar al orden republicano y abandonarse a la desesperanza. El mercado no evitará una total desertificación del campo y las regiones menor pobladas" (p. 36).

3. La cohesión social.

A. Existencia de desequilibrios territoriales y sociales en España y Europa

La cohesión territorial sigue siendo uno de los principales problemas de las sociedades desarrolladas de Europa occidental y, en concreto, de la Unión Europea y sus Estados miembros. Aunque se ha producido en los últimos años una reducción de las desigualdades en términos de Producto Interior Bruto *per cápita* en lo que se refiere al conjunto de los Estados las diferencias regionales no han cesado, por el contrario, de incrementarse. Este dato pone de manifiesto que el acortamiento de las desigualdades territoriales entre Estados se ha realizado mayoritariamente por la vía de concentrar el crecimiento económico de los países menos desarrollados en sus zonas más ricas⁶⁷. Las diferencias interregionales son por otro lado, como es lógico en términos estadísticos, más acusadas que las diferencias interestatales. En este sentido España, probablemente precisamente por estar situada en los últimos niveles en materia de PIB *per cápita*, no es uno de los países de la Unión Europea con diferencias regionales más acusadas, a pesar de que, como es sabido, la desigualdad entre ciertas regiones es considerable⁶⁸. La constatación de que las diferencias de renta en el interior de los distintos países son prácticamente tan pronunciadas como a nivel global de Unión Europea hace a CASTELLS plantear que una parte importante de la corrección de los desequilibrios pasa por la actuación en el seno del propio país⁶⁹. En la medida en que la labor de los Estados siga siendo necesaria para atajar las desviaciones en materia de igualdad todos los instrumentos que contribuyen a lograr una mayor cohesión social y territorial (y también los servicios públicos en la medida que lo hagan) deben ser empleados por los Estados.

La cohesión económica y social se convierte en objetivo prioritario de la Unión Europea a partir del tratado de Maastricht de 1993. Aunque la política regional y social de la entonces Comunidad Económica Europea ya se menciona en el Tratado de Roma de 1957 no es hasta los últimos años que la preocupación por alcanzar la “cohesión económica

⁶⁷ Es lo que opina ESTEBAN, J. M^a. “Un análisis de las desigualdades interregionales en Europa: la década de los ochenta” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 91.

⁶⁸ CASTELLS, A. “Algunas reflexiones sobre el papel del sector público en la reducción de los desequilibrios regionales” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 8.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 15.

y social” se manifiesta de forma importante. El esfuerzo por lograr la reducción de las disparidades, beneficiando a las regiones menos desarrolladas (y por ello menos preparadas para competir con otras y en consecuencia previsiblemente menos favorecidas por el progresivo proceso de unión económica) y a las capas sociales más desfavorecidas se manifiesta ya en 1988 con una sustancial reforma de los Fondos estructurales destinados a tal fin. Estos son de nuevo reformados y ampliados en 1993, momento en que se crean además los fondos de cohesión como instrumento adicional, coincidiendo con las modificaciones en el Derecho comunitario originario operadas por el Tratado de la Unión Europea que conducen a profundizar en la unión económica y monetaria. Por este motivo se entiende como especialmente relevante el esfuerzo para reducir las disparidades y contribuir así a lograr un mercado común más nivelado y justo.

La política de cohesión de la Unión Europea, tal y como indican los estudios en la materia de la propia organización, ha logrado avances únicamente en lo referido a la reducción de las desigualdades entre los estados más pobres y los más ricos de la Unión. No obstante el innegable logro que ello supone, el hecho de que las diferencias entre regiones se hayan agudizado sugiere un debilitamiento de la cohesión interna. Tal y como pone de manifiesto el II Informe sobre la cohesión económica y social en la Unión Europea, realizado para evaluar los resultados de las políticas comunitarias en la materia y para estudiar el posible impacto sobre las mismas de la inminente ampliación de la Unión⁷⁰, siguen registrándose importantes diferencias en la renta por habitante en los Estados miembros y más particularmente entre regiones, habiendo incluso aumentado las divergencias dentro de algunos países miembros⁷¹. Con todo, y reconociendo que las disparidades regionales existentes dentro de los países son grandes, el Informe señala que es posible que se haya iniciado un proceso de estabilización de las mismas (p. 6).

La consecución de las reducciones de diferenciales de renta entre Estados (algo menos exitosa en materia de desempleo⁷²) no debe sin embargo hacer olvidar, tal y como

⁷⁰ Debe tenerse presente que un efecto indudable de la ampliación de la Unión Europea será precisamente el agravamiento de estos problemas (las disparidades son dos veces mayores cuando se incluye a los países candidatos), lo que convierte a las políticas para ponerles remedio en cada vez más relevantes.

⁷¹ Los ingresos medios por habitante de 10% de la población que vive en las regiones más prósperas son 2'6 veces más elevados que los del 10% de habitantes de las regiones menos prósperas (p.xi).

⁷² La bonanza económica de los últimos años ha permitido también algún progreso en esta materia, pero muy débil. Según el referido II Informe de la Unión Europea sobre la cohesión (p.xii) en 1999 sólo 4 Estados miembros tenían una tasa de empleo superior al 70%, mientras que Grecia, España e Italia presentaban cifras mucho menores (en torno al 55%). Las disparidades regionales son aún mayores: el 10% de las regiones más afectadas por el paro tenía en 1999 una tasa de desempleo del 23%, mientras que la media de las regiones menos afectadas apenas llegaba al 3%.

señala HALL⁷³, que subsiste una importante fractura en lo que se refiere a ciertas infraestructuras, cuyo déficit sigue lastrando el desarrollo de ciertas regiones. En concreto pone de relieve los problemas de los países menos desarrollados de la Unión Europea en lo que se refiere a las infraestructuras ferroviarias o de telecomunicaciones así como indica las negativas consecuencias que ello supone sobre la productividad y el crecimiento económico de estas zonas geográficas.

B. Inversión pública en materia de infraestructuras

a) *Relevancia de las infraestructuras y de los servicios estructurales en la nivelación de desigualdades*

La relación entre inversión pública en infraestructuras y crecimiento económico ha quedado ampliamente demostrada tanto a través del estudio de series temporales como de análisis *cross-section*⁷⁴. Las infraestructuras representan un elemento básico que determina las posibilidades de desarrollo regional. En un entorno económico en el que la localización geográfica de una región, su estructura sectorial y la de aglomeración son cada vez más trascendentes en cuanto a los efectos que pueden suponer en materia de costes de transporte y comunicación, la dotación de infraestructuras (transporte, comunicación, energía) deviene esencial para garantizar el desarrollo económico, por mucho que, evidentemente, no sea el único instrumento de política regional que deba manejarse⁷⁵. El II Informe sobre la cohesión social y territorial en la Unión Europea incide en la relevancia de la dotación relativa a las infraestructuras como elemento clave para las perspectivas de desarrollo a largo plazo de las regiones más desfavorecidas (p. xi) y dentro de las políticas referidas al refuerzo de los factores estructurales de la competitividad se considera especialmente relevante atender a esta cuestión por cuanto “ataca a las causas que originan los desequilibrios regionales y

⁷³ HALL, R. “Disparidades regionales en Europa durante los años noventa. Una referencia a España y sus regiones” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 38.

⁷⁴ CASTELLS, A. “Algunas reflexiones sobre el papel del sector público en la reducción de los desequilibrios regionales” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 10.

⁷⁵ BIEHL, D. – NIEGSCH, C. – NIMMERMANN, P. “Las infraestructuras según el enfoque del desarrollo regional potencial: análisis teórico y empírico” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 118-119. Para estos autores es evidente que junto a los factores de localización, aglomeración, estructura sectorial e infraestructuras la generación de productividad, renta y empleo debe llevarse a cabo combinándolo con capital privado y trabajo, lo que obliga a la legislación a incentivar también estos elementos.

refuerza los factores que forman la base del crecimiento sostenido” (p. xxi). Su importancia, sin embargo, viene determinada por tratarse de uno de los instrumentos que pueden ser objeto de una acción política directa. Tal y como señala el referido Informe “una condición indispensable para el desarrollo económico sigue siendo la dotación suficiente en infraestructuras físicas de alta calidad. En el seno de la Unión, si bien se han reducido las disparidades regionales en ciertos sectores como las telecomunicaciones y el transporte por carretera, todavía queda mucho por hacer (...) especialmente en las regiones más retrasadas” (p. xxvi).

De la relevancia de las infraestructuras y de los servicios estructurales tradicionalmente reservados al sector público, dado su innegable carácter básico, se deriva la necesidad de que la intervención pública se mantenga de alguna forma cuando se produce su liberalización. La provisión por los poderes públicos de los servicios debe ser sustituida por una regulación que trate de restringir los posibles efectos contrarios a intereses sociales producto de la actividad de los agentes privados⁷⁶.

Es posible afirmar que son factores mucho más trascendentes del desarrollo regional estas inversiones que otro tipo de subvenciones meramente finalistas. ESTEBAN⁷⁷ apunta que la ausencia de nivelación interterritorial detectable en los últimos años es consecuencia de la falta de esfuerzos prestados al aumento del nivel de desarrollo, íntimamente asociado a la primera. La constatación de que la existencia de importantes diferenciales en materia de productividad no ha generado en el seno de la Unión Europea el esperado (por la teoría económica neoclásica tradicional) desplazamiento de factores productivos y especialmente del factor trabajo hacia esas zonas reduciéndose así las diferencias regionales en cuanto a PIB *per cápita*⁷⁸ obliga a apostar por políticas que aumenten la productividad en la propia región: esto es infraestructuras, formación del capital humano, etc. Tal y como señala ESTEBAN “los resultados demuestran que en la UE la mayor parte de la desigualdad interregional es imputable a diferencias de productividad por empleado”, al igual que ocurre con las desigualdades a escala nacional, lo que “refuerza la necesidad de una política

⁷⁶ BIEHL, D. – NIEGSCH, C. – NIMMERMANN, P. “Las infraestructuras según el enfoque del desarrollo regional potencial: análisis teórico y empírico” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 134-135.

⁷⁷ ESTEBAN, J. M^a. “Un análisis de las desigualdades interregionales en Europa: 1 década de los ochenta” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 89 y ss.

⁷⁸ Con independencia de los problemas de tipo social y territorial que políticas de esa índole puedan suponer, al concentrar a la población y medios de producción en unas zonas quedando otras seriamente abandonadas, factores que pueden desaconsejar este modelo, el caso es que ni siquiera este efecto que al menos nivela la renta *per cápita* regional se ha producido.

regional que incremente la productividad de las regiones más atrasadas”⁷⁹. Estas diferencias en materia de productividad, por otra parte, no se encuentran acentuadas en ciertos sectores. Antes al contrario, la norma general es que el peso explicativo de la composición sectorial no sea relevante a la hora de enjuiciar los problemas de desarrollo. Con estos datos la percepción de que la consecución de una mayor cohesión pasa por la puesta en marcha de políticas de inversión en infraestructuras uniformes queda afianzada. Idea que el II Informe sobre la cohesión social y territorial en Europa confirma, pues sostiene que “contar con un equipamiento suficiente de infraestructura es una condición necesaria, pero no suficiente, para el desarrollo económico de y la competitividad de una región, un importante factor que determina tanto la localización de la actividad económica como los tipos de actividades o de sectores que se desarrollan. La inversión en infraestructuras es esencial para reducir el efecto de la distancia entre las regiones, especialmente entre las periféricas y las centrales” (p. 49).

Por otra parte no puede dejar de tenerse en cuenta, tal y como señala CAVE⁸⁰, que la gran importancia concedida por las teorías del crecimiento endógeno para determinar la tasa de crecimiento de un país no solamente a los aumentos de capital y trabajo utilizados y al progreso tecnológico exógeno, sino también a ingredientes suplementarios de naturaleza más política que permiten la movilización de ciertos recursos y con ello la aceleración de las tasas de crecimiento conduce a tomar en gran consideración la inversión en este tipo de servicios esenciales de naturaleza infraestructural, pues son junto con los gastos en Investigación y Desarrollo la parte fundamental de ese “ingrediente adicional”. En conjunto es claro que los servicios públicos de naturaleza económica poseen un carácter estructural que los convierte en esenciales para permitir el incremento de la productividad en las regiones menos desarrolladas y contribuir así al aumento de la actividad económica y de la riqueza.

b) *La nivelación de las diferencias a través del sector público*

No sólo las infraestructuras y los servicios públicos de carácter estructural revisten gran importancia en la nivelación de las desigualdades. El propio desarrollo de esta labor a

⁷⁹ ESTEBAN, J. M^a. “Un análisis de las desigualdades interregionales en Europa: 1 década de los ochenta” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 90.

⁸⁰ CAVE, M. “Développement du télécommunications et service public” en CHEVALIER, J.M./EKELAND, I./FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L’idée de service public est-elle encore soutenable?*, PUF, Paris, 1999, pp. 81-96.

cargo del Estado supone un elemento adicional de reequilibramiento. En efecto, la labor estatal en cualquier ámbito (y también a la hora de proveer estos servicios) constituye una cierta transferencia de rentas de las regiones más ricas a las más pobres. Tal y como señala CASTELLS⁸¹ las tendencias en la evolución de las disparidades territoriales, el modelo de sistema de nivelación de las mismas, así como los problemas de los saldos fiscales y los flujos económicos interregionales están íntimamente relacionados con el papel de la intervención pública, del sector público, en la reducción de los desequilibrios territoriales. Junto a las políticas específicamente dedicadas a la minoración de estos desequilibrios la propia actuación ordinaria del sector público, tratando de garantizar un nivel similar de servicios en las distintas regiones, ya produce, aunque no se lo plantee explícitamente, transferencias de renta interregionales, que suelen ser mucho más importantes, por su cuantía, que las generadas por los instrumentos específicos de desarrollo regional⁸².

La acción del sector público entendido de manera tradicional acaba por provocar importantes transferencias de rentas de las regiones ricas a aquellas que lo son menos aunque no sea esa la intención con la que se presta el mismo. Esta redistribución es consustancial a la propia dinámica del gasto público y fruto de la existencia de una fuente de financiación presupuestaria del mismo, en la medida en que su prestación se garantice en condiciones de igualdad en todo el territorio. Tal y como señala CASTELLS⁸³ “esta redistribución se produce de forma automática, aunque no sea planteada como tal, por el simple hecho de que los impuestos son recaudados según un criterio de capacidad fiscal (normalmente asociado a la renta) y los gastos distribuidos según un principio de necesidades, que normalmente está muy ligado a la población. Como consecuencia de este hecho, se produce naturalmente una redistribución de renta de las regiones de renta alta (que tendrán un saldo fiscal negativo) a las de renta baja (que lo tendrán positivo). Este efecto no es el resultado de una determinada opción política territorial marcada desde la Administración. No tiene por qué ser la consecuencia de una voluntad explícita de redistribución de renta de las regiones ricas a las regiones pobres, sino la mera consecuencia de una cierta lógica, que puede tener un fundamento estrictamente individual, sobre cómo han de distribuirse los impuestos y los servicios públicos entre los individuos. La redistribución interregional de la renta se produce como resultado de aplicar el principio,

⁸¹ CASTELLS, A. “Algunas reflexiones sobre el papel del sector público en la reducción de los desequilibrios regionales” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 7.

⁸² *Ibidem*, p. 9.

⁸³ CASTELLS, A. “Algunas reflexiones sobre el papel del sector público en la reducción de los desequilibrios regionales” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 13.

que parece razonable, de prestar un nivel de servicios similar a todas las personas en circunstancias similares y aplicar una presión fiscal similar a todas las personas con capacidad fiscal similar”. Por el contrario la iniciativa privada atiende a consideraciones de coste y beneficio que impiden que el fenómeno expuesto se produzca.

Más allá de este fenómeno a nadie se le puede escapar la importancia que plantea la inversión en materia de infraestructuras, en cuanto su carácter básico y estratégico permite el desarrollo de la iniciativa privada y potencia los factores necesarios para el crecimiento. Una importancia que se manifiesta no sólo en la propia realización de infraestructuras sino incluso en el momento en que se llevan a cabo. El propio calendario de extensión de una red puede provocar importantes efectos territoriales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de planificar estas actividades. Estos efectos, por su propia naturaleza, no son tomados en consideración por los operadores privados, pero sí son susceptibles de serlo por los poderes públicos, que por medio de ellos pueden lograr objetivos de cohesión⁸⁴.

C. Diferencias entre el sector público y el sector privado a la hora de orientar las inversiones

DE LA FUENTE⁸⁵ examina las consecuencias económicas de la inversión pública en materia de infraestructuras. De acuerdo con los resultados de su estudio sobre la experiencia española en la década de los ochenta dos conclusiones deben ser retenidas. Por una parte la actividad del sector público, llevada a cabo con criterios no meramente económicos y que tienen en consecuencia en cuenta aspectos vinculados a la búsqueda del desarrollo regional, no se corresponde con la que sería la elección óptima dentro de la lógica de la economía de mercado. El *trade-off* estimado por el autor es de en torno al 1% del PIB agregado. Estos resultados confirman por una parte la existencia de un coste a la

⁸⁴ BETTONI, G. “Services publics, cohésion sociale et analyse géopolitique” en *La cohésion territoriale et les services publics en Europe. Interpretation et portée de l'article 7D du traité d'Amsterdam*, Pulim, Limoges, 1999, pp.167-174. El autor pone el sencillo ejemplo de tres ciudades A, B y C. Las dos últimas están conectadas entre ellas, pero A no lo está con ninguna de las dos. En el momento en que se decide construir una carretera que una A a una de las dos ciudades ésta queda favorecida pues el tránsito desde la otra hacia A será canalizado a su través, lo que le convierte en centro de comunicaciones y servicios en tanto no se realice la conexión directa con A de la otra ciudad. De forma que la elección de cómo se va completando la red tiene importantes consecuencias dinamizadoras para ciertas regiones que pueden aprovecharse convenientemente para lograr la consecución de objetivos de cohesión social. La simple decisión de “quién va primero” adquiere una enorme trascendencia al amplificar la variable temporal las consecuencias de los efectos meramente geográficos.

⁸⁵ DE LA FUENTE, A. “Algunas reflexiones sobre el papel redistributivo de la inversión pública” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 137-149.

hora de desarrollar la prestación de un servicio público de acuerdo con estos criterios, lo que permite en justa correspondencia deducir que, por ese mismo motivo, la inversión privada no lo desarrollará integrando ese coste; y por otro la magnitud relativamente reducida del mismo, lo que supone un aliciente más para que los poderes públicos, que deben operar con parámetros adicionales a los económicos, se decanten por este tipo de inversiones, en la medida en que sus beneficios de otra naturaleza justifican sobradamente ese pequeño coste. Esta idea es la expresada por BOSCH y ESPASA, para quienes los criterios con los que debe invertir el sector público no son únicamente los relativos a la eficiencia económica sino que deben atender igualmente a las necesidades de gasto en inversión y a la redistribución territorial⁸⁶. Por otra parte los resultados del estudio evalúan la reducción de la desigualdad interregional obtenida por el empleo de las inversiones estructurales teniendo en cuenta estos factores en torno a un 15%.

El empleo de la inversión pública como instrumento de cohesión social puede plantear en efecto problemas de eficiencia. Los poderes públicos están constitucionalmente obligados a actuar de acuerdo con el principio de eficacia (la Administración, según dispone el artículo 103 CE debe actuar de acuerdo a una serie de principios entre los que figura, nombrado en primer lugar, el mencionado). Un empleo de los recursos públicos que supusiera pérdidas de eficacia no justificadas o excesivas en relación al beneficio obtenido por ese modelo de inversión no se compadecería con la orientación que la Constitución exige a la Administración en el desarrollo de sus funciones. Por este motivo es muy relevante calcular el coste de eficiencia de las medidas públicas de redistribución regional a través de la inversión en servicios públicos. Análisis que no sólo es necesario desde esta perspectiva ya que también proporcionará pistas sobre el previsible comportamiento de los agentes privados en esos mercados una vez liberalizados. Si bien el sector público a la hora de gestionar los servicios públicos puede permitirse ciertos costes de ineficiencia económica para lograr extraer una mayor rentabilidad social a las inversiones esta lógica es ajena a la empresa privada. El cálculo de los costes referidos determinará igualmente el previsible alejamiento de los objetivos de cohesión que se producirá con la privatización de servicios otrora proporcionados exclusivamente por el Estado. La mencionada cuantificación, en la medida en que pone de manifiesto la concreta magnitud del dilema del gestor público (que debe encontrar un compromiso aceptable entre la equidad redistributiva y la estricta rentabilidad máxima de la inversión), refleja igualmente los parámetros de este mismo problema para los agentes privados.

⁸⁶ BOSCH, N. – ESPASA, M. “¿Con qué criterios invierte el sector público central?” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 150-177.

DE LA FUENTE realiza la cuantificación de este coste a partir de la experiencia española de los años ochenta y aplicando sobre su modelo los datos reales de la economía del país para compararlos después con modelos de distribución ficticios fruto de la hipotética aplicación de dos políticas radicalmente distintas: una “muy redistributiva” y otra “muy eficiente”. Los resultados que en los tres casos se producen sobre el producto agregado nacional permiten evaluar la incidencia real de la introducción de objetivos de cohesión social en las mermas de la rentabilidad económica de las inversiones. La conclusión a la que llega el trabajo es que “el impacto a corto plazo sobre el nivel de desigualdad regional de un cambio de política que, manteniendo constante el volumen total de recursos al nivel observado, los distribuyese entre regiones de acuerdo con criterios claramente redistributivos o de eficiencia durante un período de diez años, podría cifrarse en un aumento o disminución de la igualdad de aproximadamente un 15%. En términos de producto agregado, la misma política implicaría un coste o ganancia de aproximadamente un punto y medio de PIB español, es decir, un cambio de unas quince centésimas en la tasa anual de crecimiento durante la década. A muy largo plazo este efecto habría de multiplicarse aproximadamente por 2,5. El impacto agregado total, por lo tanto, sería un incremento (o decremento) del PIB de aproximadamente un 4%”⁸⁷.

Aunque estas cifras deben manejarse con precaución, como el propio autor reconoce, sí que tienen un gran valor en la medida en que confirman la impresión que, *a priori*, puede tenerse sobre ciertos peligros de la liberalización de servicios públicos. Este género de problemas que puede acarrear la liberalización está bien expuesto por ARIÑO cuando reconoce que “un planteamiento puramente económico conduce a una perpetuación de la desigualdad y, en alguna medida, de la injusticia (el producto se distribuye en el mercado en función de la aportación al proceso productivo, lo que a su vez está en función de la capacidad inicial de cada agente con lo que, en principio, recibe más el que más tiene, con lo cual tendrá más y la distancia entre éstos y los que no tienen será cada vez mayor). El Estado debe “redistribuir” haciendo realidad en lo posible, un *mínimo vital* para todos (no sólo económico, sino también educativo y cultural) y una cierta *igualdad de oportunidades* que no agote en incentivo al esfuerzo personal.”⁸⁸ La pertinencia de esta

⁸⁷ DE LA FUENTE, A. “Algunas reflexiones sobre el papel redistributivo de la inversión pública” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 138-143. Las cifras son juzgadas con mesura por el autor del estudio, pues aunque no las considera ni mucho menos despreciables cree que debe tenerse en cuenta que más de la mitad de la ganancia en términos de PIB se realizaría durante un período muy largo (a un ritmo de dos centésimas de punto anuales).

⁸⁸ *Op. cit.* pág. 278. El subrayado es del autor citado.

reflexión no ofrece dudas, en la medida en que es evidente que la liberalización de servicios públicos supondrá una inclinación hacia la eficiencia y la lógica desatención a los aspectos vinculados a la redistribución.

No podemos dejar de mencionar, además, la extraordinaria relevancia que ciertos servicios públicos recientemente liberalizados o en proceso de serlo presentan por sus propias características. En todos ellos el análisis de esta conciliación entre eficacia y su uso como instrumento de cohesión debe valorarse ineludiblemente para enjuiciar las ventajas y peligros del proceso de liberalización. Es el caso de los servicios de telecomunicaciones y, especialmente, las redes de información. La nueva estructuración del espacio que las redes están provocando supone que para una creciente gama de actividades la conexión a la red mundial de comunicaciones de manera eficaz deviene no tanto una evidente ventaja competitiva como, cada vez en más casos, la diferencia entre “estar y no estar”, existir como empresa o desaparecer. Por otra parte las espectaculares innovaciones tecnológicas han permitido lograr una cierta ubicuidad con independencia de la localización geográfica desde la que se trabaja. De igual manera que teóricamente el libre e igual acceso a la información puede llegar a convertir en “equivalentes” todos los lugares este extraordinario potencial nivelador puede no sólo perderse sino acabar por ser contraproducente a partir del momento en que la igualdad en el desarrollo de la infraestructura de acceso no exista⁸⁹.

D. La garantía jurídica de la cohesión

a) *Fundamentación de la garantía*

La idea de que ciertos servicios públicos no sólo deben ser prestados en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos (como es norma en cualquier servicio público) sino que también han de, debido a la importancia económica que al respecto poseen (como hemos visto), configurarse como elemento de cohesión social y territorial no pasa de ser una postura que, a falta de apoyo jurídico de naturaleza constitucional que la justifique, se limitaría a expresar un *desideratum* de tipo más político que jurídico cuya indudable importancia⁹⁰ no le haría sin embargo tener más valor.

⁸⁹ Vide en este sentido OFFNER, J.-M. – PUMAIN, D. (Dir.), *Réseaux et Territoires*, De L’Aube, Paris, 1996.

⁹⁰ Resaltada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996, p. 37 y ss. *in fine*.

Sin embargo, a nuestro entender, esta idea no sólo no es ajena al ordenamiento constitucional sino que es la que se acomoda al mismo de una manera más correcta. Todo el texto de la Constitución española de 1978 está orientado a la consecución de objetivos de igualdad material, entre los que no puede quedar excluido, si interpretamos de manera sistemáticamente correcta el texto, el de la cohesión social o territorial en la materia que nos ocupa. En efecto la igualdad, reconocida como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), tiene en nuestra Constitución un contenido más material que formal, de lo que se deducen obligaciones de tipo positivo para los poderes públicos. En este sentido el artículo 9.2 de la Constitución establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos. De manera que las exigencias de igualdad constitucionalmente reconocidas van más allá de la mera existencia de un derecho fundamental a la no discriminación (artículo 14 CE). El mencionado art. 9.2 CE establece un mandato activo a los poderes públicos en el sentido de que hagan lo necesario para la consecución de una igualdad real y efectiva. En este mismo precepto observamos asimismo que la igualdad por la que los poderes públicos deben velar no es únicamente la de los individuos aislados. En el artículo encontramos igualmente una consagración expresa de la obligación de los poderes públicos de extender estas exigencias de igualdad material a “los grupos en los que se integra” (el individuo), lo que supone sin lugar a dudas el reconocimiento de que las políticas activas en materia de igualdad deben ir más allá de la mera consideración individual de los ciudadanos y atender también a consideraciones tanto de clase como territoriales.

A nuestro entender estas manifestaciones de tipo general, habida cuenta de la trascendencia demostrada que suponen ciertos servicios públicos en la consecución de una mayor cohesión social y territorial, bastan para considerar que el Estado y los poderes públicos no sólo están habilitados para desarrollar una política en ese sentido sino que, además, están obligados a ello. Idea íntimamente conectada con la propia concepción de DUGUIT, que ya hemos comentado, de que las características de ciertos servicios convierten su aseguramiento en una obligación de la Administración fruto de la idea funcionalista que sobre la misma sostiene el autor.

En apoyo de esta misma tesis enumera BAÑO ciertos preceptos del propio texto constitucional en los que puede encontrarse la base de la existencia de una obligación

estatal en este sentido⁹¹. Este, desde su Preámbulo, deja patentes sus intenciones al respecto cuando señala que la Nación Española proclama su voluntad de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. En esta idea de calidad de vida no podemos sino englobar unas exigencias de servicios e infraestructuras básicas para la convivencia social y el desarrollo económico que deben ser iguales y quedar garantizadas para todo el territorio nacional. Mandato que de manera expresa se encuentra, aunque sin hacer expresa referencia a la cohesión sino de modo general, en el artículo 130 de la Constitución española:

Artículo 130 CE: 1. Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.
2. Con el mismo fin, se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña.

Igualmente la STC 32/1983 ha reconocido que en relación a la competencia del Estado para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1º), el Capítulo tercero del Título I CE contiene derechos que pertenecen a todos los españoles, a los que se garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos⁹².

Son todas estas ideas íntimamente ligadas a la consideración misma del Estado español como “social y democrático de Derecho” (art. 1.1 CE), esto es como un Estado en el que el reconocimiento de la primacía del Derecho y de una serie de libertades va más allá de su propia incidencia formal para proyectarse en la actividad material de poderes públicos y particulares. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional desde sus Sentencias 19/1982 ó 3/1983, la declaración del Estado español como social no es meramente programática y amparándose en ella ciertas medidas activas tendentes a la consecución de una mayor igualdad material quedan justificadas. La cláusula de Estado social habilita, en consecuencia, la intervención estatal en numerosos ámbitos y también en materia de cohesión, tanto social como territorial. Intervención concretamente orientada en este sentido por el artículo 40.1 CE cuando establece como principio rector de la política social y económica (Capítulo III del Título I de la Constitución) que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una

⁹¹ BAÑO LEÓN, J. M^a. *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, pp. 166-168.

⁹² *Apud* BAÑO LEÓN, J. M^a. *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, pp. 223-224.

distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”.

Evidentemente relacionado con estos postulados de tipo más general, consideramos que podemos encontrar un concreto anclaje a las exigencias que debe cumplir el Estado en lo referido a la prestación de servicios públicos en el artículo 138.1 de la Constitución:

Artículo 138.1 CE: El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.

El equilibrio regional, ciertas exigencias de cohesión territorial, pueden buscar apoyo en este principio constitucional que parece promover la necesidad de garantizar una mínima uniformidad de las condiciones de vida en todo el territorio nacional. Tal y como señala BAÑO “para la uniformidad del principio de las condiciones de vida el factor del equilibrio regional apuntado es muy relevante. El principio de uniformidad de las condiciones de vida no sólo significa una limitación de las competencias autonómicas, sino también un argumento para exigir del conjunto del sistema una disminución de las diferencias económicas sobre las distintas regiones.”⁹³ El reconocimiento de este principio, junto a su función de configurar el mínimo común denominador requerido por un Estado políticamente descentralizado que limita en consecuencia las potestades de las Comunidades Autónomas, “explica la necesidad de disminuir o, al menos, no aumentar las diferencias económicas entre las diferentes regiones, de manera que en todas ellas pueda existir un marco equiparable de servicios y prestaciones públicas, dentro del cual coexistan la diversidad legislativa y administrativa propias de un Estado descentralizado.”⁹⁴

El carácter público de las prestaciones al que se refiere el precepto es un elemento que no excluye, sin embargo, que la obligación pública deba extenderse también a la labor reguladora sobre los mercados liberalizados. De hecho la propia Constitución prevé la posibilidad incluso de una acción directa de los poderes públicos (que da la impresión de estar prevista con carácter subsidiario y no necesariamente referido, de manera exclusiva, a prestaciones públicas) con el objetivo de garantizar esta uniformidad de las condiciones de vida y, sobre todo, en la prestación de ciertos servicios:

⁹³ BAÑO LEÓN, J. M^a. *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, p. 163.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 165.

Artículo 158.1 CE: En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.

El Estado puede, amparándose en esta previsión, recurrir incluso al subsidio directo de ciertas actividades con tal de garantizar un nivel mínimo de prestación igual en todas las Comunidades Autónomas.

Tal variedad de previsiones constitucionales no puede sino reforzar la idea de que la necesidad de garantizar esa homogeneidad mínima, que subsiste aunque el servicio deje de estar reservado al sector público, no sólo es una posibilidad constitucionalmente admisible sino que, en ciertos casos, se convertirá en una exigencia a los poderes públicos⁹⁵.

b) *La subsistencia de la garantía en los mercados de servicios liberalizados*

El reconocimiento de la realización efectiva del principio de solidaridad con el fin de establecer un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, en los términos expuestos por el artículo 138.1 CE, sirve a nuestro juicio de base junto a la interpretación sistemática del resto de la Constitución y especialmente de los artículos 1.1 y 9.2 de la misma para considerar que la labor de prestación de servicios públicos tradicionalmente desarrollada por el Estado debe continuar llevándose a cabo, si bien bajo formas distintas, en el nuevo marco liberalizado.

Más allá de consideraciones de tipo político o ideológico la prestación de servicios públicos por parte del Estado, bien bajo forma de gestión directa bien a través de la gestión indirecta, respondía en parte, junto a la realización de otros fines, al cumplimiento de este mandato jurídico básico en materia de cohesión social. La vieja noción de servicio público debe adecuarse al entorno competitivo y rellenarse de contenido manteniendo las características precisas para satisfacer intereses (como la búsqueda de la desaparición de las

⁹⁵ En sentido contrario se expresa PEMÁN GAVÍN, J. , quien en su trabajo “Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las autonomías”, en *RAP*, nº 119, sostiene que la Constitución española no contiene regla o mandato de uniformidad en las condiciones de vida, por mucho que sea obvia la preocupación igualitaria que recorre el texto constitucional (pp. 184-185). A su juicio no puede buscarse en los preceptos señalados una garantía constitucional que obligue a orientar en el sentido expuesto la labor del Estado ni existiría en la Constitución mandato alguno que impusiera la realización de concretas políticas de cohesión social y territorial, de igualación de las condiciones de vida. De igual forma tampoco podrían encontrarse límites constitucionales a la legislación que desconociera estos aspectos.

desigualdades) dignos de protección jurídica que, parcialmente, se encontraban en la base de aquella clásica noción⁹⁶.

Con el retraimiento estatal reseñado ha variado indudablemente la manera en la que se prestan ciertos servicios, el modo en que se organizan sectores de la actividad económica, que dejan de estar monopolizados por el Estado. Pero esta transformación no implica cambios ni en su naturaleza básica ni en su importancia económica, ni en su carácter de infraestructura ni en la relevancia de estos antiguos servicios públicos desde la perspectiva de la cohesión social. En consecuencia, a nuestro juicio, tampoco cambian las obligaciones estatales en la materia, que siguen siendo sustancialmente idénticas. En un entorno liberalizado subsisten las exigencias de que el Estado provea las condiciones para lograr una efectiva igualdad y la reducción de las desigualdades expresadas por los referidos artículos 11, 2, 9.2, 130.1 y 138.1 CE. En última instancia subsiste la obligación estatal de intervenir para decidir cuál debe ser el punto de conciliación entre las preocupaciones de eficacia económica y de cohesión social, por muy complicado que sea en ocasiones su identificación⁹⁷.

Estas consideraciones no suponen la imposibilidad de que el estado liberalice estos sectores de actividad. Sí significan sin embargo que, dado que las necesidades que tradicionalmente habían venido justificando la reserva al sector público de ciertas actividades subsisten íntegramente, la transformación del marco jurídico regulador de las mismas debe tenerlas en cuenta. El servicio público tradicional era un modelo organizativo de gestión que correspondía a la necesidad de cumplir ciertas obligaciones que, aunque el servicio público desaparezca, no lo hacen con él. Las exigencias que debe respetar la legislación liberalizadora han de tender a asegurar, si bien desde otra perspectiva, las exigencias materiales que subyacen en las tradicionales leyes del servicio público. Es el caso notoriamente del principio de igualdad, verdadera clave de bóveda de la construcción. Como señala PAULIAT la igualdad de acceso al servicio público supone que todo individuo, con independencia de la región en la que habite, pueda acceder a un servicio cuando menos mínimo en las mismas condiciones que cualquier otro ciudadano de otra región. Esta idea implica necesariamente la de equilibrio entre las distintas regiones y con ella la de la existencia de mecanismos de compensación territorial. Los principios de igualdad y de

⁹⁶ MUÑOZ MACHADO, S. - MESTRE DELGADO, J.F. - ÁLVAREZ GARCÍA, V. "La europeización de las garantías de los derechos" en MUÑOZ MACHADO, S. - GARCÍA DELGADO, J.L. - GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 1999, p. 397.

⁹⁷ En este sentido manifiesta su preocupación LONG, M. "Service public, services publics: déclin ou renouveau?" *Révue Française de Droit Administratif*, 1995, p. 502.

adaptación deben igualmente respetarse en el nuevo entorno garantizando el equilibrio interregional⁹⁸.

Semejantes obligaciones, fundamentadas en las disposiciones constitucionales ya expuestas, tienen una naturaleza que, a nuestro juicio, es esencialmente finalística. Las previsiones constitucionales imponen necesariamente una regulación que garantice no ciertos medios sino un determinado resultado. De las previsiones de nuestra Carta Magna no puede derivarse una interdicción de ciertas formas organizativas más que si, y sólo si, son incapaces de cumplir las exigencias de cohesión social y territorial que la Constitución establece. Pero, en tanto las garanticen debidamente, no hay obstáculo jurídico alguno a la liberalización de estos servicios.

Estos son los motivos que permiten afirmar que, al margen de la ya expuesta en otro momento necesidad de que, en los procesos de liberalización—privatización-regulación, no desaparezca totalmente la intervención estatal (algo que quedaba justificado por consideraciones de tipo económico) estos procesos deben ir necesariamente acompañados de la instrumentación de nuevas técnicas jurídicas que permitan el control del cumplimiento de las exigencias de cohesión social y que encaucen la actividad privada de tal manera que se eviten los evidentes riesgos, ya resaltados, de que la mera búsqueda de la eficiencia económica penalice los objetivos de cohesión.

La necesaria vinculación pública a estos objetivos debe pervivir tanto más si tenemos en cuenta que la estructura autonómica española ha de adecuarse por su parte al reto de construir un país con un mayor equilibrio regional en el que la idea de la uniformidad de las condiciones de vida sea central a la hora de referirnos al equilibrio regional (BAÑO)⁹⁹. La propia configuración regional española, con grandes diferencias no sólo en cuanto a la renta o el nivel de desempleo sino también en lo que se refiere a otros aspectos de gran trascendencia a estos efectos como la densidad de población convierten esta exigencia en mayor. No debe despreciarse la importancia de este factor. Resalta WOLF que la homogeneidad territorial de los Estados es un elemento básico a la hora de que las liberalizaciones sean exitosas y no produzcan riesgos de fractura social, algo que le permite afirmar que “la insuficiencia en el aprovisionamiento de servicios de base no es un

⁹⁸ PAULIAT, H. “Les effets territoriaux des politiques communautaires; vers un “droit territorial”?” en *La cohésion territoriale et les services publics en Europe. Interpretation et portée de l’article 7D du traité d’Amsterdam*, Pulim, Limoges, 1999, p. 125.

⁹⁹ BAÑO LEÓN, J. M^a. *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, p. 163.

problema real en Estados con una alta densidad de población como Alemania o Francia”¹⁰⁰ y que refleja claramente cómo precisamente en un país como España el problema se plantea de manera si cabe más aguda. Así que, con independencia de la relevancia constitucional de estas obligaciones, las peculiares características de la estructura regional española convierten en especialmente trascendente plantear la pervivencia de un modelo de inversión condicionada públicamente en la medida en que de esta manera se logra la creación de empleos, un incremento del avance tecnológico y un mayor bienestar social¹⁰¹.

La propia configuración territorial de España, en efecto, plantea riesgos evidentes de que la liberalización de ciertos servicios públicos redunde en discriminaciones de tipo económico que tendrían graves consecuencias. No es en efecto descabellado pensar que la liberalización de servicios como el de telecomunicaciones y la entera asunción de la prestación de los mismos por parte de operadores privados les llevará a gestionar los servicios desde la búsqueda, absolutamente legítima, del máximo beneficio posible. De manera que la implantación de redes digitales, por ejemplo, es legítimo aventurar que, a falta de obligaciones jurídicas que modulen estos impulsos, se realizará prioritariamente en las áreas en las que es previsible obtener una mayor rentabilidad del mencionado esfuerzo inversor. Lógicamente las mejores y más avanzadas redes, básicas para la prestación de ciertos servicios de valor añadido, se desplegarán inicialmente en las zonas más pobladas y más ricas, esto es, en aquellas donde es previsible obtener unos mayores ingresos explotándolas y, gracias a ello, una mayor y más veloz rentabilización de la inversión. Este tipo de infraestructuras, en un sector totalmente liberalizado y por mucho que en él la libre competencia entre empresas sea total, no llegará a ciertas regiones más que si estas aparecen previamente como suficientemente desarrolladas para permitir a la operadora rentabilizar la inversión. E, incluso en el caso en que finalmente la red sea desplegada, lo será con un retraso considerable con respecto a las zonas más desarrolladas del país. La cohesión social y territorial queda por ello seriamente puesta en cuestión, pues no sólo no se logra incrementarla sino que existe un evidente riesgo de que las diferencias aumenten.

¹⁰⁰ WOLF, D. “La réforme des services publics en Allemagne” en CHEVALIER, J.M./EKELAND, I./FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L’idée de service public est-elle encore soutenable?*, P.U.F., Paris, 1999, p. 18. WOLF es el Presidente de la *Bundeskartellamt*. “En caso de que se produjera una insuficiencia en el aprovisionamiento de servicios de base – algo que en mi opinión no es un problema real para estados con una gran densidad de población como Alemania o Francia, y que, por lo demás, tampoco han conocido los países escandinavos – la ley sobre las telecomunicaciones prevé una alternativa dentro de la libre competencia para remediarlo: para aquellas zonas en las que el servicio no esté garantizado, pueden realizarse concursos que atribuyan el mercado al ofertante que solicite las subvenciones menos onerosas”.

¹⁰¹ BOROTRA, F. *Faut-il défendre le service public?* Rapport d’information. Assemblée Nationale, 1995, p. 45.

Queda claro, en consecuencia, que en un Estado como España, en el que la densidad de población de amplias zonas del país es muy reducida y en el que los desequilibrios económicos son considerables, una intervención pública es imprescindible para evitar que la liberalización de ciertos servicios no sólo rompa con una tradición que los empleaba como agentes de cohesión social sino que además amplíe la fractura entre zonas rurales despobladas y menos desarrolladas y zonas urbanas económicamente punteras. Intervención que, por otra parte, de acuerdo con nuestro análisis de los preceptos constitucionales, es jurídicamente ineludible. Máxime cuando en algunos de los servicios de los que estamos hablando, y especialmente en el caso de las telecomunicaciones, las transformaciones tecnológicas del sector hacen especialmente importante su llegada a estas regiones más desfavorecidas, pues abren la puerta a la posibilidad de, siempre y cuando se disponga de una red de telecomunicaciones adecuada, asentar industrias y empresas en lugares menos desarrollados sin que eso suponga la penalización que hace unos años.

La obligación, como queda expuesto, no es de medios sino de resultados. El proceso de liberalización de los servicios públicos de transporte, energía o comunicaciones debe sin embargo tener en cuenta las previsiones constitucionales y comunitarias en este sentido. Y por ello la desregulación y la liberalización ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta estos factores e instituyendo nuevos medios de lograr estos objetivos.

c) El Derecho comunitario

El modelo jurídico que debe garantizar las exigencias de cohesión social en el desarrollo de las actividades económicas de los servicios públicos liberalizados debe asimismo tener en cuenta las exigencias del Derecho comunitario¹⁰². Como ya se ha señalado cuando se ha hecho referencia al proceso de liberalización, la preocupación comunitaria se ha centrado tradicionalmente en la defensa de la libre competencia, más allá de la propiedad pública o privada de las empresas encargadas de proporcionar los servicios. Sin embargo ello no excluye que el Derecho comunitario tome en consideración también la necesidad de que los mercados de servicios públicos liberalizados atiendan a otros objetivos

¹⁰² Sobre el esquema general en el que el Derecho comunitario encuadra estas manifestaciones *vide* DÍAZ ABAD, N. “La liberalización de servicios. Condicionamientos comunitarios” en ARIÑO ORTIZ, G (Ed.) *Privatización y liberalización de servicios*, UAM-BOE, Madrid, 1999, pp. 153-162.

al margen de los económicos y que estos coincidan precisamente con los que los Estados perseguían al organizar la prestación de ciertos servicios como públicos.

La preocupación referida a las exigencias públicas y especialmente a la trascendencia de la cohesión social se ha manifestado de formas distintas. Por un lado es notable que en los últimos años se ha producido un importante cambio en la propia consideración que el concepto de servicio público supone para las autoridades comunitarias y las consecuencias derivadas del mismo, tal y como ponen de manifiesto el artículo 7D del reciente Tratado de Ámsterdam o la Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000 sobre los servicios de interés general en Europa¹⁰³. Paralelamente la evolución jurisprudencial del Tribunal de las Comunidades Europeas en relación al artículo 86 del Tratado CE (antiguo artículo 90) ha acabado por reconocer, tras unos años en el que le interpretación del precepto era mucho más estricta, toda su riqueza, hasta ese momento obviada. Como manifestación externa de este fenómeno es sencillo constatar, tal y como señala ESPLUGAS¹⁰⁴, un mayor reconocimiento de obligaciones de servicio público o imposiciones equivalentes a operadores privados en las sucesivas reformas de los textos y de las prácticas en vigor, en suma una mayor presencia en el derecho derivado.

- La preocupación por la armonización de liberalización y cohesión en los Tratados

El Tratado de Ámsterdam modifica los textos constitutivos de la Unión Europea e introduce por primera vez un artículo, el 7D (artículo 16 del texto consolidado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) dedicado a los servicios públicos (servicios de interés general en la denominación comunitaria habitual):

Artículo 16 TCE: Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.

El artículo se refiere a las realidades ya comprendidas en el texto del Tratado que afectan a esta cuestión, como queda clara con la mención expresa que realiza de los

¹⁰³ COM (2000) 580

¹⁰⁴ ESPLUGAS, P. *Le service public*, Dalloz, Paris, 1997, p. 122.

artículos 73¹⁰⁵ y sobre todo 86¹⁰⁶ y 87¹⁰⁷ (referidos al régimen de reservas y ayudas públicas). En los servicios de interés económico general debemos entender comprendidos evidentemente todos los servicios públicos a los que nos venimos refiriendo, pues la mayor o menor amplitud del concepto, así como la interpretación que con respecto a su juego en el art. 86 ha realizado el TJCE no afecta en ningún caso a la consideración de los mismos, que incluso para las concepciones más restrictivas están claramente incluidos.

La verdadera novedad del artículo no es tanto el reconocimiento normativo de la existencia de ciertos servicios con un carácter particular derivado de las funciones que cumplen y las obligaciones que de ello se derivan para los poderes públicos sino la estrecha vinculación a una de ellas, la cohesión social y territorial. Estos servicios, de acuerdo con la

¹⁰⁵ Art. 73 TCE: Serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público.

¹⁰⁶ Art. 86 TCE: 1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o excluidos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

¹⁰⁷ Art. 87 TCE: 1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado común:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional.
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.

nueva redacción del Tratado de la Unión Europea, juegan un importante papel en la promoción de la cohesión social y territorial en el seno de la Unión y la regulación de los mismos debe velar para que esta función se cumpla lo mejor posible.

La trascendencia jurídica del artículo 16 TCE ha sido resaltada por varios autores. Para BAENA DEL ALCÁZAR el contenido del mandato jurídico del mismo es especialmente relevante en cuanto supone una mención expresa de los servicios económicos de interés general que debe conciliarse necesariamente con el artículo 86 pero con el interés añadido de que esta segunda mención pone el acento no sobre el necesario respeto de las reglas de la competencia sino sobre el mandato de cumplir los fines que rigen estos servicios: “la antigua reserva se ha transformado en el mandato principal”¹⁰⁸. La génesis de estas ideas, con todo, puede rastrearse incluso en los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (así en los artículos 2 y 3 del Tratado de Roma aparecen menciones sobre los objetivos de la comunidad que pueden entenderse como una primera manifestación de estas nociones), al menos en lo que se refiere a la cohesión social. Sí es una novedad absoluta, por el contrario, la mención a la cohesión territorial. Este tratamiento hace que cobre una gran fuerza la tesis que venimos defendiendo, en la medida en que la importancia estructural de estos servicios permite, ante todo, luchar contra las desigualdades territoriales, garantizando unos servicios eficientes y asumibles en todo el territorio en condiciones de igualdad.

Advierte POUGNAUD¹⁰⁹ de la fuerza del artículo, mayor que muchos otros en la medida en que no hace referencia a principios reconocidos o practicados en ciertos países miembros sino a “valores comunes de la Unión” y por el hecho de que se refiera a principios, lo que a su juicio significa que no hay solamente una práctica económica del servicio de interés general, sino que este se encuentra sujeto a reglas particulares en la medida en que no contraríen la construcción comunitaria¹¹⁰.

- Los servicios de interés general en el Derecho derivado

¹⁰⁸ BAENA DEL ALCÁZAR, M. “Pour une exegese doctrinale de l’article 7D du Traité d’Amsterdam” en *La cohésion territoriale et les services publics en Europe. Interpretation et portée de l’article 7D du traité d’Amsterdam*, Pulim, Limoges, 1999, pp.30-31.

¹⁰⁹ POUGNAUD, P. *Service public “à la française” une exception en Europe?*, IGD, 1999, p. 68.

¹¹⁰ Concede también una gran importancia a la referencia a los valores comunes BAUBY, P en su Rapport Introductif a la obra *La cohésion territoriale et les services publics en Europe*, Pulim, Limoges, 1999, p. 17.

En el Derecho comunitario derivado estas ideas han ido asimismo, de manera paulatina, ganando fuerza. La Comunicación de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 1996 sobre los servicios de interés general en Europa (96/C 281/03) apunta igualmente en esta dirección. Para este documento los servicios de interés general (aquellas actividades de servicio consideradas de interés general y por ello sujetas a obligaciones específicas de servicio público) y especialmente los servicios de interés económico general (que son los clásicos servicios públicos de los que venimos hablando en este trabajo tales como los servicios en red de transportes, energía y comunicaciones, designados por el artículo 86 TCE y sometidos también a estas obligaciones) representan un conjunto de valores comunes a los Estados europeos que constituyen la originalidad de Europa, se sitúan en la base del modelo europeo de sociedad, y son instrumento esencial en la consecución de los objetivos de solidaridad e igualdad que persigue la Comunidad Europea (ap. 1 y 2). Junto con la prestación eficaz de los mismos no pueden desconocerse otro tipo de misiones al servicio de los ciudadanos que los mismos desempeñan y que la Comunicación enumera: “seguridad del abastecimiento, la protección del medio ambiente, la solidaridad económica y social, la ordenación del territorio y el fomento de los intereses de los consumidores” (ap. 7).

La Comunicación hace suya las ideas contenidas en el Tratado y asume las consecuencias del referido principio de neutralidad (art. 295 TCE). Aunque la óptica del documento es proclive a la liberalización, aprovechando los beneficios que puedan derivarse de la introducción de una mayor competencia y de la creación del mercado único, la Comisión reconoce la posibilidad de que estos servicios, siempre y cuando logren dar respuesta a una serie de objetivos, puedan organizarse de forma diversa¹¹¹ y con una relativa libertad de los Estados para definir las misiones de interés general siempre y cuando respeten las disposiciones comunitarias (especialmente, en lo referido a la financiación de estos servicios, el art. 86).

El único mecanismo corrector que prevé esta Comunicación a efectos de prevenir el posible incumplimiento de objetivos de cohesión social y territorial debido a la liberalización de los servicios es la creación del servicio universal (aps. 28 y ss.), que supone la obligación de garantizar un servicio de calidad a un precio asequible para todos con base en los principios de igualdad, universalidad, continuidad y adaptación (en una

¹¹¹ “Estos servicios pueden ser prestados, en monopolio o en régimen de competencia, tanto por empresas privadas como por organismos públicos, así como por asociaciones público-privadas (ap. 10).

manifestación de la flexibilidad del contenido del concepto). La posibilidad de establecer obligaciones suplementarias de servicio público aparece de forma muy residual.

La evolución que los últimos años han vivido en la materia ha provocado la aparición de una nueva Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa de 29 de septiembre de 2000 (COM(2000) 580 final) que se muestra más receptiva a considerar las limitaciones a las políticas de liberalización precisas para armonizar éstas con la necesaria consecución de otros intereses públicos como la cohesión. Esta nueva Comunicación ya tiene en cuenta la modificación del Tratado que supone el art. 16 referido, y resalta los tres pilares del enfoque comunitario sobre el particular:

- neutralidad respecto a la propiedad pública o privada de las empresas (ap. 21);
- libertad de los Estados miembros para definir los servicios de interés general, sujeta al control de los errores manifiestos (ap. 22);
- proporcionalidad en virtud de la cual las restricciones de la competencia y las limitaciones de las libertades del mercado único no excedan lo necesario para garantizar el cumplimiento eficaz de la misión (ap. 23).

La visión que la Comisión muestra de los servicios económicos de interés general sigue considerando, sin embargo, la labor pública como conveniente sólo en tanto sea residual. Tal y como expone el apartado 14 de la Comunicación que “los servicios de interés económico general deban prestarse incluso cuando el mercado pueda no tener incentivos suficientes para hacerlo (...) no quiere decir que en muchos casos el mercado no sea el mejor mecanismo para prestar tales servicios”. Este informe de la Comisión preconiza en consecuencia las soluciones que permiten armonizar las definiciones de obligaciones específicas de interés general con la libre competencia y la prestación de servicios por operadores privados (esto es, mecanismos que giran en torno a la idea de servicio universal). La visión de las autoridades comunitarias muestra siempre un sesgo desfavorable a la intervención pública, y aunque se detecta una positiva evolución en algunos aspectos (por ejemplo el apartado 17 reconoce la posibilidad de que ciertos servicios de interés general requieran una reserva en el caso de que únicamente de esa manera posible satisfacer todos los objetivos) siempre suele ir matizada de un recurso, en última instancia, al mercado (en el caso reseñado, por ejemplo, la Comisión se inclina por un modelo de gestión indirecta y no directa). Aunque puede percibirse, en términos globales, una mayor preocupación por la labor de protección y bienestar social a nivel nacional y regional que poseen estos servicios, y que en ocasiones no se logra totalmente recurriendo únicamente a las obligaciones de servicio universal (ap. 68).

- La jurisprudencia del TJCE

La jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas en relación a la interpretación de las normas del artículo 86.2 del TCE que permitían derogaciones puntuales a las disposiciones en materia de defensa de la competencia, extraordinariamente limitativa, ha acabado por reconocer, en las Sentencias *P. Corbeau* de 19 de mayo de 1993 y *Cne d'Almelo* de 27 de abril de 1994 la posibilidad de que la actividad en ciertos servicios queden sujeta a restricciones y que la normativa en la materia se aligere para lograr un equilibrio económico que garantice la prestación de ciertos servicios juzgados de interés general. A partir de estos pronunciamientos jurisprudenciales la excepción del artículo 86.2 TCE a favor de los servicios de interés económico general cobra un renovado aliento, que facilita enormemente encuadrar las restricciones y nuevas regulaciones expuestas y que tienen por objetivo facilitar el cumplimiento de los objetivos señalados en materia de cohesión social. Máxime cuando esta jurisprudencia comunitaria define precisamente las condiciones que caracterizan a los servicios de interés económico general atendiendo a rasgos que nos sitúan en la lógica del servicio público como elemento de cohesión social: continuidad, igualdad de trato y servicio integral en todo el territorio.

El problema principal al que se enfrentan los servicios públicos o las labores de servicio público sufragadas por el Estado es la consideración que merecen a los efectos del régimen de ayudas públicas de los arts. 86 y 87 TCE. El Tribunal de Primera instancia europeo ha reflejado en sus decisiones más recientes la flexibilización comentada, que permite la interpretación del Tratado con todos sus matices. Así, si bien ha entendido que la compensación concedida por el Estado a una empresa para la realización de deberes de interés general constituye una ayuda estatal en el sentido del artículo 87 del Tratado, también ha señalado que esta ayuda no tiene por qué ser incompatible con el sentido del TCE aunque no se pueda incardinar en las excepciones de los artículos 73 o el propio 87 siempre y cuando pueda entenderse comprendida por la habilitación del apartado 2 del artículo 86¹¹².

¹¹² Asunto T-106/95 *FFSA*; asunto T-46/97 *SIC*; asunto C-174/97P *FFSA*.

- Plasmación sectorial

Pero las exigencias del Derecho comunitario que más importancia tienen a la hora de afectar a la regulación nacional en estas cuestiones son aquellas que afectan, específicamente, a la cohesión social y territorial impuestas por las Directivas y Reglamentos. En efecto la incorporación de nuevos mecanismos jurídicos que permitan en un entorno liberalizado garantizar la cohesión no es enteramente libre en la medida en que el Derecho derivado comunitario ha incorporado, por su parte, regulaciones que deben seguir los Estados. Estas normas limitan y encuadran la regulación estatal sobre estas actividades.

Así, por ejemplo, el “servicio universal”¹¹³ es una construcción importada de Estados Unidos por la Comisión Europea, que aparece por primera vez en el Libro Verde sobre Telecomunicaciones de 1987 aunque sólo como un mero objetivo¹¹⁴. En cualquier caso lo que queda claro es que los procesos de liberalización de los mercados de servicios públicos, en la medida en que han sido impulsados por la Unión Europea, quedan lógicamente vinculados en gran medida al diseño que sobre la nueva regulación del sector y de las garantías de cohesión que definan las Directivas comunitarias.

En este sentido es posible plantear si, dado que la Unión Europea se configura como una unión económica en la que la regulación básica de mercados como el de las comunicaciones o el transporte están regulados de manera común y global para toda la Unión, la imposición de exigencias adicionales por parte de los estados miembros no podrían considerarse como una medida de efecto equivalente al establecimiento de barreras a la libre circulación de productos y servicios. La imposición de exigencias más rígidas en materia de servicios de interés general o en la regulación del servicio universal en unos países con respecto a otros podría, en efecto, actuar como barrera de entrada para competidores de países con regulaciones más laxas. Los costes de introducirse en nuevo mercado, si las obligaciones previstas por el legislador estatal son mayores, aumentan considerablemente. De forma que la imposición de cargas con el objetivo de asegurar una

¹¹³ Un servicio descrito en los textos comunitarios como de base y ofrecido a todos en condiciones tarifarias abordables y con un nivel de calidad standard. El servicio universal, como recoge la Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000, constituye un elemento básico de la liberalización del mercado de servicios tales como las telecomunicaciones en la Unión europea. Por medio de la definición de los mismos y sobre todo estableciendo obligaciones concretas de servicio universal se pretende asegurar la continuidad y calidad del servicio a todos los usuarios durante la transición de la prestación en régimen de monopolio a unos mercados abiertos a la competencia.

¹¹⁴ ESPLUGAS, P. *Le service public*, Dalloz, Paris, 1997, p. 125.

mayor cohesión social y territorial puede actuar como una medida de facto protectora de las empresas nacionales, ya instaladas en un mercado, el propio, que deviene más inaccesible que los del entorno europeo en los que, por el contrario, estas empresas sí podrán actuar con cierta libertad.

Sin embargo es obvio, por otro lado, que la configuración de las liberalizaciones llevada a cabo por la Unión Europea no puede conducir a una conclusión semejante. En primer lugar porque jurídicamente carece de sentido. El respeto a las Directivas y Reglamentos de la UE en la materia no excluye la posibilidad de legislar más allá de los mismos, tanto en el sentido de profundizar en la vía liberalizadora como en el de hacerlo en la garantía de otros aspectos como puede ser la cohesión social. Para que el Derecho comunitario suponga una barrera real a las medidas que imponen condicionantes en materia de servicios universales u obligatorios estas deben conducir a una infracción de otras normas del Derecho comunitario. Las más próximas son, como ya se ha comentado, las de libre circulación y defensa de la competencia, pero en la medida en que se trate de medidas iguales para todos y que respondan claramente a los objetivos invocados de búsqueda de cohesión social no podrán ser interpretadas como no ajustadas a los tratados (cumplimiento de los requisitos de necesidad y proporcionalidad de las medidas). Y en segundo lugar porque consideraciones de tipo material apoyan la pertinencia jurídica de estas medidas, ya que la cohesión social debe en gran parte resolverse dentro de los propios Estados¹¹⁵ y son en consecuencia consideraciones de tipo nacional las que deben primar a la hora de regular los mecanismos jurídicos aptos para su defensa.

Esta es, por otro lado, la opinión de la propia Comisión Europea, que en su Comunicación de 11 de septiembre de 1996 se alinea en estas tesis. Los servicios de interés general y el servicio universal en las versiones impuestas por las normas de Derecho comunitario no son más que el núcleo duro de las garantías en la materia que debe ser respetado en cualquier caso (ap. 30). Ahora bien es siempre posible que los Estados miembros vayan más allá y definan obligaciones que busquen el cumplimiento de objetivos de servicio público e interés general siempre y cuando se lleve a cabo a través de medidas conformes al Derecho comunitario^{116 117}.

¹¹⁵ Ya se ha comentado que las diferencias entre regiones son cada vez más acusadas y más importantes que las diferencias entre Estados.

¹¹⁶ Una última cuestión relativa a la influencia comunitaria en la obligación de garantizar la provisión de ciertos servicios hace referencia a la propia posibilidad de creación de “servicios públicos europeos”. Tal y como señala BOUAL en *La cohésion territoriale et les services publics en Europe. Interpretation et portée de l'article 7D du traité d'Amsterdam*, Pulim, Limoges, 1999, p. 41; es posible plantear que las exigencias

d) *Contenido de la obligación constitucional*

La convicción de que el Estado, por los múltiples motivos ya expuestos, debe adoptar un papel más humilde en la gestión de servicios públicos y la consiguiente liberalización de los mismos, en la medida en que no puede desatender, la previsión de medidas que aseguren la cohesión, requiere en consecuencia de una nueva articulación de la normativa reguladora de esos sectores. La necesidad de garantizar la prestación de ciertos servicios en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos así lo exige.

Los mercados liberalizados no dejan, por serlo, de estar regulados en ciertos aspectos. Una regulación que se hace tanto más necesaria cuando se constata la existencia de fallos del mercado. Dado que, como ha quedado ya demostrado, la pura lógica económica plantea notables déficits en materia de cohesión social y territorial, es en estos aspectos donde al menos deberá en cualquier caso incidir la regularización que debe acompañar la liberalización de servicios. En concreto, y más allá de la búsqueda de una competencia perfecta, imposible de lograr e insuficiente en todo caso en lo referido a este aspecto¹¹⁸, la regulación pública pasa por la asunción del Estado de la garantía de los servicios esenciales en la materia.

Esta asunción puede realizarse de diversas maneras. Como ya hemos puesto de manifiesto, no se trata de que el Estado esté obligado a proveer los servicios de una determinada forma. La obligación, conviene reiterarlo, es de resultados, no de medios. Y estos pueden ser variados. Desde la creación de empresas dedicadas específica y exclusiva

jurídicas comunitarias puedan llegar un día a plantear ir más allá y asumir la responsabilidad de realizar estos objetivos a través de los servicios públicos por ella misma mediante la creación de estructuras comunes en toda la Unión.

¹¹⁷ BAENA DEL ALCÁZAR, M. “Pour une exegese doctrinale de l’article 7D du Traité d’Amsterdam” en *La cohesión territorial et les services publics en Europe. Interpretation et portée de l’article 7D du traité d’Amsterdam*, Pulim, Limoges, 1999, p. 34 plantea que la obligación de asegurar una cierta cohesión social y territorial a través de los servicios públicos que se expresa en el TCE, de “velar” por ella, afecta de manera primordial a los Estados y no a las regiones. Es un aspecto adicional del problema la determinación del juego de principios como el de subsidiariedad en esta cuestión, máxime teniendo en cuenta que al igual que pueden producirse notables diferencias interregionales dentro de un Estado el grado de desarrollo de zonas distintas en el seno de una región puede, asimismo, variar.

¹¹⁸ En este sentido no compartimos la tesis de HAYECK, Friedrich A. Von, quien estima que la liberalización y la apertura a la competencia es deseable y produce efectos favorables incluso aunque la consecución de la libre competencia absoluta no esté garantizada. *Vide Derecho, legislación y libertad : una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1985.

(o al menos contablemente en exclusiva, debido a las obligaciones comunitarias) a la provisión de estos servicios en un mercado a pesar de ello liberalizado y en el que las empresas privadas puedan acceder a todo él, revistiendo la actividad pública una función meramente subsidiaria a, en un modelo igualmente posible pero de orientación totalmente distinta, imponer la obligación jurídica a los operadores privados que operan en el mercado de encargarse de la prestación de los servicios. Entre ambos extremos las posibilidades intermedias son, evidentemente, numerosas. Un estudio de estos modelos teóricos, o al menos de las principales opciones en la materia, será realizado más adelante.

Llegados a este punto es conveniente dar un paso más y resaltar la imposibilidad de que medidas como las referidas no se instituyan junto con la liberalización del mercado, pues caso de que una operación de este tipo se lleve a cabo sin contar con ellas no sólo plantearía grandes riesgos sino que, además, a nuestro juicio, sería inconstitucional. Las exigencias constitucionales en materia de igualdad y su fomento, así como la referida a que el Estado garantice unas mínimas condiciones uniformes de vida en todas las regiones no son respetadas en los procesos de liberalización de servicios económicos esenciales tales como las telecomunicaciones, los transportes o la energía si no se prevé paralelamente algún tipo de intervención pública suficiente para paliar los déficits que producen en materia de cohesión social. Una regulación liberalizadora que desconociera estos mecanismos o que los instrumentara de forma manifiestamente insuficiente contrariaría la lógica de los artículos 138 y 130 de la Constitución, en conexión con su art. 9.2.

Para que la obligación estatal impuesta por la Constitución sea incumplida es preciso que la legislación liberalizadora reúna las siguientes características:

- a') Que sea llevada a cabo en un sector que tenga carácter de infraestructura básica, esto es que se trate de un servicio económico esencial.

- b') Que la labor de servicio público tradicionalmente cumplida por medio de la gestión del mismo a cargo del Estado haya tenido un componente de labor, también, de cohesión social y territorial. En la medida en que se trate de uno de los sectores relacionados en el primer punto está claro que, automáticamente, y como ha quedado ya expuesto¹¹⁹, este segundo queda asimismo cumplido.

¹¹⁹ Vide *supra* III, 3, B.

- c') Que la liberalización sin que se instituyan elementos correctores ponga en peligro la labor de cohesión realizada con anterioridad. Para que este punto se realice, de nuevo, basta con que se trate, en principio, de uno de los sectores enunciados en el primer punto. Debe sin embargo matizarse esta cuestión, en la medida en que puede ser posible una liberalización en un sector que no plantee este tipo de problemas, aunque los análisis económicos en la materia indican que la búsqueda de la eficiencia económica supone, sistemáticamente, la realización de ciertos sacrificios en este punto.

En cualquier caso que la situación final del mercado de los servicios liberalizados, bien sea porque la intervención reguladora correctora estatal es inexistente, bien porque es insuficiente, provoque que, lejos de lograrse a su través una paulatina disminución de las desigualdades, ésta se incremente.

A nuestro juicio la mera constatación de que la nueva regulación del mercado de servicios en cuestión ha dejado de cumplimentar su función redistributiva no es suficiente como para predicar su inconstitucionalidad. La propia dificultad de medir exactamente los efectos de este tipo de procesos obliga a interpretar de una manera necesariamente laxa los límites constitucionales en la materia, máxime cuando las formas coherentes y seguras que garanticen un efectivo control de la Administración económica y que S. MARTÍN RETORTILLO echaba a faltar hace años¹²⁰, siguen sin existir. No podemos olvidar, asimismo, que nos enfrentamos a enunciados constitucionales que, aunque poseen toda la fuerza normativa, lo hacen en tanto que principios que deben orientar y dirigir la legislación y la acción de Gobierno, pero no determinarla rígidamente. Sin embargo no nos cabe ninguna duda de que desde el momento en que la regulación no sólo se manifiesta incapaz de garantizar el mantenimiento del papel nivelador de las desigualdades que supone la prestación de estos servicios sino que favorece un aumento de éstas nos encontramos ante un incumplimiento de la obligación constitucional que el Estado tiene en la materia. En la medida en que la legislación liberalizadora desconozca el cumplimiento de las obligaciones de los artículos 9.2, 40.1 y 138.1 de la Constitución y sea la responsable de una desregularización del mercado que provoque la regresión en materia de cohesión ha de apreciarse que no se compadece con los postulados constitucionales.

¹²⁰ MARTÍN RETORTILLO, S. "Aspectos administrativos del crédito", en *La disciplina publicista del crédito*, Padua, 1971, p. 158 *apud* CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. "Aproximación jurídica al concepto de intervencionismo económico. Reflexiones con ocasión de una obra de Wiebel" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 3, 1974, pp. 473 y ss.

En este sentido quizá convenga resaltar que el reconocimiento jurisprudencial por parte de tribunales europeos de ciertos derechos a los ciudadanos relacionados con la calidad de los servicios públicos permite apoyar el avance en la línea reseñada. Desde el momento en que consideramos que el Estado tiene una obligación jurídica de garantizar ciertos servicios es cuando podemos, correlativamente, considerar que hay un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigirlo. Y en la medida en que ciertas obligaciones de servicio público en materias como la calidad puede ser reivindicables, ¿por qué no iba a poder serlo la propia previsión de mecanismos jurídicos que aseguren la continuidad de una cierta orientación de servicios esenciales? En este sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha reconocido a los ciudadanos el derecho a la calidad de los servicios públicos económicos¹²¹. La calidad es entendida por el tribunal como una combinación de ciertas exigencias mínimas de precio, acceso a todos al servicio y transparencia. En su sentencia de 23 de abril de 1991, asunto *Höfner / Macroton* la gestión eficaz del servicio público es uno de los criterios jurídicos que justifican la monopolización del mismo, argumentación que se repite en *Almelo* y *Corbeau* en las conclusiones de los abogados generales. Y el Tribunal Supremo español, en Sentencia de 14 de octubre de 1999, considera que “ni siquiera el enfoque prestacional por parte del Estado (...) autorizaría a derivar de la norma fundamental la exigencia de que el Estado fuera accionista” a la hora de analizar la licitud de la venta por parte del Estado de un paquete accionarial en una compañía dedicada a la prestación de servicios económicos de interés general. Esta Sentencia deja claro que no entiende el Tribunal Supremo que la Constitución imponga una determinada manera de prestar ciertos servicios, pero que sí considera (aunque no los explicita), que existen algunos de ellos cuya prestación debe garantizarse en todo caso por mucho que no sea preciso llevarlo a cabo a través de la acción pública directa o del control accionarial de la compañía encargada de ello por haber “técnicas diferentes del control accionarial de las empresas, de los intereses públicos inherentes” (FJ 11º)¹²².

e) *Las autorizaciones como instrumentos de control en los mercados liberalizados*¹²³

¹²¹ VOISSET, M. “La reconnaissance, en France, d’un droit à la qualité dans les services publics” *Revue Française de Droit Administratif*, 1999, p. 745.

¹²² ESCOBAR ROCA, G. “El nuevo derecho de las telecomunicaciones, ante el Tribunal Supremo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 108, p. 585.

¹²³ Sobre la capacidad de las autorizaciones de influir sobre el régimen de prestación de los servicios, vide BOIX PALOP, A., “Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción de servicio público”, en *Revista General de Derecho* (en prensa).

Al margen de las medidas que por medio de textos normativos imponen obligaciones de servicio público o la prestación obligatoria de ciertos servicios, así como establecen unos determinados parámetros de calidad, existen otros instrumentos que contribuyen a orientar la prestación de los servicios en los mercados liberalizados. Es decir, que junto a las normas que imponen obligaciones de tipo material y cuya finalidad expresa es en parte la preservación de la cohesión social y territorial, otros instrumentos jurídicos pueden coadyuvar a la realización de estos objetivos. Es el caso de las autorizaciones para operar en ciertos mercados, que en cuanto pueden comprender un contenido jurídico mayor al de la tradicional autorización administrativa (otorgada como habilitación para actuar en un mercado en la forma considerada más apropiada por el particular) y se aproximan en ciertos elementos al régimen concesional (ya que imponen ciertas condiciones y orientan la prestación) cumplen también una importante función a la hora de ordenar el servicio.

En los mercados liberalizados la posibilidad de que cualquier operador se instale y desarrolle las actividades económicas propias del sector es, en principio, absoluta. Sin embargo es posible, sin que por ello podamos seguir considerando que el sector continúa reservado al sector público, que la Administración conserve un cierto poder de policía que le permita controlar la entrada de actores privados, condicionándola al cumplimiento de unos requisitos fijados por los poderes públicos y que pueden comprender orientaciones sobre la forma en la que se habrá de prestar el servicio. Aunque la existencia del derecho a desarrollar la actividad no debe por ello ponerse en cuestión, es cierto que queda matizada en la medida en que el derecho existirá, pero no para desarrollar cualquier tipo de servicio sino uno con características propias y delimitadas: el que la autorización administrativa contempla.

La vinculación del acceso a los mercados liberalizados al cumplimiento de ciertas obligaciones previamente definidas integra también, como es evidente, las obligaciones de servicio universal y equivalentes establecidas normativamente. Pero el empleo de la técnica autorizatoria permite otro tipo de condicionamientos de las prestaciones. Todo lo cual no significa, sin embargo, que estemos ante un retorno de la técnica concesional. O, al menos, no en la mayor parte de los casos. Un régimen jurídico suficientemente claro y que garantice la seguridad jurídica permite la perfecta compatibilidad de la liberalización de los mercados con el empleo de la capacidad de la Administración para autorizar el desarrollo de la actividad y, de esta manera, sin restringir la entrada a ningún operador que cumpla los requisitos, establecer exigencias que tiendan a salvaguardar valores como la cohesión social. La autorización administrativa que sustituye a la antigua concesión, propia del

modelo de reserva al sector público con gestión indirecta, es en un entorno liberalizado un instrumento esencial del que dispone la Administración a la hora de condicionar la prestación del servicio. De hecho es prácticamente el único, más allá de la imposición de las obligaciones legales ya comentadas, que permite a la Administración predeterminar de acuerdo con la concepción que ésta tenga de cuáles sean las necesidades básicas que deben ser cubiertas, así como la organización y generalización del servicio. Los mercados de servicios liberalizados en los que la intervención pública se realizaba con anterioridad por medio de la gestión directa suelen de hecho emplear esta técnica y la actividad en el sector se supedita a la obtención de la previa autorización. Por medio de éstas, además, puede modularse el propio régimen de compromiso de los actores económicos privados, estableciendo, por ejemplo, diversos tipos de autorizaciones con regímenes más o menos exigentes en función de los concretos servicios que deseen prestarse.

Este sistema permite al Estado retener un cierto control sobre cómo se va a realizar la prestación del servicio. Incluso puede considerarse que hay una cierta proximidad a la concesión tradicional de los mercados no liberalizados en la medida en que se configura por parte de la Administración, en gran medida, el modo en que se prestará la actividad. Lo que, en cualquier caso, no deja de ser lógico pues la concesión es el instrumento utilizado cuando las exigencias de garantizar intereses públicos son tales que el Estado opta por asumir directa o indirectamente la prestación del servicio. El que se decida establecer mayores controles y condicionamientos no deja de ser una manifestación de la existencia de intereses públicos de mayor trascendencia, como en este caso ocurre. Sin embargo la opción liberalizadora es compatible con esta idea, permitiendo, eso sí, bajo el control mencionado, el acceso al mercado de todos cuantos lo deseen. Es lógico por ello que los intereses públicos traten de salvaguardarse acudiendo a regulaciones muy próximas al modelo anterior, pues si bien la lógica económica que sustentaba la prestación de estos servicios ha variado no lo han hecho tanto ni sus implicaciones ni su consideración jurídica. Es este el sentido de la distinción que establece VILLAR EZCURRA¹ cuando diferencia dos tipos de autorizaciones: aquellas que simplemente habilitan para el ejercicio de una actividad y las que además establecen obligaciones de servicio público, de manera que mientras las primeras serán actividades de mera policía administrativa las segundas, llamadas *operacionales*, establecen un vínculo *quasi contractual* entre las Administraciones y el particular, estableciéndose una relación jurídica extraordinariamente semejante a la concesión. Subsiste sin embargo una diferencia, que es la que en su momento consideramos nos permitía distinguir una y otra figura: la libertad de acceso siempre y cuando se cumplan estas condiciones queda garantizada, existiendo un verdadero derecho, en consecuencia, a

la prestación de estos servicios, manifestación de la característica inherente a la concesión señalada por VILLAR PALASÍ y ya mencionada, la exclusividad¹²⁴, que por el contrario no puede encontrarse en las autorizaciones en tanto un reconocimiento de un derecho o una libertad por parte del ordenamiento jurídico afecta a todos los sujetos que acrediten cumplir las condiciones de ejercicio del mismo.

Este esquema teórico se ha visto reflejado en la legislación sectorial en la materia, que ha optado por establecer el sometimiento a autorización administrativa o, en ocasiones, un control más laxo basado en la comunicación, en la mayor parte de los procesos liberalizadores de servicios públicos. La justificación de estas cautelas es, evidentemente, la propia importancia de los servicios a desarrollar. Es significativo cómo, igualmente, aparecen regímenes son más o menos exigentes en función de la importancia concreta de la actividad autorizada, como muestra de la capacidad moduladora que puede poseer la autorización.

Así es significativo cómo la Ley General de Telecomunicaciones diferencia entre autorizaciones generales que habilitan para la prestación de aquellos servicios que por su menor trascendencia económica no se someten a un régimen particularmente severo y licencias individuales, mucho más estrictas. El control de la Administración en las primeras es muy tenue, hasta el punto de no ser estrictamente precisa la intervención de la misma para permitir al operador empezar a prestar servicio¹²⁵. Sin embargo la prestación de estos servicios es controlada en la medida en que la propia autorización configura el modo en el que deberá prestarse el servicio, y abandona la lógica más liberalizadora de autorizar la actuación en un mercado liberalizado, en el que las fuerzas del mismo serían las encargadas de regularlo, para optar por predeterminedar por sí misma cómo y en qué condiciones deberán ser atendidos los servicios de telecomunicación autorizados¹²⁶.

¹²⁴ VILLAR PALASÍ, J.L. Voz “concesiones administrativas” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix editor, Barcelona, 1952, p. 697.

¹²⁵ Tal y como establece la Directiva 97/13/CE, de la que la legislación española en la materia es un trasunto más o menos fiel según los casos.

¹²⁶ De este modo el artículo 11 LGT presenta un listado de posibles condiciones que luego la Orden ministerial encargada de regular estas autorizaciones (OAG) distribuye, imponiendo algunas con carácter general y exigiendo el resto sólo a los titulares de algunas de las autorizaciones. El art. 10 OAG establece cuáles son las obligaciones a las que se somete cualquier obligación general. Se trata de un listado amplio, que configura no sólo cómo debe prestarse el servicio (o al menos qué prestaciones deben ofertarse en todo caso y en régimen de igualdad) a través de la técnica de las obligaciones de servicio público, sino también un amplio abanico de obligaciones para con la Administración y los usuarios que se imponen a los operadores y que en gran parte son fiel trasunto del contenido más clásico de un pliego concesional (obligaciones de traspaso de información y documentación a la Administración, en materia de contratación, cabiendo imponer modelos de contratos, exigencia de transparencia en los precios y facturación, imposición de normas y

Por el contrario el régimen de las licencias individuales es más estricto y aporta a la Administración mayores potestades de control, intervención y predeterminación de la prestación del servicio en la medida en que se trata de las actividades socialmente más trascendentes. Dentro de estas licencias, además, la Ley General de Telecomunicaciones y la normativa de desarrollo¹²⁷ establecen regímenes diversos en función, de nuevo, del tipo concreto de licencias ante las que nos encontremos. En concreto, el desarrollo reglamentario de estas obligaciones es extraordinariamente exigente¹²⁸. La trascendencia social de las actividades autorizadas se corresponde con la obligación de asumir compromisos bastante onerosos en materia, esencialmente, de despliegue de redes a ciertos operadores. En este modelo de esquema de intervención pública a través de la autorización administrativa vemos con claridad que la regulación va más allá de limitarse a ordenar el mercado sino que apuesta por condicionarlo por medio de la misma. Así, dado que el despliegue de redes que puedan rivalizar con las ya instaladas se considera un instrumento básico para la consecución de la libre competencia el otorgamiento de la licencia-autorización se vincula a compromisos en la materia que contribuyan a mejorar las infraestructuras del sector.

El panorama descrito pone de manifiesto de modo muy claro cómo se da respuesta también a través de la autorización a las necesidades que dieron lugar al servicio público. El

standards técnicos, de requisitos varios que permitan la interconexión y el correcto funcionamiento de la red y de los recursos de numeración, obligación de respetar la normativa en materia de protección de datos, urbanismo y medio ambiente). El art. 11 OAG establece, a su vez, obligaciones específicas para cada tipo de autorización general, quedando así patente que las obligaciones y el régimen jurídico de cada una de ellas está íntimamente ligado al tipo de servicio prestado y a los intereses públicos que se sustentan con la prestación de ese servicio. El incumplimiento de estas obligaciones puede suponer, además, la revocación de la autorización (arts. 13 LGT y 7 OAG), lo que les confiere una extraordinaria importancia y acentúa su carácter ordenador de la prestación del servicio, más allá de ser requisitos para obtener el título habilitador.

¹²⁷ En este sentido la Orden Ministerial encargada de regular las licencias individuales (OLI). Además las obligaciones que han de asumir los licenciatarios no son únicamente las establecidas en la LGT y la OLI, sino que la propia resolución que otorgue la licencia puede contener otras específicas para el solicitante, manifestación clara, aunque no parece haber sido puesta en práctica, del grado de control que en la prestación del servicio conserva la Administración.

¹²⁸ Los solicitantes deben acreditar numerosos aspectos referidos a su solvencia técnica y los artículos 16 LGT y 5 OLI disponen las condiciones generales que deben cumplir los licenciatarios que pretenden garantizar las condiciones en que se prestará el servicio y el cumplimiento de unos servicios mínimos considerados básicos socialmente. Cada tipo de licencias, además, tiene condiciones particulares (art. 24 OLI para el Tipo A; art. 27 OLI para el Tipo B; art. 30 OLI para el Tipo C) y se establecen diferencias notables en el tratamiento que concede a los diferentes tipos de licencias, quedando patente una gradación que depende de la importancia de los servicios que cada una de ellas permite prestar, de su trascendencia social, aparejando en consecuencia diferentes derechos y obligaciones.

mercado queda efectivamente liberalizado, salvo en supuestos excepcionales¹²⁹, pero su gestión, que debe compadecerse con ciertos intereses generales, se encuadra administrativamente por medio de estos instrumentos. La mayor o menor incidencia de las atribuciones de la Administración en la prestación del servicio no es sino una prueba de la trascendencia social del servicio que se presta.

¹²⁹ Aquellos en los que se produce una limitación en el número de licencias (por ejemplo en materia de telefonía móvil, *vide* . art. 20 LGT). En estos supuestos, por mucho que la LGT hable de licencias, es probablemente más apropiado hablar de verdaderas concesiones, en la medida en que concurre tanto el factor de la predeterminación en el modo de prestar el servicio como la reserva de la posibilidad de permitir el acceso al mercado. Toda la regulación de estas licencias posee unos clarísimos rasgos concesionales. No es de extrañar que, significativamente, la importancia de la legislación en materia de contratos sea en ellas muy superior al resto.

IV. LA ARMONIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS DE COHESIÓN SOCIAL CON LOS PROCESOS LIBERALIZADORES

Para finalizar nuestro estudio sobre los problemas planteados por la necesidad de garantizar la cohesión social y territorial a través de servicios públicos objeto de procesos de liberalización puede resultar interesante esbozar las fórmulas más frecuentes empleadas para tratar de compatibilizar ambos aspectos. El aseguramiento del respeto a la función cohesionadora que deben poseer los servicios públicos económicos de naturaleza estructural se puede lograr por medio de mecanismos diversos a pesar de su proximidad. Para su mejor comprensión vamos a desarrollarlos tomando como ejemplo en cada caso la experiencia española en alguno de los sectores que las han empleado.

1. Consideraciones previas

A. Modelos de regulación pública de la actividad económica privada

Los instrumentos jurídicos garantizadores de la cohesión social y territorial que se instauran junto a la liberalización de mercados son elementos que se enmarcan dentro de una actividad más amplia de regulación pública de ciertos mercados. Esta actividad se ha realizado históricamente de formas muy diversas. Es habitual destacar la existencia de cinco grandes modelos de intervención¹³⁰:

a) *Sunshine regulation*. Se basa en un control indirecto del mercado y sus partícipes. La consecución de una competencia lo más libre posible y con ella de sus beneficiosos efectos se realiza a través de la transparencia. Una de las primeras experiencias liberalizadoras de la historia, la del ferrocarril en Massachussets en el siglo XIX se realiza siguiendo este modelo. Para ello se recurre a una comisión de tres miembros que gozan de una gran

¹³⁰ DUMEZ, H. – JEUNEMAÎTRE, A. “Quelles modèles de régulation pour les services publics? en CHEVALIER, J.M./EKELAND, I./FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, PUF, Paris, 1999, pp. 69-77.

independencia y de un estatuto que busca garantizarla por medio de sueldos imponentes y el recurso a personalidades de gran prestigio. La Comisión es una especie de lupa que se dedica a hacer encuestas, informes, pero que tienen una gran trascendencia por el propio prestigio de la misma. Con su difusión se tratan de erradicar los déficits de información de los consumidores y así impedir interferencias en el libre juego de los agentes económicos.

b) *Regulación por autodisciplina*. Este modelo, al igual que el anterior, opta por un control extraordinariamente débil de los comportamientos de los actores del mercado. La labor de regulación externa al sector es igualmente inexistente, pero el comportamiento de las empresas se modula no a través de la transparencia sino confiando en que sean éstas las que, ante la amenaza de una regulación pública externa que puede serles más perjudicial, opten por darse unas normas de conducta. Es un ejemplo el *Takeover Panel* británico que autorregula las OPAS en la City.

c) *Light-handed regulation*. Este sistema sí supone, a diferencia de los anteriores, una intervención pública. Sin embargo ésta se restringe al mínimo y la Administración sólo interviene por medio de los mecanismos clásicos de defensa de la libre competencia. En lo que se refiere a la consecución de otros objetivos se trata de no intervenir públicamente para suplir las deficiencias del mercado por miedo a provocar deficiencias burocráticas.

d) *Regulación sectorial independiente*. Modelo aplicado por el Reino Unido en la ola privatizadora de los Gobiernos TATCHER. Los monopolios se privatizan sin dividirlos, salvo en el caso de la electricidad. El regulador se encarga por ello por una parte de abrir el sector a la competencia y por otra de regular el monopolio natural en tanto subsista.

e) *Regulación jurídica* ordenadora del sector, que permite controlar tanto la libre competencia como establecer obligaciones de diversa índole o condicionar materialmente la prestación del servicio. Es en este modelo, más intervencionista, en el que son posibles regulaciones que atiendan a la salvaguarda de objetivos de cohesión social y territorial.

B. Mecanismos jurídicos garantizadores de la cohesión social

La regulación jurídica de un sector económico liberalizado permite establecer, junto a mecanismos jurídicos meramente centrados en la defensa de la libre competencia, normas que se ocupen de orientar y condicionar la prestación del servicio para permitir su

compromiso con la defensa de los intereses generales en materia de cohesión. La intervención pública al efecto puede adoptar una gran variedad de modelos posibles, y todos ellos, si son suficientemente exigentes, pueden ser perfectamente aptos para proveer las exigencias de cohesión social en un entorno liberalizado. Sin embargo, a nuestro entender, podemos establecer a grandes rasgos dos ejes diferenciadores básicos que permiten realizar una apresurada taxonomía de los distintos modelos: la realización de estas medidas a través de una intervención estatal directa frente a la imposición de obligaciones a los particulares, por una parte, y la financiación, presupuestaria o acudiendo al mercado, de las mismas, por otra.

El primero de los elementos resaltados se refiere a la posibilidad de emplear mecanismos jurídicos de muy diversa naturaleza para garantizar la cohesión social. La prestación de los servicios cuyas características los convierte en esenciales desde este punto de vista puede asegurarse por distintas vías. Es posible que el sector, aun liberalizado, conserve una intervención pública directa. El Estado puede, en efecto, prestar directamente estos servicios por medio de una empresa creada al efecto o, incluso, empleando para ello una empresa que opere en el sector (o en otros) en el resto de servicios rentabilizables. En este último caso, sin embargo, las exigencias comunitarias sí imponen al menos la necesaria separación contable de la ayuda estatal, de forma que quede claro que ésta va dedicada precisamente a la prestación de los servicios favorecedores de la cohesión que la hacen posible. Las previsiones constitucionales ya estudiadas, y especialmente el artículo 128.2 CE, permiten este tipo de actuaciones sin ningún problema. Y precisamente la intervención pública reconocida por el artículo 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea va en este sentido (mientras que la titularidad pública de la empresa, de acuerdo con el ya mencionado principio de neutralidad del artículo 295 TCE, tampoco supone obstáculo alguno a la creación de estas empresas).

Estructuralmente idéntica a esta hipótesis, aunque evidentemente diferente a la hora de poner en marcha el servicio, es el modelo en que el Estado contrata con terceras personas ciertos servicios para que sean realizados, (y los financia evidentemente con cargo al Presupuesto) con la intención de que se logren de esta manera ciertos objetivos de cohesión social y territorial. Conceptualmente la actuación estatal aquí, con el objetivo de garantizar un cierto nivel de cohesión, no es distinta a la directa prestación de esos servicios por medio de una empresa pública. Se trata de una especie de gestión indirecta de los mismos, perfectamente posible pero que no incide sobre la esencia de su régimen jurídico (de igual manera que la concesión del servicio público no lo convertiría por ello en algo

distinto). Simplemente la Administración opta, estimando sin duda que de esa forma se garantizan más eficazmente los intereses generales, por contratar directamente la prestación de un servicio y sufragarlo.

Por el contrario la otra gran forma de estructurar la garantía de la prestación de ciertos servicios en unas condiciones que aseguren el cumplimiento de los objetivos públicos en materia de cohesión social pasa por ordenar la actividad de los operadores privados de forma que sean éstos los que, en el ejercicio normal de su actividad, lo provean. En este segundo esquema el Estado asegura el cumplimiento de las exigencias que con anterioridad justificaban la reserva la sector público imponiendo a los operadores ciertas obligaciones. Éstas consisten en la necesaria prestación de determinados servicios. Pero pueden instrumentarse de maneras distintas. La más habitual, siguiendo el modelo liberalizador impuesto desde la Unión Europea, es el establecimiento del llamado servicio universal.

El servicio universal es un servicio descrito en los textos comunitarios como de base y ofrecido a todos en condiciones tarifarias abordables y con un nivel de calidad *standard*. Se trata de un concepto desarrollado por la Unión Europea referido no tanto a un concreto nivel de prestaciones (ya que la determinación concreta del mismo debe variar con el paso del tiempo) sino a las exigencias de interés general que, tal y como explica desde el primer momento la Comisión Europea¹³¹, imponen garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a un precio asequible. Sin embargo el establecimiento de una obligación de servicio universal no es el único procedimiento que permite a los Estados garantizar estas cuestiones a través de la propia actividad de los operadores. Aunque el servicio universal es eficaz determinando obligaciones que configuran el *standard* mínimo de prestaciones que deben asegurarse a cada ciudadano, en ocasiones las exigencias de cohesión social y territorial hacen preciso que se presten también servicios de naturaleza asimétrica. Es decir, la cohesión puede requerir también el aseguramiento de ciertos servicios en lugares concretos, o de ciertas prestaciones especializadas que precisamente por tener ese carácter no afectan a toda la población, o de servicios vinculados a exigencias de interés general como el orden público ... En esos casos el mecanismo empleado es el establecimiento de otras obligaciones a los operadores que buscan garantizar concretamente estas otras prestaciones. La necesidad de que se atienda a estos otros elementos en la prestación de estos servicios es lo que ha provocado que la noción de servicio universal haya sido criticada. Se la tiene por poco garantizadora,

¹³¹ Comunicación de la Comisión, *Los servicios de interés general en Europa*, (96/C 281/03).

especialmente en materia de cohesión social¹³². Con el añadido de que la definición estatal de sus contenidos, en la medida en que no abarcará nunca, como es lógico, la totalidad de las prestaciones (ni las más modernas, ni las más onerosas, ni las consideradas no básicas) desatenderá precisamente a los sectores de población o a las regiones que estén en peores condiciones para acceder a los mismos. Se genera así un evidente riesgo de la existencia de “servicios a dos velocidades”.

En contrapartida de estas obligaciones son concebibles en ocasiones incluso reservas a la competencia, sea el beneficiario de la misma el sector público o el privado. Es lo que ocurrió, hasta su liberalización completa en 1998, con los servicios de telefonía básica en materia de telecomunicaciones, que siguieron prestándose en la mayor parte de países de la Unión Europea en régimen de monopolio. Aunque la lógica comunitaria, no obstante, es la liberalización y la apertura a la libre competencia en la medida de lo posible, estableciendo un servicio universal prestado por los diversos operadores sin que se impongan limitaciones, por lo general, a la entrada en el mercado.

C. Financiación de las medidas en materia de cohesión

Al margen de las críticas que suscita el recurso al establecimiento de obligaciones de servicio universal sin completar la regulación con medidas adicionales que traten de resolver otros posibles problemas, y de la correlativa conveniencia de completar la ordenación con otras obligaciones de servicio público, también enhebra esta cuestión el segundo de los elementos diferenciadores que nos permitirán realizar una clasificación de los diferentes modelos de armonización y que analizaremos a continuación: el referido a la financiación. Si bien la elección de un concreto modelo para sufragar los costes de las medidas jurídicas que persiguen la consecución de intereses públicos es planteable también con el primero de los modelos descritos (la prestación directa a cargo del Estado) es evidentemente en torno al servicio universal cuando las diferencias entre optar por uno u otro modelo se manifiestan con más facilidad. Así podemos encontrar experiencias muy diversas: el Estado francés, por ejemplo, paga a La Poste para compensar la distribución con tarifa reducida de prensa; otros sistemas son los que financian servicios considerados como merecedores de una actuación pública en su favor a través de un recargo en la tarifa de interconexión que pagan bien los operadores bien los consumidores, a través de pagos al operador monopolístico tradicional encargado de su prestación por los otros concurrentes, a

¹³² Vide en este sentido el Rapport del Conseil d'Etat de 1994: *Service public, services publics: déclin ou renouveau*.

través de un fondo al que contribuyen todas las operadoras, a través del reparto del servicio universal entre todas las operadoras.... Los modelos son muchos y variados, pero esencialmente pueden ser reducidos, de nuevo, a dos.

Queda fuera de toda duda que los servicios públicos, en la medida en que deban sacrificar eficacia económica para lograr objetivos de cohesión social y territorial, han de ser financiados en tanto que tales. Esta idea primordial es la consecuencia lógica de la voluntad y necesidad (y también de la obligación constitucional) de emplear estos servicios, aún tras su liberalización, como instrumentos de políticas de cohesión. En la medida en que la importancia de su naturaleza estructural sea reconocida una financiación acorde a esta naturaleza no debiera ser puesta en cuestión (COX)¹³³.

Desde el momento en que el Estado garantiza, entre otras cosas porque consideramos que constitucionalmente no cabe otra opción, ciertos objetivos en materia de cohesión con la consiguiente imposición a las empresas prestadoras del servicio de costes asociados a esos objetivos ajenos a la lógica económica debe resolverse el problema de cuál es la manera más adecuada de financiar estos objetivos cuya naturaleza pública hacen imprescindible la actuación del Estado¹³⁴.

La cuestión es más trascendente de lo que a primera vista pudiera parecer, ya que con ella se sustancian consecuencias económicas así como elementos vinculados a la lógica del sistema. No está claro, además, que optar por uno u otro modelo sea neutro en cuanto a los propios elementos de cohesión. Las cuestiones referidas a la financiación de los servicios inciden de manera indirecta pero importante sobre la prestación de los mismos. Debe tenerse siempre presente que el presupuesto de funcionamiento de estos servicios comprende realidades distintas dependiendo de la orientación que se les den. Así si bien por ejemplo el presupuesto de funcionamiento debe normalmente tender al equilibrio (con las únicas excepciones de los servicios impuestos normativamente como mecanismo protector

¹³³ COX, H. “Le financement des services publics universels dans l’Union Européenne: problèmes et enjeux” en *Services publics, missions publiques et régulations dans l’UE*, Ciriec, Pedone, Paris, 1997, p. 104.

¹³⁴ El planteamiento de un problema similar referido a la financiación de los servicios prestados directamente a cargo del Estado, bien sea a través de una empresa estatal, bien recurriendo a empresas privadas a las que se adjudica la realización del servicio en las condiciones de precio más favorables, es conceptualmente posible. No obstante los perfiles que presenta esta elección son menos conflictivos, pues normalmente se sustanciará por medio del recurso a la financiación, pública y directa, proveniente directamente de los fondos presupuestarios. Es posible con todo la otra opción, aunque en la práctica la imposición de la sufragación de los servicios recurriendo a los operadores privados será menos frecuente.

de la igualdad social y territorial¹³⁵) las cantidades destinadas a la inversión, con las externalidades que conllevan (y que no es preciso reiterar a estas alturas), pueden separarse de esta lógica. “No hay nada escandaloso en que el segundo sea deficitario, todo lo contrario si queremos preparar el futuro”¹³⁶. La inversión en servicios estructurales y en el despliegue de infraestructuras en ocasiones preciso para su puesta en marcha no debe supeditarse a consideraciones de estricta rentabilidad económica en la medida en que sus repercusiones sobre el crecimiento económico, el aumento de la productividad y del nivel de vida son enormes. Igualmente la inversión en la materia se traduce, precisamente por los motivos expuestos, en un útil básico para las políticas de cohesión. Parece lógico que, en consecuencia, sea a través de transferencias de medios financieros estatales, públicos en definitiva, que se financien estos objetivos. Estos costes, que son efectivamente sufragados por la colectividad, pueden serlo por vías diferentes, más directas o menos, más vinculadas a la idea de reparto progresivo de las cargas o, por el contrario, sujetas a la lógica de mercado. Así, podemos encontrar sistemas en los que se lleve a cabo:

- a través de transferencias directas.
- empleando fondos extra-presupuestarios que deben asegurar las compensaciones financieras.

La última de las opciones reseñadas es la que parece haber sido elegida por la Unión Europea, que hasta la fecha ha impulsado la liberalización de los mercados de servicios instituyendo fondos de esta naturaleza para compensar las cargas del servicio universal (véase el caso de las telecomunicaciones). De acuerdo con el estudio llevado a cabo por COX¹³⁷ la elección de uno u otro modelo no es neutra. Ambos sistemas presentan ventajas e inconvenientes, que, sintetizadamente, son los siguientes:

a) *La provisión de un fondo extra-presupuestario* representa como indudables ventajas que supone una menor carga presupuestaria, e implica una disminución del gasto público en sentido estricto. Igualmente, al quedar desvinculada de las decisiones presupuestarias, garantiza una independencia respecto a cualquier tipo de consideración que pueda afectar a

¹³⁵ En efecto, las obligaciones vinculadas al servicio universal o cualesquiera otras obligaciones de servicio público se alejan necesariamente del equilibrio presupuestario. O, al menos, suponen rendimientos negativos en la medida en que la obligación impuesta no sea superflua (si el mercado está garantizando por sí solo la prestación de estos servicios por ser rentables económicamente).

¹³⁶ BOROTRA, F. *Faut-il défendre le service public?* Rapport d'information. Assemblée Nationale, 1995, p. 45.

¹³⁷ COX, H. “Le financement des services publics universels dans l'Union Européenne: problèmes et enjeux” en *Services publics, missions publiques et régulations dans l'UE*, Ciriec, Pedone, Paris, 1997, pp. 106 y ss.

la distribución del gasto público y, en concreto, se encuentra por ello más protegida de posibles restricciones presupuestarias futuras. Al establecerse un sistema de esta naturaleza la burocracia dedicada al mismo es evidentemente menor y permite cierta flexibilidad. Por último suele considerarse que este modelo es más respetuoso con la idea de libre competencia, pues la inexistencia de subvenciones que pudieran afectarla negativamente la preserva. De hecho es esta última consideración la que ha hecho que la política liberalizadora de la Unión Europea se decante por él. Sin embargo este modelo presenta algunos inconvenientes que no pueden olvidarse. La dotación del fondo se realiza de manera que se acaba instituyendo a efectos de competencia un equivalente a una tasa específica¹³⁸ para las empresas del sector que puede actuar como barrera de entrada, en la medida en que el reparto entre todos los operadores del coste supone un aumento general de los mismos que perjudica más a las empresas que deben comenzar a implantarse y a las pequeñas empresas. Además el sistema permite a las empresas dominantes repercutir el coste que supone la dotación del fondo en el consumidor a través de aumentos de precio.

b) La otra opción, *la financiación directa desde el Presupuesto del Estado*, presenta ventajas distintas y lógicamente correlativas a las desventajas del sistema basado en la instauración de un fondo. Cuando la prestación de los concretos servicios integrados en el servicio universal se sufraga vía Presupuestos Generales del Estado los posibles efectos negativos para las empresas reseñados desaparecen, tanto en lo referido a las cargas financieras como en lo relacionado con los precios. Esta opción, igualmente, permite la desaparición de los costes de transacción de los organismos creados al efecto. Y, sobre todo, logra una gran transparencia en la cuantificación de los costes del servicio universal, así como un incremento de la competencia y quizá un abaratamiento de estos servicios al poder recurrir a concursos para seleccionar la oferta más ventajosa. Suelen considerarse inconvenientes de este modelo de financiación que queda sujeto a posibles restricciones presupuestarias coyunturales que acabarían afectando a la prestación de servicios esenciales, básicos. En una línea similar se alerta del riesgo de que, además, el propio servicio peligre caso de optar por este modelo si la norma reguladora no contiene una garantía clara y explícita de las obligaciones de proporcionar el servicio.

¹³⁸ Ya que, evidentemente, los principios que rigen el Derecho presupuestario convierten la institución en algo totalmente distinto a un tributo. Si nos encontráramos ante una verdadera tasa la unidad presupuestaria obligaría a integrarla en todos los Presupuestos con lo que, al menos formalmente, desaparecería su vinculación a costear los servicios de interés general.

2. Liberalización con empresa pública encargada de la prestación de los servicios asociados a la cohesión: los ejemplos de la liberalización de los servicios postales y de transporte por ferrocarril

A. Planteamiento general

La liberalización de mercados de servicios como el de correos, el de las telecomunicaciones o el del ferrocarril se realiza a instancias de la Unión Europea. Esta liberalización, como hemos expuesto, supone esencialmente una apertura del mercado a la libre competencia, de forma que cualquier empresa puede operar en estos mercados. Sin embargo el diseño de la liberalización realizado desde la Unión Europea no impone, de acuerdo con el principio de neutralidad del artículo 295 TCE, la exclusión del sector de las empresas públicas¹³⁹. La participación de empresas públicas en el sector es perfectamente posible siempre y cuando el régimen de intervención pública respete las disposiciones de los artículos 86 y 87 del Tratado. De forma que incluso es posible la creación de una empresa pública para asegurar la prestación de servicios de los contenidos en el artículo 86.2 TCE. Cuando el desarrollo de las funciones de interés económico general vinculadas a la gestión de un determinado servicio (como pueden ser los objetivos en materia de cohesión) no puedan ser alcanzados de otra manera es posible exceptuar el régimen general. De forma que ante la existencia de servicios que deban ser garantizados para propiciar la reducción de las desigualdades, y constatada la necesaria intervención pública para que esta se produzca, es posible recurrir a la subvención pública.

Por este motivo podemos encontrar mercados liberalizados en los que subsistan empresas públicas e incluso mercados liberalizados en los que subsistan empresas públicas subsidiadas. Estas ayudas serán posibles en la medida en que se destinen directa y exclusivamente a la financiación de la prestación de los servicios considerados esenciales para lograr los objetivos perseguidos por las políticas de cohesión. Para ello pueden crearse empresas públicas cuya única función sea la prestación de los mismos, actuando de manera subsidiaria al mercado o, lo que será más frecuente, recurrir a empresas públicas que operan en el sector (también en las actividades económicamente rentables y en las que la libre competencia encuentra su juego normal). En este último caso la subvención debe estar

¹³⁹ Por mucho que el propio modelo liberalizador parezca ir en este sentido.

destinada únicamente a la financiación de los concretos servicios que se hacen acreedores de ella, para lo cual será precisa una suficiente división contable.

Este esquema de armonización de las exigencias de cohesión social con los procesos liberalizadores es el que opta por encargar directamente al sector público la realización de esta labor, en vez de preferir que sea la ordenación de la actividad de las empresas del sector la que se encargue de ella. Evidentemente este mecanismo supone la financiación colectiva de esta labor a través de fondos públicos. Próximo a este esquema, y conceptualmente identificable a nuestro juicio, está el que encarga al Estado la garantía de estos servicios, y la lleva a cabo contratando a empresas privadas para ello y pagándoles por el coste del servicio. Nos encontramos en esta última situación con un esquema que, aunque pueda entenderse próximo al de la ordenación del sector imponiendo obligaciones a las empresas privadas para que provean los servicios necesarios a la cohesión social y territorial, es radicalmente distinto en un elemento que creemos central. El encargado de asegurar los objetivos de cohesión es el Estado, y lo que se estructura de manera distinta es el mecanismo económico y de gestión concreto al que se acude.

Aunque el modelo de liberalización definido por la Unión Europea permite el recurso a este esquema en prácticamente todos los servicios la experiencia española se ha decantado también por la privatización de las empresas públicas en los procesos más avanzados. Es el caso, por ejemplo, de las telecomunicaciones, a diferencia de lo ocurrido en otros países. Parece sin embargo que este modelo sí va a retenerse para experiencias liberalizadoras en sectores como el postal o el de los servicios de transporte y comunicación por ferrocarril.

B. La liberalización de los servicios postales y el servicio postal universal

En cuanto a los servicios postales, la prestación es encargada directamente al Estado, que la lleva a cabo a través de *Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima*. La entidad se ha transformado recientemente en sociedad estatal, pues el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha dispuesto la transformación de la antigua entidad pública empresarial en una sociedad cuyo capital social pertenecerá íntegramente al Estado. El propio artículo 58.2 subroga a la nueva sociedad en la condición de operador habilitado para la prestación del servicio postal universal.

Esta sociedad estatal es la que debe encargarse de garantizar que las comunicaciones postales, que la propia Exposición de Motivos de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de liberalización de los servicios postales considera “un elemento básico para el desarrollo económico, dinamizando los demás sectores de la economía del país y siendo generadores indirectos de riqueza y empleo” y además “elemento clave para la cohesión social”, sean accesibles a todos los ciudadanos a un precio asequible. La referida Ley postal española establece un listado de servicios que deben ser suministrados en consecuencia a todos los ciudadanos, el servicio postal universal. Este servicio comprende tanto servicios reservados en exclusiva a Correos y Telégrafos como otros abiertos a la libre competencia (art. 4.1). El listado de servicios comprendidos en el servicio universal es detallado por el artículo 15 de la Ley, que establece la extensión del mismo dentro de las exigencias del art. 3 de la Directiva 97/67/CE¹⁴⁰ 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.

La Directiva reseñada permite una amplia libertad a la hora de configurar la prestación de este servicio en cada Estado. Amparándose en la posibilidad, prevista por la propia Directiva (art. 9.4) de que para garantizar la salvaguardia del servicio universal, cuando éste representa una carga financiera, el Estado pueda constituir un fondo de compensación administrado con tal fin por una autoridad independiente, la ley española opta por este sistema para sufragar las diferencias económicas producto de las mermas de eficacia en el servicio que se producen al atender a las exigencias en materia de cohesión. El Fondo en cuestión (Fondo de Compensación del Servicio Postal Universal) es establecido por el artículo 26 de la Ley del Servicio Postal Universal, en el marco de las contraprestaciones previstas para la entidad pública *Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima*¹⁴¹, con la finalidad de garantizar su financiación. Desde la óptica que hemos adoptado es clave reseñar que este Fondo se nutre de tres fuentes diferenciadas (art. 27):

- Donaciones ordinarias realizadas por personas físicas o jurídicas.
- Ingresos derivados de las tasas que deben satisfacer las empresas partícipes en el mercado liberalizado al efecto.

¹⁴⁰ Esta Directiva ha logrado la apertura del 3% del mercado europeo de servicios postales. El 30 de mayo de 2000 la Comisión Europea adoptó una propuesta de Directiva que pretende incrementar el porcentaje hasta el 20% y que define más específicamente el servicio universal mínimo.

¹⁴¹ Que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 24 de la Ley 24/1998, comprende la reserva de ciertos servicios (art. 18), ciertos derechos especiales y exclusivos (art. 19) y, por último, la financiación del servicio a través del Fondo de Compensación del art. 26.

- Aportación financiera complementaria del Estado

Tal y como pone de manifiesto la composición del Fondo el modelo adoptado en la liberalización de los servicios postales en España confía en la intervención pública como instrumento óptico para satisfacer las exigencias de cohesión social y territorial. Aunque el modelo comunitario e incluso el de la Ley del Servicio Postal Universal española permiten una absoluta privatización del sector lo cierto es que se confía para realizar esta prestación en una empresa pública que, aunque sujeta a los condicionamientos legales sobre cómo debe llevarse a cabo la prestación del servicio, no deja de estar ligada, sobre todo, a exigencias de tipo público. Por otra parte la financiación de los servicios universales que sólo a ella compete explotar se realiza por medio de un Fondo en el que, aunque la participación del resto de empresas que compiten en el mercado es importante (y combina en consecuencia los dos grandes modelos de financiación que relatábamos), se nutre también directamente de los Presupuestos Generales del Estado (art. 28).

Sin embargo es en materia de transporte por ferrocarril donde la necesaria estructura de red de estos servicios permite apreciar con más claridad la diferenciación entre aquellos económicamente rentables y los que garantizan una rentabilidad de índole meramente social pero que pueden considerarse a pesar de ello necesarios y susceptibles de ser conservados. El diseño de la liberalización del mercado del ferrocarril en Europa es por ello especialmente clarificador para analizar este modelo de garantía de servicios en un marco liberalizador.

C. La preservación del servicio público en la liberalización de los ferrocarriles

a) *Características económicas y evolución reciente del sector del transporte por ferrocarril*

Los servicios de transporte por ferrocarril son un claro ejemplo de modelo de actividad económica que se ha considerado tradicionalmente de servicio público. Las características propias de este tipo de transporte (necesidad de una red, importancia de los costes fijos, incidencia de la conexión ferroviaria de una región en el grado de desarrollo de la misma) han hecho necesaria la intervención pública en el mismo durante muchos años para garantizar una calidad y extensión mínima al servicio. La creciente importancia de la preocupación por la protección del Medio Ambiente es además un elemento adicional que puede justificar la presencia pública en el sector, y así ha venido ocurriendo en los últimos

años ya que importantes externalidades medioambientales justifican el recurso al ferrocarril incluso en ocasiones en las que económicamente su empleo puede ser desaconsejado. El proceso de monopolización pública en gestión directa del sector ha estado en gran parte motivado, sin embargo, por la propia falta de estabilidad económica de las empresas privadas dedicadas a esta actividad, ya fueran actuando por cuenta ajena ya como concesionarias de la Administración.

En los últimos años, además, se ha constatado una generalizada decadencia del transporte por ferrocarril entendido de la manera tradicional, claramente constatable al analizar la cuota de mercado del tren frente a otros medios de transporte (automóvil, transporte colectivo por carretera, avión...) en neto descenso en los últimos años con la única excepción de ciertos servicios ferroviarios especializados (habitualmente vinculados a la alta velocidad). Los beneficios del transporte ferroviario, además, dependen de economías de escala, de manera que el descenso de la demanda provoca que los problemas de rentabilidad se acentúen a medida que se produce este descenso de usuarios, al no poder paralelamente rebajarse los costes. Sólo a partir de una cierta cantidad de viajeros (que es en cualquier caso bastante superior a la necesaria para un autobús¹⁴²) el transporte por ferrocarril es rentable, y eso sin tener en cuenta los gastos en materia de infraestructuras. Pues un problema adicional de los servicios de transporte por ferrocarril es el que supone la imputación del gasto de la propia infraestructura ferroviaria. Ésta, extraordinariamente costosa (por mucho que permita su rentabilización tanto social y económica en el largo período de tiempo de retorno de la inversión) se repercute tradicionalmente en este medio de transporte mientras que, por el contrario, el transporte por carretera suele ser financiado, en este aspecto, por el Estado.

Las transformaciones en el sector en los últimos años no han sido provocadas por notables cambios tecnológicos, pues estos no han supuesto grandes variaciones en la estructura de costes de las empresas. La transformación del sector es más social y la búsqueda de respuestas en la privatización y liberalización se debe, esencialmente, a la percepción de que por ella pasa una mejor rentabilización de la gestión. Las grandes líneas de cambio económico en el transporte por ferrocarril apuntan a una paulatina pérdida de importancia de las conexiones con aspiración cuasi-universal, en la que los déficits son considerables y otros medios de transporte mucho más competitivos. En la actualidad las

¹⁴² Del orden del triple. Mientras que 30-40 personas pueden garantizar la rentabilidad de una conexión realizada por carretera en un autocar la conexión ferroviaria requiere de al menos un centenar de viajeros para compensar los costes.

mayores esperanzas depositadas en el empleo futuro del transporte ferroviario pasan por la conexión de grandes núcleos de población a través de corredores de alta velocidad (que permiten la comunicación en un tiempo extraordinariamente competitivo y de forma ambientalmente menos gravosa) y por la necesaria revolución del transporte de mercancías empleando la infraestructura ferroviaria. Las desventajas competitivas del tren en materia de viajeros con respecto a otros medios de transporte en ciertas conexiones devienen virtudes en lo que se refiere al transporte de mercancías, en el que las exigencias de rapidez y flexibilidad son menores. La cuota española de transporte de mercancías por ferrocarril es bajísima, incluso por debajo de la media europea (a su vez ridícula en comparación con la estadounidense).

b) La liberalización del sector y la cohesión social y territorial

La apertura de estos mercados a la competencia es, de nuevo, iniciativa comunitaria. La Directiva 91/440/ de 29 de julio de 1991 abre el proceso, con el declarado objetivo fundamental de lograr un mercado único en materia ferroviaria. Teniendo en cuenta que el mercado europeo del ferrocarril está dividido en monopolios nacionales que además suelen estar vinculados tecnológicamente a empresas del país¹⁴³ o que, en algunos casos como el español, incluso poseen una infraestructura distinta (ancho de vía español¹⁴⁴), la apertura del mercado pasa necesariamente por una liberalización que permita romper estas sinergias nacionales. Por medio de esta política se pretende lograr relanzar los ferrocarriles, pues la competencia debe traer una mejora de la calidad de los servicios y una bajada de precios.

La Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de ferrocarriles comunitarios marca ya las líneas maestras del proceso liberalizador, que pretende realizar la transformación a través de medidas de orientación variada y que han sido confirmadas por la Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2001 por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE:

- Separación de los órganos dedicados a la infraestructura y los dedicados a la explotación del servicio. El art. 6 de la Directiva pretende acabar así con las subvenciones cruzadas de una actividad a la otra. Las ayudas públicas destinadas a la administración de la

¹⁴³ Siemens en Alemania, Alstom en Francia, Fiat en Italia o Talgo en España.

¹⁴⁴ Un Real Decreto de 1844, elaborado por una comisión de ingenieros, establece para la construcción de infraestructuras ferroviarias un ancho de vía de 6 pies castellanos (1'689 metros), sensiblemente superior al utilizado en el resto del mundo. Esta elección es justificada por los ingenieros SUBERCASE y SANTA CRUZ en las peculiaridades orográficas de la península, que exigían el empleo de máquinas más potentes.

infraestructura ferroviaria no pueden confundirse con las referidas a la explotación de los servicios de transporte. Esta solución plantea el problema de los costes y la deuda adquirida por los explotadores monopolísticos nacionales¹⁴⁵ dedicada a construir red (el problema de la necesidad de saneamiento financiero de las empresas del ramo para poder empezar a tener una verdadera competencia es reconocido por la propia Directiva, que lo recoge en su art. 9.1)¹⁴⁶. Este precepto es la base del proceso¹⁴⁷ que ha diferenciado RENFE del GIF o la SNCF del Réseau Ferré de France.

- En estos términos permitir el acceso de otras empresas además del explotador nacional tradicional a la red, previo pago por el uso de la misma al ente dedicado a la gestión de la infraestructura (artículo 10.1)¹⁴⁷.

- Independencia en la gestión, de manera que la influencia pública desaparezca en la gestión del ferrocarril. El Estado debe compensar las cargas de servicio público que puede instituir unilateralmente o negociar por contrato (art. 5.1). De acuerdo con el modelo que plantea la Directiva la autonomía en la gestión es total, pues ni siquiera la prestación de obligaciones de servicio público permite la intromisión estatal. Éstas se contratan por el Estado con las empresas privadas o se prestan directamente por una empresa pública, pero la interferencia gestora no puede ir más allá de los términos del contrato que fije el servicio.

La opinión de las autoridades comunitarias es que el único modo de garantizar el desarrollo y la supervivencia del ferrocarril, dado el declive de este medio de transporte, se basa en la introducción de competencia. Se trata de una labor ardua, pues los costes de entrada siguen siendo considerables y el retroceso del propio mercado, que no crece como otros sectores, lo hace menos atractivo.

Sin embargo esta estructuración del sector no desconoce la necesidad de tener en la debida consideración la actividad pública en materia de infraestructuras ferroviarias y en lo referido a la prestación de ciertos servicios. No debe olvidarse que el sector del transporte a nivel comunitario goza de un status particular.

¹⁴⁵ En el caso de RENFE este endeudamiento asciende a más de 1 billón de pesetas, y es debido en gran parte a inversiones en infraestructuras más que a la propia explotación de éstas (la construcción de la línea de alta velocidad Madrid-Sevilla, por ejemplo, supuso un considerable aumento de la carga financiera para la empresa, que fue la encargada de la construcción de esta primera conexión ferroviaria de alta velocidad).

¹⁴⁶ El artículo 9.3 de la Directiva permite expresamente la concesión de ayudas estatales para cancelar las deudas siempre y cuando respeten las exigencias de los artículos 73, 87 y 88 del Tratado

¹⁴⁷ La Directiva 95/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995 sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias establece el marco jurídico para la concesión de las necesarias licencias para la prestación de estos servicios. Esta Directiva ha sido recientemente reformada por la Directiva 2001/13/CE del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero de 2001.

Art. 73 TCE: Serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público.

En ese artículo precisamente se habla en concreto por única vez en todo el texto de “servicio público”, permitiendo explícitamente ciertas ayudas. Una cierta concepción de servicio público particular se extrae por ello del Tratado para este sector. De forma plenamente coincidente con esta orientación la Directiva 91/440/CEE, en su redacción dada por la Directiva 2001/12/CE recoge el artículo 7 la posibilidad de que los Estados, dentro de las medidas que deben adoptar para el desarrollo de su infraestructura ferroviaria en el marco de las necesidades globales de la Comunidad, concedan ciertas ayudas para tender las redes:

Art. 7.3 Directiva 91/440/CEE: Los Estados miembros podrán además conceder al administrador de la infraestructura, respetando lo dispuesto en los artículos 73, 87 y 88 del Tratado, una financiación suficiente en función de los objetivos asignados, la magnitud y las necesidades financieras, especialmente para hacer frente a las nuevas inversiones.

Los servicios de interés económico general en este dominio son calificados de “servicio público” y definidos por el Reglamento CEE nº 1893/91 del Consejo de 20 de junio de 1991 por el que se modifica el Reglamento CEE nº 1191/69 relativo a la acción de los estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, como obligaciones inherentes a la función de servicio público con el fin de “garantizar servicios de transporte suficientes, teniendo en cuenta especialmente los factores sociales, medioambientales y de ordenación del territorio” (p.1). El Reglamento CEE reconoce como misión pública del transporte por ferrocarril la obligación de garantizar un servicio de transporte suficiente y ofrecer condiciones tarifarias especiales a ciertas categorías de viajeros. Las obligaciones de servicio público deben ser objeto de un contrato entre el Estado y la empresa de ferrocarriles¹⁴⁸. Estos contratos, de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento, pueden comprender:

- Servicios de transporte que cumplan normas establecidas de continuidad, regularidad, capacidad y calidad.
- Servicios de transporte complementarios.

¹⁴⁸ OBERMANN, G. “L’intérêt general dans les Traités européens: quelles marges de manoeuvre nationales et quelles conséquences économiques?” en *Services publics, missions publiques et régulations dans l’UE*, Ciriec, Pedone, Paris, 1997, pp. 145-164.

- Servicios de transporte a precios y condiciones determinados, en especial para determinadas categorías de viajeros o para determinadas conexiones
- Adaptaciones de los servicios a las necesidades reales.

Los contratos de servicios públicos incluirán necesariamente la determinación de las características de los servicios que se ofrecen, el precio de las prestaciones (que se añadirá a los ingresos por tarifas o se incluirá en los ingresos), las modalidades financieras entre las partes, y la duración del contrato.

El Reglamento 119/69 de 26 de junio establece en efecto las obligaciones que los Estados pueden imponer en nombre del servicio público (regularidad y continuidad del servicio, precios especiales para ciertas grupos sociales o subvención de ciertas conexiones). La determinación del contenido de lo que es el servicio público se realiza de forma negativa: todo aquello que, subsidiariamente, deben proveer los estados porque las empresas del sector, dejadas a su libre albedrío, no lo harían. La compensación debe ser proporcional a la carga asignada a la empresa. En cualquier caso no debe olvidarse la interpretación en general restrictiva que desde la Unión Europea se ha dado tradicionalmente al artículo 86.2 del Tratado y que entre el recurso a la técnica de la contratación de servicios públicos en materia ferroviaria y la instauración de obligaciones de servicio público la Comisión parece decantarse por la primera opción. El concurso es tenido por más favorable, transparente y menos costos, pues favorece la competencia entre las distintas ofertas¹⁴⁹.

En cualquier caso, tal y como pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión Europea sobre los servicios de interés general en Europa de 20 de septiembre de 2000, la liberalización del transporte por ferrocarril (y en general las políticas de liberalización en el sector del transporte) deben garantizar el servicio en las rutas no rentables, para lo que prevé dos fórmulas: la subvención directa ofrecida de forma no discriminatoria a todos los transportistas que operen la ruta o la concesión de derechos exclusivos de explotación de un servicio con o sin compensación; y garantizar unos niveles mínimos permanente de servicio en cualquier ruta para que la reducción de costes no pase por sacrificios de la calidad y frecuencia del servicio

¹⁴⁹ El sistema de subvenciones finalistas por asegurar ciertos servicios concretos es, por otro lado, el que se ha puesto en marcha en el transporte aéreo. El reglamento 2408/92 permite imponer obligaciones de servicio público para las conexiones periféricas cuando estas sean imprescindibles para asegurar un servicio adecuado.

Esta estructura liberalizadora comunitaria se ha inspirado en experiencias de otros Estados. Suecia ha liberalizado notablemente su ferrocarril en el sentido europeo desde 1988, es decir que la experiencia sueca es la pionera en Europa (tuvo lugar antes que la Directiva y antes de su entrada en la UE). La reforma en el Reino Unido se realiza en 1993 con la adopción de la *Railway Act*. Esta norma antes de privatizar y liberalizar primero (como en el sector eléctrico) dividió el antiguo monopolio en varios operadores. 26 sociedades regionales de transporte de viajeros, tres sociedades dedicadas al transporte de mercancías, y la infraestructura confiada a *Rail Track*. A partir de esa misma época se inicia la más lenta transformación en Alemania, que debe integrar la *Deutsche Reichsbahn* en la *Deutsche Bundesbahn*. Por su parte Italia transformó en 1992 los *Ferrovie dello Stato* en sociedad anónima. En Francia la separación entre la *Société Nationale des Chemins de Fer* (SNCF) y el ya mencionado *Réseau Ferré Français* (RFF) se ha realizado cumpliendo las Directivas comunitarias. Hasta la fecha las experiencias que han llevado a la liberalización hasta sus extremos, privatizando todas las compañías ferroviarias y desentendiéndose el Estado de la prestación de servicios, se han saldado con estruendosos fracasos. Es el caso de la experiencia inglesa, en la que la pérdida de calidad del servicio producto de la privatización del sector ha sido notable (al margen de que se ha producido un preocupante incremento de la siniestralidad).

c) La liberalización en España

La liberalización del sector en España está todavía siendo diseñada por el Ministerio de Fomento, pero se basa en el esquema expuesto. Las especiales características geográficas y demográficas del país (una gran extensión, con 505.000 kilómetros cuadrados, y una densidad de población muy baja, pero con grandes desequilibrios provocados por el asentamiento de una parte importante de la población en zonas costeras y en ciertos núcleos urbanos del interior) realzan la importancia de la revitalización de un medio de transporte especialmente apto para comunicar grandes núcleos de población distantes entre sí varios centenares de kilómetros. Los objetivos el Ministerio de Fomento buscan un importante incremento de la cuota de mercado del transporte ferroviario¹⁵⁰ y la mejora de los resultados económicos de la explotación ferroviaria¹⁵¹.

¹⁵⁰ En concreto el objetivo es restar cuota de mercado al transporte aéreo y por carretera y lograr por medio de los servicios de viajeros y de larga distancia pasar de un 11% de cuota de mercado al 28% dentro de diez años. Estas cifras suponen 64 millones de pasajeros al año, cuando en la actualidad las cifras son de 24 millones.

¹⁵¹ En la actualidad la explotación de los servicios de larga distancia es deficitaria (las pérdidas superan los 10.000 millones de pesetas). La previsión es invertir la tendencia y lograr superávits que puedan emplearse

La propia historia de las comunicaciones por medio del ferrocarril en España muestran tanto su importancia económica y social como las insuficiencias del sector cuando la intervención estatal no ha regulado o gestionado directamente este servicio. La primera línea ferroviaria construida en España entró en funcionamiento el 10 de noviembre de 1837, comunicando Güines con la ciudad de La Habana. No será hasta más de diez años después cuando se inaugura la primera línea en la península¹⁵².

El inicio de la explotación de los servicios de transporte por ferrocarril en España es realizado exclusivamente por la iniciativa privada. En la década de 1850 se comienza a tender una red de ciertas dimensiones, ayudada por la Ley General de Ferrocarriles de la época, que trataba de atraer al capital extranjero para la construcción de las líneas. Dos empresas con capital francés, la compañía M.Z.A. (Madrid-Zaragoza-Alicante) y la Compañía de los Caminos de Hierro del Norte, son las principales protagonistas de esta primera época. Sin embargo las expectativas empresariales se ven defraudadas y las mismas empiezan a requerir casi desde su nacimiento, constantes subvenciones estatales. La importancia de la red de ferrocarriles desde el punto de vista del desarrollo económico y social de las regiones a las que alcanzaba era tal, sin embargo, que las ayudas públicas fueron constantes para la extensión y mantenimiento de la misma. El recurso a las ayudas públicas es una constante, hasta que en 1941, como consecuencia de la imperiosa necesidad de reconstruir las infraestructuras ferroviarias dañadas en la Guerra civil, y aprovechando la ocasión para establecer un nuevo modelo de gestión, nace la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE), controlada totalmente por el Estado. Bajo su control se pusieron las infraestructuras de ancho español y se le encomienda tanto el desarrollo y mantenimiento de las mismas como la prestación de los servicios de transporte.

En la actualidad el Ministerio de Fomento está trabajando en la legislación que permitirá la liberalización del sector del transporte por ferrocarril. Esta transformación se realizará siguiendo el modelo impuesto por las normas comunitarias reseñadas, y contempla el mantenimiento de un operador, RENFE, de capital público, que quedará lógicamente encargado de, usando la infraestructura ferroviaria (vías, estaciones...) de la que se hace cargo el ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), proporcionar aquellos servicios

para el mantenimiento de la infraestructura y para la financiación de la construcción de nuevos corredores ferroviarios.

¹⁵² El 28 de octubre de 1848 se inaugura la línea Barcelona-Mataró y en 1851 entraba en servicio la línea Madrid-Aranjuez.

no rentables pero que consideraciones de otro tipo, y entre ellas la cohesión social y territorial, aconsejan salvaguardar.

Es digno de reseñar que las infraestructuras, en consecuencia, seguirán siendo en todo caso estatales, al menos así se desprende de las intenciones adelantadas por los responsables del Ministerio de Fomento¹⁵³. Se elude así seguir el ejemplo inglés, que como vimos no sólo separó la gestión de la actividad referida a las infraestructuras de las de prestación de los servicios sino que además privatizó todas ellas (las infraestructuras son gestionadas por *Rail Track*, en lo que constituye una de las causas a las que se hacen referencia para explicar el pésimo estado de conservación de las mismas). Simplemente por esta infraestructura pública circularán operadores privados junto a RENFE. De acuerdo con los planes del Ministerio de Fomento el transporte ferroviario estará abierto a los operadores privados antes de que termine la actual legislatura, es decir, en el año 2004.

En cualquier caso, y aunque la concreta naturaleza del cambio perseguido todavía no puede sino intuirse debido a la fase del proyecto de liberalización en la que nos encontramos está claro que, del mismo modo que en la actualidad RENFE se financia no sólo de los rendimientos obtenidos a través de su actividad sino también por medio de financiación estatal esta posibilidad debe poder seguir existiendo con el modelo futuro. El Estado financia a RENFE por medio de un Contrato-Programa que tiene en consideración la prestación por parte del operador de ciertos servicios no rentables (trenes regionales, las condiciones tarifarias de los servicios de cercanías ...). Este modelo de financiación directa a cargo del Estado de los servicios que se consideran merecedores de la ayuda es una posibilidad de armonizar la liberalización del sector con las exigencias de respeto de la cohesión social y territorial que cuenta con ventajas evidentes: cuantificación exacta de los costes de las medidas, asunción de éstos por toda la colectividad (aspecto redistributivo), desvinculación de la prestación de los mismos de consideraciones económicas Para lograr estos objetivos el recurso a una empresa que conserve su carácter público es una medida probablemente acertada.

¹⁵³ Tal y como reseña el Diario "EL PAÍS" del lunes, 7 de agosto de 2000, el Ministro de Fomento Francisco Álvarez Cascos ha asegurado que las infraestructuras seguirán dependiendo del Estado y en ningún caso se privatizarán.

3. Aseguramiento y financiación por medio de mecanismos de mercado de la cohesión: la liberalización de las telecomunicaciones

A. El proceso de liberalización en Europa y España

La Unión Europea ha sido el gran catalizador de un proceso de liberalización de las telecomunicaciones que ha obligado a abandonar tanto la idea clásica de servicio público en esta materia como a revisar las consecuencias que de ella se derivaban en cuanto a la habilitación para la prestación de estos servicios.

Este proceso tiene su origen en los avances tecnológicos que han permitido variar sustancialmente las condiciones económicas de prestación de estos servicios, pero también, y sobre todo, en un cambio político que se sustancia en la asunción de que la entrada de operadores privados en régimen de libre competencia era más adecuada para garantizar un servicio de calidad y eficiente.

En primer lugar el desarrollo tecnológico ha puesto en cuestión la clásica idea de que la estructura económica de la prestación de servicios de telecomunicación suponga notables dificultades para la existencia de más de un operador en el mercado. Esta situación existía en un contexto diferente, en el que, como señala CASTEJÓN MARTÍN¹⁵⁴ era preciso lograr la universalización del servicio, lo que suponía un ingente esfuerzo creador de red, que se compensaba con la concesión monopolística del servicio. Pero una vez lograda ésta las extensiones marginales que posteriormente deban hacerse no implican excesivos gastos. Además la irrupción de la tecnología digital y las mejoras en cuanto a compresión facilitan la comunicación, al permitir transmitir mucha más información. Por último la propia tarea de tender redes se ha visto notablemente abaratada tanto por la generalización de la fibra óptica como por la masiva aparición de satélites de telecomunicaciones, así como el acceso al bucle local (el más caro) se ha visto facilitado con el desarrollo de tecnologías que

¹⁵⁴ En ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA, A. / CARRASCO PERERA, A. (dir.) *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 47.

permiten suministrarlo utilizando el espacio radioeléctrico¹⁵⁵ y prescindiendo en consecuencia del cable.

La estructura monopolística no sólo es que haya dejado de tenerse por necesaria sino que ha pasado a ser considerada contraproducente en muchos sentidos. Porque facilita el clásico fenómeno de la captura del regulador por el operador, al existir relaciones necesariamente estrechas entre ambos y porque desincentiva la investigación y desarrollo de nuevas respuestas técnicas (que si bien son básicas para las nuevas empresas en tanto los avances que logren les facilitarán el acceso al mercado y las situarán en situación de ventaja competitiva no representan grandes alicientes para el operador monopolístico ya instalado, que no suele estar por ello dispuesto a asumir excesivos costes). Se considera que, una vez desplegada la red básica, el mantenimiento de las prerrogativas monopolísticas deja de tener sentido, y que la consecución de un mejor y más barato servicio pasa por la apertura del mercado a la competencia. Se trata de una opción política que se extiende desde la Unión Europea, una vez comprobados los resultados que las incursiones en esta vía estaban proporcionando en Estados Unidos o, en menor medida, en el Reino Unido. No debe olvidarse, sin embargo, que no sólo la idea de lograr repercutir los beneficios del proceso de mejoras tecnológicas en los consumidores está presente en los primeros trabajos comunitarios sobre este asunto. Aunque se trata del principal banderín de enganche propagandístico, en la Comunicación de la Comisión al Consejo de 18 de mayo de 1984, COM (84)277 final, primer documento en el que se aborda la necesidad de liberalizar el mercado de las telecomunicaciones, no se hace tanto referencia a esta cuestión como a la necesidad de dotar a la Unión Europea de un sector propio y suficientemente amplio, que no es posible con la fragmentación de mercados existente en ese momento. El giro de timón comunitario viene impuesto sobre todo por la constatación del enorme desarrollo económico y tecnológico que están adquiriendo los competidores japoneses y, esencialmente, estadounidenses, que no es posible contrarrestar con las tradicionales compañías nacionales que deben necesariamente centrarse en un único y reducido mercado. La apertura de mercados busca pues no tanto la multiplicación de los operadores sino,

¹⁵⁵ El espacio radioeléctrico es definido como dominio público por el art. 3 del Reglamento de Desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico (dictado por Orden de 9 de marzo de 2000), que lo considera como “el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas”, entendiéndose por éstas “las ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 gigahertzios, que se propagan por el espacio sin guía artificial” (art. 3). Los avances tecnológicos permiten en la actualidad emplearlo para proporcionar acceso al bucle local (esto es, conexión telefónica al abonado) sin necesidad de desplegar una red convencional, y abaratando así el aspecto más oneroso de la creación de una red de telecomunicación, el tendido abonado a abonado.

aunque pueda parecer paradójico, su reducción a dos o tres grandes compañías europeas, con acceso a todo el mercado comunitario y con posibilidades por ello de aspirar a alcanzar cierto peso en el panorama internacional (o, si se quiere, global) de las telecomunicaciones, fruto del deseo de, dada la importancia que se prevé van a adquirir estos servicios en un futuro inmediato, abordarlo en las mejores condiciones (DE LA QUADRA-SALCEDO)¹⁵⁶. Se trata de una causa fundamental del cambio operado, aunque no suele ser resaltada y se prefiera destacar la apertura del mercado a la concurrencia para facilitar al consumidor final la posibilidad de optar entre varios operadores, lo que le beneficiará en términos de precio y prestaciones. Así puede constatarse en los posteriores documentos que justifican la adopción de las nuevas políticas liberalizadoras. La Comisión, en el *Libro Verde de las telecomunicaciones*, de 30 de junio de 1987, COM (87) 290, resalta el peso de los EE.UU. y Japón en el mercado mundial de las telecomunicaciones, contraponiéndolo a la poca presencia de cada uno de los operadores nacionales de los distintos países de la Unión Europea. Argumento que, ya mucho más avanzado el proceso liberalizador, volverá a repetirse en el *Informe Bangeman sobre Europa y la sociedad global de la información*, de 26 de mayo de 1994.

La liberalización de las telecomunicaciones impulsada por la Unión Europea debe moverse necesariamente dentro del marco normativo de los tratados constitutivos. De modo que se enfrenta a dos límites fundamentales, en primer lugar el conocido principio de neutralidad, recogido en la actualidad en el artículo 295 del texto consolidado del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (antiguo art. 222), que indica que el Tratado “no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros” y que veda por ello cualquier política que implique la prohibición de la empresa pública, que en consecuencia puede coexistir con el mundo de la empresa privada aunque sin recibir ayuda de ningún tipo que le exima de su deber de competir en condiciones de igualdad; y en segundo lugar la excepción contenida en el apartado 2 del art. 86 del texto consolidado del TCE (antiguo art. 90), que prescribe que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.” Este precepto permite, en los casos señalados, que la prestación de ciertos

¹⁵⁶ DE LA QUADRA-SALCEDO, T. *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, páginas 23 y 24.

servicios se haga en un régimen que se sustraiga a los principios usuales de la libre competencia. Por ello ha sido masivamente invocado para amparar la pervivencia no ya de los operadores nacionales de capital público (cuya existencia recordemos no se cuestiona debido al mencionado principio de neutralidad) sino de ciertos beneficios competitivos otorgados a éstos y que se pretendían justificar alegando las obligaciones de servicio público que tenían estas compañías. La interpretación que del precepto ha sido realizada por las instituciones comunitarias, y especialmente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁵⁷, profundamente restrictiva (al menos inicialmente), ha facilitado notablemente la liberalización, al considerar sistemáticamente como contrarias al Tratado las restricciones en la materia y no acomodarlas en el entonces art. 90.2.

Es precisamente una Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la *Sentencia British Telecommunications*, de 20 de marzo de 1995, la que, sin otro apoyo que los textos de los Tratados, inicia el proceso de liberalización, declarando estas actividades sometidas a los principios de defensa de la libre competencia¹⁵⁸. A partir de entonces la Comisión asume el mando de la política de liberalización, con la publicación del ya mencionado *Libro Verde de las telecomunicaciones*, de 30 de junio de 1987, COM (87) 290, que contiene la exposición de las ideas y motivos que llevan al cambio de óptica y que se desarrollarán en las Directivas 88/301, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, 90/388, de 28 de junio, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, y 90/387, de 28 de junio, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de una red abierta de telecomunicaciones. Se trata de un proceso gradual, en el que paulatinamente van abriéndose al mercado parcelas hasta ese momento monopolizadas por los operadores nacionales que gestionaban el servicio público de telecomunicaciones, y que se inicia con la liberalización del mercado de terminales, elementos fácilmente independizables del resto del proceso de prestación del servicio y que permitían en consecuencia una sencilla transición a la competencia, con distintas empresas luchando por hacerse con el mercado de terminales telefónicos (no obstante los cual distintos miembros atacaron la Directiva ante el TJCE). Superado este primer paso las Directivas del 90 van más allá e introducen la liberalización total de los servicios de telecomunicaciones con la única exclusión de la telefonía vocal, esto, es, se

¹⁵⁷ Profusamente analizada en DE LA QUADRA-SALCEDO, T. *Op. cit.*, páginas 65 y siguientes.

¹⁵⁸ Una detallada exposición y análisis del proceso de liberalización se encuentra en MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y mercado II. Las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1998, páginas 49 a 119, así como en MONTERO, J.J. / BROKELMANN, H. *Telecomunicaciones y televisión. La nueva regulación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, páginas 69 a 94.

liberalizan lo que se llama en ese momento “servicios de valor añadido”. Para llevar a cabo esta liberalización se arbitran técnicas de conexión a las redes existentes que permitan la prestación de estos servicios, pues lo que todavía no se liberaliza es la creación de infraestructuras de telecomunicación.

El último y definitivo paso es la liberalización de los últimos reductos monopolizados por los tradicionales operadores nacionales gestores del servicio público, que se lleva a cabo tras la estela del ya mencionado *Informe Bangeman sobre Europa y la sociedad global de la información*, de 26 de mayo de 1994. La culminación del proceso afecta a las infraestructuras de telecomunicaciones (la creación de redes) y la prestación de los únicos servicios todavía monopolizados (y los más importantes): la telefonía vocal. Los instrumentos jurídicos por medio de los que se opera este trascendental cambio son la Directiva 95/51, de 18 de octubre de 1995, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados; la Directiva 95/47/CEE, de 24 de octubre de 1995, sobre las normas para la transmisión de señales de televisión; la Directiva 96/2, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388 en relación con las comunicaciones móviles o personales; y, finalmente, el período de liberalización se cierra con la Directiva 96/19/CEE de 19 de marzo, que también modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicación. La introducción de la competencia, tal y como resalta la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa de 20 de septiembre de 2000 ha logrado importantes reducciones de los precios (40% para llamadas internacionales, y 30% para regionales y de corta distancia, fenómeno que no ha afectado a las llamadas locales) y ha propiciado el desarrollo de la telefonía móvil.

El proceso de liberalización en España¹⁵⁹ trae causa del brevemente expuesto itinerario europeo, y presenta como características más reseñables las derivadas de las particularidades del monopolista nacional, Telefónica, y la prórroga otorgada a nuestro país en cuanto al momento de la total liberalización. En lo que se refiere a Telefónica al tratarse de una sociedad anónima que había suscrito los pertinentes contratos de concesión del servicio público de telecomunicaciones no ha sido precisa su transformación (a diferencia de lo que sí ha ocurrido en otros países de nuestro entorno, como Francia y Alemania), sino que simplemente se ha variado su estatuto con el fin de reconvertirlo a un prestador más de

¹⁵⁹ Véase, de nuevo, la detallada exposición del mismo en MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y mercado II. Las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1998, páginas 177 y siguientes.

estos servicios. En cuanto a la prórroga concedida a España, la plena liberalización para la creación y explotación de infraestructuras quedó fijada para el 1 de enero de 1998 por la Directiva 96/19/CE, pero con una posible prórroga para aquellos países, entre los que se encontraba España, con redes menos desarrolladas. Sin embargo la presencia de Telefónica en *Unisource*, alianza con otros operadores nacionales europeos que luego abandonaría, planteó problemas con las autoridades comunitarias encargadas de velar por la libre competencia, pues no consideraban apropiado permitir al consorcio operar en mercados liberalizados mientras alguno de sus componentes retenía cautivo su mercado nacional. El compromiso definitivo entre las autoridades españolas, que deseaban un plazo amplio para conducir el mercado español a la libre competencia, y la Comisión, partidaria del acortamiento, fijó en el 1 de diciembre de 1998 la fecha definitiva para la total desmonopolización (Decisión de la Comisión, de 10 de junio de 1997, relativa a la concesión a España de plazos adicionales para la aplicación de la Directiva 90/338/CEE). Es a partir de esta fecha que el mercado de las telecomunicaciones en España se encuentra definitivamente liberalizado en los términos previstos por la nueva ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (con anterioridad a la total liberalización se inició paulatinamente el proceso concediendo dos licencias de telefonía fija a Retevisión y Uni2). Es preciso señalar, no obstante, que no todo el ámbito de lo que en sentido técnico se entiende por telecomunicaciones, ha sido liberalizado en España. Así, los servicios de radiodifusión y televisión siguen siendo considerados servicio público, y quedan expresamente exceptuados de la aplicación de la LGT en el art. 1 de la misma, que excluye “el régimen básico de radio y televisión”. Las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión, sin embargo, sí son liberalizados e incluidos en el ámbito de aplicación de la LGT por este mismo artículo.

La liberalización supone, como es obvio, sustanciales transformaciones en el tradicional régimen de acceso al mercado de las telecomunicaciones. Como ya hemos señalado la configuración de estos servicios como públicos comporta el absoluto control por parte del Estado, y los operadores privados no pueden sino actuar en el mercado como concesionarios, de manera que la pérdida de esta condición supondrá importantes cambios en el régimen jurídico del acceso a la prestación de estos servicios, que debe variar sustancialmente. La Unión Europea ha tratado de armonizar los procedimientos de autorización administrativa para prestar estos servicios por medio de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, cuyo contenido ha sido traspuesto en España por medio de la referida

LGT. Todavía no se ha logrado, aunque se ha intentado (recientemente, en el Consejo Europeo celebrado en marzo de 2000 en Lisboa), la sustitución de los distintos procedimientos de autorización nacionales por uno de ámbito europeo.

B. Servicio universal y otras obligaciones de servicio público

Desde el punto de vista de la cohesión social, cuyas consideraciones deben subsistir al margen de que la lógica económica haya convertido en más o menos de actualidad la monopolización del servicio, deben tenerse en cuenta ciertos elementos. La estructura de monopolio permite las subvenciones cruzadas en materia de tarifas entre actividades rentables y no rentables que permitían resolver desajustes de dos tipos:

- en el plano social. Compensaciones a categorías de utilizadores con estructuras de consumo diferentes. Estas políticas se han instrumentado tradicionalmente desvinculando la concreta estructura de costes de cada servicio y subvencionando aquellos que se consideraba eran propios de categorías de usuarios con menos posibilidades económicas (es el caso, por ejemplo, de las subvenciones cruzadas que buscaban abaratar las llamadas locales).
- en el pleno territorial. Evitar la penalización de las zonas menos pobladas que engendran en consecuencia un tráfico débil. De esta manera se permite y garantiza el acceso a los servicios telefónicos a toda la población sobre la base de una tarifa única (o cuando menos abordable pero variable de una región a otra, como ocurre en los Estados Unidos). Este tratamiento homogéneo de las diferentes regiones con independencia del coste efectivo que la prestación del servicio supone en la concreta región es un importante elemento de ordenación del territorio¹⁶⁰. Tradicionalmente de hecho los servicios prestados en zonas rurales (cuyo coste es mayor pues la rentabilidad de la infraestructura de conexión se reduce por el menor número de usuarios que emplean la línea) han sido financiados en parte por los beneficios de los servicios prestados en las grandes ciudades.

Para dar respuesta a las insuficiencias en estas materias que una total liberalización sin regulación pública del sector podría provocar, la Unión Europea recurre de nuevo a la

¹⁶⁰ Vide ENA (PROM. MARC BLOCH) *Services publics comparés en Europe: exception française, exigence européenne*, La documentation Française, Paris, 1997, p. 175.

idea de servicio universal. Aunque toda la óptica liberalizadora parte de la presunción de la madurez suficiente del mercado para afrontar la liberalización sin que se produzcan problemas en el aseguramiento y la continuidad del servicio sí que se prevén mecanismos explícitos de intervención pública, subsidiaria a la actuación de los operadores en el mercado, con el objetivo de garantizar unos servicios mínimos que actúen a modo de umbral de calidad.

La legislación española en la materia es fiel trasunto de la normativa comunitaria, que manifiesta su preocupación por el respeto de las obligaciones de servicio público y especialmente por la previsión de un servicio universal desde la Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994 relativa a los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones. En este documento la Unión Europea expresa su voluntad de llevar a los Estados a liberalizar los servicios de telecomunicaciones en un marco normativo suficientemente flexible como para establecer la libre competencia pero a la vez regulando aspectos como la ordenación territorial y teniendo plenamente en cuenta la necesidad de un servicio universal. El diseño del modelo liberalizador y la armonización del mismo con las tareas de cohesión social se encuentra en sus Directivas 97/33/CE, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión de las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP) y de la Directiva 98/10/CE, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo.

La Directiva 98/10/CE establece el concreto contenido de estas obligaciones. La Directiva permite, a efectos del cumplimiento de la obligación, la designación de uno o varios operadores de manera que quede cubierta la totalidad de su territorio. Su artículo 5 se refiere a la oferta de conexiones a la red y acceso a los servicios telefónicos e impone a los Estados miembros la obligación de velar por que sean satisfechas todas las solicitudes razonables de conexión a la red pública de telefonía fija en un lugar fijo y de acceso a los servicios públicos de telefonía fija por un operador como mínimo (esta conexión deberá ser tal que permita a los usuarios efectuar y recibir llamadas nacionales e internacionales para transmisión de voz, fax y/o datos).

Igualmente los servicios de guía telefónica quedan incluidos en el servicio universal, tal y como recoge el art. 6 de la Directiva. Los abonados tienen derecho a figurar en guías accesibles al público y a comprobar y, si resulta necesario, a corregir o solicitar la

supresión de los datos relativos a ellos; y a que estas guías sean puestas a su disposición periódicamente. Y también los teléfonos públicos de pago, en una cantidad y cobertura geográfica suficiente (art. 7). Por último, el artículo 8 de la Directiva establece una última obligación referida al servicio universal: las medidas específicas para usuarios discapacitados y con necesidades sociales especiales, que garanticen la igualdad de acceso de los mismos y la asequibilidad del mismo.

Cada país de la Unión Europea, tomando como base las previsiones comunitarias, ha dado su propio contenido al servicio universal. Así Francia ha configurado una obligación de servicio universal que comprende únicamente las previsiones comunitarias pero ha añadido además otras obligaciones de servicio público (modelo muy próximo, como veremos, al español). La determinación del concreto contenido de las obligaciones es revisable cada 4 años y la empresa accionarialmente controlada en gran parte por el Estado *France Télécom* es la única encargada de asegurarlo. La obligación de gratuidad de los servicios de llamadas de urgencia se impone a todos los operadores. El coste del servicio universal se calcula atendiendo a los costes de la nivelación social y la territorial y se financia por medio de las aportaciones suplementarias de los operadores por la interconexión por el momento. Alemania, en cambio, ha regulado el servicio universal de una forma más extensa, ya que ha incluido no sólo los elementos reseñados sino también obligaciones referidas a la prestación de servicios de Red Digital de Servicios Integrados (RDSI, la base de red digital). Aunque inicialmente la prestación se encarga a *Deutsche Telekom* por entero cualquier operador dominante puede acabar teniendo que prestar una parte. El coste del servicio universal se calcula sumando los costes adicionales que supone ese servicio y restando los ingresos obtenidos por él y se financia por medio de un Fondo federal especial gestionado por el organismo regulador y financiado por los operadores que tienen más de un 4% del mercado en función de sus ingresos. En el Reino Unido el servicio universal comprende también servicios añadidos a la definición comunitaria tales como la facturación detallada o la selección de llamadas, y es asegurado por el antiguo monopolista estatal, *British Telecom*. Su coste es calculado sobre la base de los costes evitables a largo plazo que se paga con un fondo al que contribuyen todos los operadores. Por completar los diferentes modelos en Suecia la definición de servicio universal sí contiene una mención expresa al precio del mismo más exigente que la mera referencia a su carácter “suficientemente asequible” al ordenar que el servicio universal se preste al precio más bajo posible sobre la totalidad del territorio incluyendo las zonas menos pobladas y sin compensación económica. Así es como está obligada a prestarlo la operadora *TELIA* sin que además esté explícitamente financiado.

Como puede verse la variedad de ordenaciones comunitarias es relativamente amplia, aunque se corresponde en todo caso con el esquema previsto por la Directiva de la Unión Europea. La financiación de los costes provocados por la asunción del servicio universal se sufragan no recurriendo al Presupuesto del Estado (mecanismo de redistribución presupuestaria) sino a cargo de los operadores, quedando integrado en la estructura de costes. La variedad de soluciones es sobre todo significativa en lo que se refiere a la mayor o menos extensión de los servicios que debe prestar obligatoriamente las compañías, sea bajo el término que sea. La incidencia de algunas de estas extensiones no puede minusvalorarse, por ejemplo en lo referido a las redes RDSI, en la medida en que su inclusión o no (que no se recogen en la normativa comunitaria, aunque la Recomendación 92/382/CEE del Consejo de 5 de junio de 1992 sí se refería a la oferta de acceso a redes digitales de servicios integrados) puede tener consecuencias de calado en materia de cohesión. La definición de los servicios incluidos en el servicio universal ha sido uno de los principales debates que han acompañado la implantación del mismo. Tal y como explican MONTERO y BROKELMANN¹⁶¹ una posición minimalista trató de restringir el concepto a aquellos servicios que hubieran alcanzado un alto grado de madurez y una alta tasa de penetración en el mercado (esto es, servicio telefónico y asimilados al mismo casi estrictamente), con las únicas excepciones de la previsión de acceso a las zonas rurales y a capas sociales desfavorecidas (ancianos, minusválidos ...). Esta posición era defendida especialmente por los operadores. Por el contrario ciertas asociaciones de usuarios, y los Estados más comprometidos con la tradición de servicio público, trataron de presionar para que la Unión Europea recogiera un servicio universal más amplio, que incluyese las nuevas tecnologías para asegurar de este modo su rápida implantación así como que entre los usuarios beneficiados se incluyera a escuelas u hospitales. Una vez zanjada la discusión con el alineamiento de la Unión Europea con la primera tesis las opciones más intervencionistas pueden replantearse en ámbito estatal.

En España la Ley General de Telecomunicaciones traspone las normas comunitarias. El desarrollo reglamentario de la misma se ha realizado a través del Real Decreto 1736/1998, que aprobó el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.

¹⁶¹ *Op. cit* p.367.

La definición del contenido del servicio universal que realiza el artículo 37 de la Ley General de Telecomunicaciones se ciñe, como es necesario, a la realizada por la Directiva comunitaria y recoge los cuatro elementos clásicos:

a) Que todos los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. La conexión debe ofrecer al usuario la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales y permitir la transmisión de voz, fax y datos. (artículo 37.1 a) Ley 11/1998 y art. 13 RD 1736/1998¹⁶²). Debe tenerse en cuenta la importancia de esta previsión a la luz de las cifras que demuestran cómo estos servicios son todavía en ocasiones imposibles de sufragar por ciertas capas de la población. Según el informe realizado por Gallup en abril de 2000¹⁶³ aunque el 96% de los hogares europeos tiene acceso a la telefonía vocal en su hogar todavía un 2% no dispone del mismo por razones económicas.

b) Que los abonados al servicio telefónico dispongan, gratuitamente, de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial. Todos los abonados tendrán derecho a figurar en las guías y a un servicio de información nacional sobre su contenido, sin perjuicio, en todo caso, del respeto a las normas que regulen la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad (artículo 37.1 b) Ley 11/1998 y art. 14 RD 1736/1998¹⁶⁴).

¹⁶² Esta conexión a la red telefónica pública fija ha de comprender, según el Reglamento, la posibilidad de:

a) Conectar y utilizar equipos terminales adecuados, de conformidad con la normativa aplicable.

b) Acceder a los servicios de consulta telefónica sobre información de la guía telefónica.

La conexión proporcionada deberá permitir a los usuarios efectuar y recibir llamadas nacionales e internacionales de voz, telefax grupo III, de conformidad con las recomendaciones de la serie T de la UIT-T y datos a una velocidad, como mínimo, de 2.400 bps, con arreglo a las recomendaciones de la serie V de la UIT-T y acceder al resto de los servicios disponibles para el público que se presten por medio de la citada red.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2000 considera que de la redacción del art. 13 del reglamento no se infiere que estos servicios se incluyan en el servicio universal (con lo que son obligatorios pero sin que sobre ellos exista la obligación de universalidad y de precio asequible).

¹⁶³ Gallup Europa, informe: "La situación de los servicios de telecomunicaciones en las regiones de la Unión Europea" *apud* Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa de 20 de septiembre de 2000.

¹⁶⁴ La guía telefónica debe tener, de acuerdo con el reglamento, carácter gratuito, y estar unificada para cada ámbito territorial, que será, como mínimo, provincial. Tendrán derecho a figurar en la guía y, en su caso, a solicitar la corrección o supresión de los datos relativos a ellos. Estas guías deberán estar a disposición de todos los usuarios y ser actualizadas periódicamente. Mediante Orden del Ministro de Fomento se fijarán los criterios para su elaboración, actualización y los datos que deberán figurar en ellas.

Cuando la elaboración de las guías no quede garantizada por el libre mercado, su elaboración corresponderá al operador que tenga encomendada la prestación del servicio universal, que deberá suministrar gratuitamente las guías al resto de los operadores de servicio telefónico fijo disponible al público que no hayan optado por elaborarlas ellos mismos. El operador designado para la prestación de servicio universal pondrá a disposición de todos los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público, incluidos los usuarios de teléfonos

c) Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional (artículo 37.1 c) Ley 11/1998 y art. 15 RD 1736/1998¹⁶⁵).

d) Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios (artículo 37.1 d) Ley 11/1998 y art. 16 RD 1736/1998¹⁶⁶).

El expuesto es en consecuencia el listado de servicios mínimos que, en cualquier caso, serán garantizados por los operadores. El modelo de garantía de la cohesión social y territorial a través de la ordenación de la actividad privada de los operadores muestra aquí con especial nitidez sus límites. Así como el empleo de la iniciativa pública para, subsidiariamente, encargarse de los servicios que poseen este carácter social permite una gran flexibilidad y aleja de criterios económicos las exigencias al respecto el modelo basado en el servicio universal es mucho más rígido y su bondad depende, en última instancia, del grado de exigencia del contenido reglamentaria y legalmente determinado para el servicio universal.

La rigidez del servicio universal es, con todo, atenuada a través de la previsión por el propio artículo 37.2 de la Ley 11/1998 de la posibilidad de que el Gobierno revise y amplíe el contenido del mismo en función de la evolución tecnológica, de la demanda de servicios o de consideraciones, precisamente, de “política social o territorial” (i.e. vinculadas a la labor estatal en materia de cohesión). Aunque esta remisión al Gobierno

públicos de pago y respecto de los números telefónicos de dicho servicio, al menos, un servicio de consulta telefónica actualizado. Dicho servicio no afectará a los datos de los abonados que hayan manifestado su deseo de que se les excluya de las guías. Este servicio se prestará a un precio asequible y tendrá carácter gratuito para el usuario cuando se efectúe desde un teléfono público de pago.

¹⁶⁵ En la prestación del servicio universal de telecomunicaciones se deberá garantizar la existencia de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, es decir, los que el Reglamento caracteriza como situados en el dominio público no afecto a un servicio público. En cada municipio deberá existir, al menos, un teléfono público de pago y uno más por cada 1.500 habitantes.

¹⁶⁶ El artículo 16 del Reglamento exige a los operadores designados para la prestación del servicio universal garantizar que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales (personas invidentes y con graves dificultades visuales, las sordas y las que tengan graves dificultades auditivas, las minusválidas físicas, y en general, cualesquiera otras con discapacidades que les impidan manifiestamente el acceso normal al servicio telefónico fijo o le exijan un uso más oneroso del mismo como es el caso de los colectivos de pensionistas y jubilados, cuya renta familiar no exceda del salario mínimo interprofesional.) tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios.

permite facilitar además el trámite¹⁶⁷ no cabe duda de que la puesta en práctica de servicios no prestados por los operadores es mucho más fácil de articular cuando el sistema prevé la posibilidad de que sea el propio Estado quien se encargue de ellos que si es preciso que éste los defina como obligatorios para los particulares. La liberalización del sector en España no prevé que el Estado asuma la prestación de servicios más que cuando el Ministerio de Fomento constate que los servicios considerados universales no están siendo prestados en el mercado a precios asequibles para la totalidad de los usuarios, habilitación de claro carácter excepcional contenida en el artículo 20 del Reglamento de ordenación de la prestación del servicio universal que no puede generalizarse como solución.

En este sentido, además, los servicios definidos como integrantes del servicio universal son, tal y como hemos visto, reflejo de la victoria de las tesis que pretendía restringirlos al máximo. No parece que la concreta definición de los mismos sea una garantía suficiente de cohesión social. Máxime cuando la legislación no impone, en materia de precio, otra obligación que el carácter “asequible” del mismo. Es perfectamente posible, en consecuencia, que la fijación de las tarifas difiera en función de los costes concretos que suponen y que, con el límite del mencionado carácter asequible, sea mayor en ciertas regiones. Esta posibilidad es sumamente peligrosa en términos de cohesión social, en la medida en que precisamente el desarrollo económico de muchas regiones (las más desfavorecidas) pasa por que el coste de infraestructuras productivas tan esenciales como son los servicios de telecomunicaciones no supongan una nueva desventaja competitiva para ellas. La única salvedad en la materia es la contenida en el artículo 18 del Real Decreto 1736/1998, que establece que se fijarán periódicamente los precios de los servicios incluidos dentro del servicio universal relativo a ciertos usuarios (colectivos de discapacitados o que residan en áreas de alto coste, como los núcleos rurales, las áreas de densidad de población inferior al 50 por 100 de la media nacional, las poblaciones de montaña, los núcleos de población de menos de 500 habitantes, las islas y las ciudades autónomas), garantizando su carácter asequible. De nuevo no parece incidirse tanto en la igualdad del precio como en que sea “asequible”, algo totalmente distinto. De hecho el propio apartado 2 de este artículo reconoce explícitamente la posibilidad de precios diferentes cuando impone la necesidad de garantizar que los precios de los servicios

¹⁶⁷ El proceso previo a la adopción de las modificaciones por Real Decreto obliga a que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realice un informe previo.

incluidos en el servicio universal en zonas de alto coste y zonas rurales sean razonablemente comparables a los precios de dichos servicios en áreas urbanas¹⁶⁸.

La prestación del servicio universal se lleva a cabo por las operadoras del sector designadas al efecto¹⁶⁹ y la financiación del mismo, como ya se ha apuntado, se realiza de acuerdo con las Directivas comunitarias recurriendo a mecanismos de mercado en vez de por la subvención presupuestaria. Se ha creado un Fondo Nacional del Servicio Universal de las Telecomunicaciones, dependiente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que gestiona el cobro de las aportaciones de los distintos operadores al servicio universal y el pago a los encargados de la prestación del mismo. El artículo 34 del Real Decreto 1736/1998 prevé que se financie principalmente a través de las aportaciones de los operadores.

La legislación española, consciente de las limitaciones que plantea el mero recurso a las obligaciones comprendidas en el servicio universal, ha previsto otras obligaciones de servicio público que pretenden atender a intereses generales que pudieran quedar inermes caso de que las fuerzas del mercado quedaran a su total y libre albedrío. Esta posible extensión de las obligaciones impuestas por los estados ya comentamos que era perfectamente posible siempre y cuando no planteara problemas con las normas comunitarias en defensa de la libre competencia. Sin embargo la normativa española nos sirve, sobre todo, para comprobar la posibilidad de que se articulen posibles obligaciones al margen del servicio universal que permitan alcanzar objetivos de cohesión más que analizar la realidad de las mismas ya que las obligaciones reconocidas persiguen otro tipo de objetivos. Es el caso, para los servicios relativos a las obligaciones de servicio público del artículo 40.2 a) de la Ley General de Telecomunicaciones, de las cuestiones referidas a la seguridad pública y a la protección civil o, para los comprendidos en el artículo 40.2 b), la suficiencia de la oferta de ciertos servicios avanzados. En cuanto a las obligaciones

¹⁶⁸ De hecho la disparidad de tarifas ya es aplicada por algunas operadoras. Es el caso de Retevisión, que opera en la Comunidad Autónoma Vasca a través de un acuerdo con Euskaltel En cuanto a los instrumentos previstos por el art. 18.3 RD 1736/1998 para alcanzar los objetivos conectados al carácter asequible del precio debe reseñarse que la STS de 2 de febrero de 2000 no los incluye claramente dentro del servicio universal. La fijación de precios, por otra parte, tal y como señala ESCOBAR ROCA, G. “El nuevo derecho de las telecomunicaciones, ante el Tribunal Supremo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 108, p. 593, seguirá transitoriamente en manos de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos del Gobierno, sin que por el momento se haya establecido el fin de la competencia de la misma en la materia (el TS no se ha opuesto a esta previsión contenida en el art. 18.1 RD 1736/1998).

¹⁶⁹ Hasta el año 2005 Telefónica es la empresa designada. A partir de esa fecha los encargados del servicio universal serán prestados por los operadores que hayan manifestado interés por encargarse de ellos (artículo 21 RD 1736/1998) y caso de que ninguno desee hacerlo el Ministerio de Fomento designará a un operador dominante para hacerlo.

previstas en el artículo 42 (otras obligaciones de servicio público) los objetivos perseguidos por las mismas están primordialmente vinculados a la defensa nacional y la seguridad pública.

Sin embargo sí que conviene reseñar que el artículo 42.2 LGT prevé expresamente la posibilidad, hasta la fecha no utilizada, de establecer obligaciones de servicio público vinculadas a los objetivos de cohesión:

Artículo 42.2 LGT: El Gobierno, mediante reglamento, podrá, asimismo, imponer otras obligaciones de servicio público a los operadores citados en el apartado anterior, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por razones de cohesión territorial o de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías a la sanidad, a la educación o a la cultura.

Las competencias en materia de servicio universal, y especialmente las referidas al control del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, corresponden desde la reforma del artículo 35.2 de la Ley 11/1998 llevada a cabo por la Ley 14/2000 al Ministerio de Ciencia y Tecnología y no a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como hasta entonces. El cambio no es contradictorio con la esencia de estas obligaciones, lógicamente vinculada a la actividad ejecutiva. En este sentido no sólo no es criticable sino posiblemente acertado.

4. Financiación pública de la labor privada en materia de cohesión: la electricidad

Las particularidades del sector eléctrico que justifican una regulación y control público del mismo se corresponden, al igual que ocurría con los sectores anteriormente reseñados, con aquellos aspectos de servicio público que justificaron su reserva. La mayor o menor amplitud de los mismos dependerá evidentemente de la concepción, más o menos intervencionista, con la que nos aproximemos al mismo. Así como pocas dudas pueden existir sobre la especial importancia que en este sector de la actividad económica reviste la universalidad y continuidad del servicio¹⁷⁰, y así como generalmente se suele considerar sin excepciones que la igualdad de trato del consumidor doméstico es otro aspecto de servicio público (y que por ello los poderes públicos deben actuar para asegurarla), otras consideraciones que llevaron a la reserva pública del sector admiten un mayor grado de controversia. Son estas las referidas a las propias consecuencias económicas que supone la dependencia energética, e incluso ciertas conexiones con la soberanía, que sin embargo han hecho incluir entre los aspectos de servicio público relacionados con el sector la cuestión de la independencia energética o el control de la elección tecnológica¹⁷¹. La energía eléctrica es, en efecto, omnipresente en la actualidad y su demanda continua en numerosos sectores (desde el doméstico con la iluminación o la calefacción a la industria, donde representa aproximadamente la mitad de la energía consumida como fuerza motriz, mecánica, en procesos químicos ...)¹⁷².

A pesar de estas consideraciones comunes los sistemas eléctricos de los distintos países europeos presentaban características distintas. Aunque en todos ellos la importancia de la Administración era sensiblemente superior a la actual. La situación ha variado en los últimos años, pero es preciso exponer sucintamente las particularidades económicas del sector, pues de ellas ha dependido en parte la evolución acaecida.

¹⁷⁰ En este sentido los problemas derivados de la liberalización que se han manifestado en Estados como California (Estados Unidos) son especialmente graves pues afectan a funciones públicas de primer orden.

¹⁷¹ BOROTRA, F. *Faut-il défendre le service public?* Rapport d'information. Assemblée Nationale, 1995, pp. 55-56.

¹⁷² Esta es la razón por la que la garantía de potencia fue considerada tan importante en España. Ciertos países siguen englobando estas cuestiones dentro de los aspectos de servicio público en materia de electricidad. Es el caso de Francia. *Vide* BOROTRA, F. *Faut-il défendre le service public?* Rapport d'information, Assemblée Nationale, 1995, pp. 55-56.

El sector eléctrico, en primer lugar, ha sido objeto tradicionalmente de una importante concentración vertical. La producción, el transporte y la distribución han estado clásicamente gestionados por las mismas empresas bien directamente bien a través de filiales o empresas participadas. De este modo era más sencilla y aparentemente económica la gestión de una red única imprescindible para el transporte (la duplicación de redes de alta tensión no tiene sentido por su alto coste no sólo económico sino también ambiental, por otra parte debe tenerse en cuenta que doblar la capacidad de la red no supone en este sector la duplicación del coste de la misma debido a las economías a escala que aparecen). Un factor adicional que favorecía esta concentración es el hecho de que la producción de energía eléctrica, dados los costes de su almacenamiento, que lo hacen antieconómico, debe ajustarse a la demanda, por lo que los ajustes de producción son imprescindibles y para realizarlos correctamente esta estructura empresarial es idónea¹⁷³.

Esta actividad económica es además un ejemplo clásico de sector en el que los rendimientos a escala crecientes han tenido tradicionalmente una gran importancia. Las grandes inversiones que requieren obras como centrales nucleares o grandes centrales térmicas requieren prolongados períodos de retorno (estimados al menos en una treintena de años para una central nuclear, por ejemplo). Conectando esta cuestión con la anterior es evidente que cuanto más amplio sea el territorio servido y más integrado esté el negocio la gestión del mismo será menos onerosa económicamente.

Por ello uno de los factores que han contribuido a la liberalización del sector ha sido, precisamente, la aparición de nuevas fuentes de energía menos costosas¹⁷⁴ y que, sobre todo, no se benefician de los importantes rendimientos a escala de las tradicionales. A partir del momento en que esta cuestión pierde importancia es posible concebir la competencia en el sector de pequeñas y medianas empresas en condiciones de igualdad con las grandes y,

¹⁷³ La producción se ajusta a la demanda aprovechando la diferente estructura de costes de los distintos tipos de centrales de producción de electricidad. Aquellas cuyos costes fijos son muy altos, pero para las que el precio del combustible es reducido (centrales nucleares, centrales hidroeléctricas) suelen emplearse en la producción de base, mientras que las puntas se gestionan por medio de plantas productoras en las que esta estructura de costes es a la inversa (el coste depende de la duración de la utilización debido a que la inversión inicial no es tanta, proporcionalmente, al los costes variables, es lo que ocurre con las centrales térmicas)

¹⁷⁴ Especialmente importantes son las nuevas centrales de cogeneración y las de ciclo combinado. Por otra parte el precio del gas, que se redujo considerablemente a principios de los 90, lo llegó a convertir en más económico que el empleo de energía nuclear o hidroeléctrica, poniendo en cuestión la tradicional organización de la producción de base. El “todo gas”, sin embargo, puede plantear problemas (caso del Reino Unido) o desajustes en el suministro cara al futuro, por lo que no es en ningún caso aconsejable. Por otra parte el reajuste de los mercados gasísticos, con el consiguiente incremento del precio del producto en los últimos años, ha devuelto la situación a esquemas menos revolucionarios.

en consecuencia, la apertura de mercados, en los que la lógica monopolística ya no es tan trascendente. A estos factores se han sumado las consideraciones ya realizadas en general sobre el fenómeno liberalizador. El contexto del momento era claramente favorable al paulatino desapoderamiento de los poderes públicos, mientras la presión de la competencia aumentaba en el mercado europeo, cuya oferta se disparó en los últimos años provocando una sobrecapacidad que incita a la competencia.

Las reformas del sector, además, han contado con el impulso de la Unión Europea, y pueden ser agrupadas en tres fenómenos: privatización de empresas públicas del sector en los países en los que estas existían, separación de los mercados de la producción, distribución y comercialización, y liberalización del sector. Este último fenómeno, que no puede entenderse sino es acompañado de los restantes, es sin embargo el que nos interesa. Pues a partir de la liberalización al menos teórica de esta actividad económica las normas públicas garantizadoras de las obligaciones de servicio público deben adaptarse a la nueva situación.

Las primeras experiencias liberalizadoras provienen de los países anglosajones. En 1978 Estados Unidos inicia esta política, con la desaparición del régimen de monopolio del que disfrutaba hasta entonces la *Public Utilities Companies*. La experiencia en el Reino Unido se inicia con la *Electricity Act* de 1990 que escinde en cuatro empresas el hasta entonces monopolio de producción y transporte a la par que privatiza y liberaliza el sector.

La actividad de la Unión Europea en la materia comienza igualmente en 1990, desde una perspectiva modesta, limitándose a establecer condiciones de transparencia en materia de precios (Directiva 90/377/CEE de 29 de junio de 1990) y a facilitar los intercambios de electricidad (Directiva 90/547/CEE de 29 de octubre de 1990). Es a partir de 1992 cuando la política de la Unión Europea se orienta netamente hacia la liberalización del sector (proposición de Directiva de la Comisión) aunque no logra el apoyo de la mayoría de los Estados. El Libro Blanco de 1995 “Una política energética para la unión Europea” COM (95)682 sigue el camino liberalizador pero con una diferencia: al reconocer como orientaciones de la política energética de los estados miembros elementos como la competitividad, la seguridad en el aprovisionamiento o la protección del medio ambiente reconocía la posibilidad de que ciertas limitaciones de la competencia fueran impuestas atendiendo a criterios de servicio público. Estas ideas desembocan en la aprobación el 19 de diciembre de 1996 de la Directiva por la que se establecen normas comunes para el mercado de la electricidad. Junto al establecimiento de las bases de un mercado interior en

materia de electricidad la Directiva prevé mecanismos de control que aseguren el cumplimiento de ciertas obligaciones vinculadas a la idea de servicio público. Para ello permite a los estados miembros, con vistas a garantizar la seguridad del suministro, la protección del consumidor y la protección del Medio Ambiente, así como la previsión de concretas obligaciones para las empresas del sector siempre y cuando se respeten las normas en materia de competencia del Tratado, tal y como dispone el art. 3 de la Directiva.

Las Directivas han optado por imponer gradualmente la liberalización de estos mercados, a fin de permitir a la industria adaptarse al cambio y garantizar de esta forma que se tomaran las medidas oportunas para asegurar el mantenimiento y el aumento de los servicios de interés general en estos sectores. Los problemas de servicio público son fundamentales a la liberalización de estos mercados, y los objetivos en la materia, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea sobre los servicios de interés general en Europa de 20 de septiembre de 2000 se resuelven fijando condiciones estrictas de autorización para los operadores del mercado. Por ello las redes de transmisión y distribución siguen siendo operadores monopolísticos y las Directivas permiten la adopción por parte de los Estados miembros de las medidas necesarias para garantizar el suministro. El marco legislativo en el que está teniendo lugar la liberalización progresiva tiene como objetivo no sólo bajar los precios sino también mejorar los servicios de interés público a través de la regulación.

En estos momentos la absoluta liberalización comunitaria de estos mercados no se ha alcanzado todavía debido a las reticencias de ciertos países de la Unión Europea (especialmente Francia) para los que la electricidad sigue teniendo una importancia estratégica que les hace ser reacios a la liberalización. Sin embargo los avances han sido notables, y alrededor del 65% de la demanda de electricidad y del 80% de la demanda de gas europeas ya están totalmente abiertas a la competencia a escala comunitaria, tal y como señala la Comisión en su Comunicación de septiembre de 2000 y existen asimismo experiencias nacionales, como la española, que sí han avanzado en la línea de la liberalización.

El mercado de la electricidad se liberaliza en España en 1997 aunque con ciertos límites. La Ley del Sector Eléctrico impone la separación al menos contable de los negocios de generación, transporte y distribución de la electricidad y organiza un mercado libre de “grandes consumidores”. Pero el resto del consumo el sector sigue estructurándose

como un mercado en el que participan libremente empresas privadas pero en el que el régimen de tarifas es fijado por el Gobierno.

Es precisamente a través de la fijación de las tarifas que se produce el mecanismo de intervención pública que busca garantizar la preservación de los intereses públicos en juego. Pues el Estado impone un régimen tarifario en el que se incluyen tasas y tributos que van a parar a la financiación de las exigencias de cohesión. De forma que la producción es retribuida no sólo teniendo en cuenta los costes de generación (incluyendo pérdidas de red y costes de funcionamiento) sino que incluye también el pago de la garantía de potencia así como los servicios complementarios para garantizar un suministro adecuado al consumidor (art. 16 de la Ley). Igualmente se incluyen costes como los relativos a la diversificación y seguridad del abastecimiento o la retribución de la energía excedentaria.

V. CONCLUSIONES

El proceso de liberalización de mercados de servicios económicos tradicionalmente reservados a los Estados debido al carácter de interés general que se predicaba de ellos ha transformado radicalmente la estructura de sectores de gran importancia dentro de la actividad económica. Esta mutación es en gran parte jurídica, en la medida en que la naturaleza de las actividades que se desarrollan en los mismos, basadas en la idea de libertad de empresa, difiere radicalmente de aquellas llevadas a cabo por los monopolios públicos encargados de gestionar el servicio público.

La apertura de estos mercados de servicios a la iniciativa privada y a la libre competencia ha supuesto un importante incremento de la calidad de las prestaciones en la mayoría de los casos y, como es lógico, una eficiencia económica considerablemente superior. Para lograr estos objetivos la actuación administrativa en la materia es necesariamente diferente a la tradicional, y se fundamenta especialmente en las potestades de la Administración para preservar la libre competencia.

Sin embargo la liberalización de los mercados de servicios económicos estudiados y las políticas de fomento y salvaguarda de la libre competencia no son suficientes para resolver todos los problemas que la nueva situación puede generar. La existencia de valores y objetivos ajenos a la lógica estrictamente económica, y en ocasiones contrarios a las respuestas económicamente óptimas, exige una intervención pública adicional que vele por su respeto. Este es el caso de la labor del Estado en lo referido al reequilibrio de las desigualdades sociales y territoriales.

La reserva al sector público de toda una serie de mercados de bienes y servicios estaba en parte justificada en la respuesta a las exigencias señaladas en materia de cohesión social. La liberalización de los mismos no supone la desaparición de las exigencias que daban pie a esta labor, sino su simple redefinición. Porque no sólo subsiste la necesidad material de que se atiendan estos objetivos sino también la exigencia jurídica de que así sea. La Constitución española orienta la labor de los poderes públicos hacia la consecución de objetivos de igualdad material en los que se integra la consecución de la cohesión social y territorial. Tal y como hemos estudiado, el análisis sistemático de los artículos 9.2 , 44.1, 130.1 y 138 de la Norma Fundamental permite establecer la existencia de un principio

constitucional que obliga a los poderes públicos a lograr una cierta uniformidad en las condiciones de vida que permita a cualquier ciudadano español, con independencia de cuál sea si origen social o la región en la que habite, el acceso a los servicios que la permitan.

Los servicios recientemente liberalizados, debido a su carácter estructural, son elementos esenciales para la consecución de esta nivelación social y territorial. La labor pública, dada la nueva ordenación de estos sectores, debe encontrar nuevos mecanismos jurídicos que permitan asegurar el cumplimiento de estas funciones. Pues, tal y como hemos constatado, la persecución de la máxima rentabilidad económica supone la orientación de las inversiones de forma que impide conciliar la eficiencia económica con las exigencias en materia de cohesión. La imposibilidad de que los mecanismos reguladores naturales al mercado permitan esta armonización impone a los poderes públicos una intervención que, caso de no producirse, supondría la vulneración del referido principio constitucional.

Empero, y teniendo en cuenta la sustancial transformación operada en el régimen jurídico de prestación de servicios que supone la liberalización, esta intervención ha de desarrollarse a través de instituciones desconocidas con anterioridad. Para ello, y de acuerdo con la taxonomía que hemos tratado de trazar, debe optarse por decidir, en primer lugar, si se considera apropiado encargar al Estado la asunción de las labores con relevancia a efectos de la consecución de estos intereses públicos o si se considera más apropiado tratar de ordenar el sector para que sean los propios operadores privados los encargados de tal misión. Y, en segundo lugar, debe decidirse si se considera más idóneo financiar estas medidas, que en cuanto alejadas de las elecciones racionales económicamente suponen un inevitable coste, por medio de los Presupuestos Generales del Estado o, por el contrario, integrándolas en la estructura de costes del sector.

Las liberalizaciones de sectores realizadas hasta la fecha permiten encontrar ejemplos de las diversas posibilidades. A nuestro juicio el modelo por el que debe optarse es aquel que se ajuste más convenientemente a las intenciones perseguidas con la liberalización y necesaria y paralela garantía de servicios estructurales. De forma que optar por diferenciar claramente la prestación de servicios liberalizados en régimen de libre competencia (y sujetos a la lógica económica) de aquellos que son una respuesta a necesidades públicas (y se garantizan en consecuencia incluso a expensas de la lógica económica) puede ser más conveniente si interesa que exista una clara percepción del esfuerzo público realizado en esta dirección. La intervención pública constitucionalmente

exigible en esta materia, si se lleva a cabo a través de una prestación directa a cargo del Estado (por mucho que no deba ser gestionada de forma necesariamente directa) y financiada a cargo de los Presupuestos Generales del mismo, es especialmente apta para conseguir una mejor percepción de la naturaleza de cada actuación que permite extraer claramente del círculo de las decisiones basadas en criterios económicos la realización de las actuaciones en materia de cohesión. No deben desdeñarse, por último, los factores más conexos con la lógica redistributiva del sistema, que convierten a la financiación presupuestaria directa en la más adecuada cuando se entiende que las actuaciones públicas encaminadas a garantizar servicios estructurales en persecución de objetivos de cohesión social y territorial deben corresponderse a un esfuerzo de solidaridad del que toda la sociedad debe ser partícipe.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- **ADAMS, W. J.** “La justification économique du service public” en CHEVALIER, J.-M./EKELAND, I./FRISON-ROCHE, M.-A. (Dir.) *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, P.U.F., Paris, 1999, pp. 177-200.
- **ARIÑO ORTIZ, G. - DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. - LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L.,** *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999.
- **ARIÑO ORTIZ, G.** - “La iniciativa pública en la Constitución: delimitación del sector público y control de su expansión” en *RAP* nº 88.
- “El retorno a lo privado ante una nueva encrucijada histórica” en ARIÑO ORTIZ, G (Ed.) *Privatización y liberalización de servicios*, UAM-BOE, Madrid, 1999, p. 19-35.
- **ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA, A. - CARRASCO PERERA, A. (dir.)** *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- **ARSAC, M.** *L'apprehension du service public ferroviaire par le Droit communautaire*, Paris, LGDJ, 1997.
- **BAENA DEL ALCÁZAR, M.** “Pour une exegese doctrinale de l'article 7D du Traité d'Amsterdam” en *La cohésion territoriale et les services publics en Europe. Interpretation et portée de l'article 7D du traité d'Amsterdam*, Pulim, Limoges, 1999, pp. 29-34.
- **BAÑO LEÓN, J. M.** - *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.
- *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- **BAUBY, P.** Rapport Introductif a la obra *La cohésion territoriale et les services publics en Europe. Interpretation et portée de l'article 7D du traité d'Amsterdam*, Pulim, Limoges, 1999, pp. 17-22.
- **BERMEJO VERA, J. (dir.)**. *Derecho Administrativo. Parte especial*, tercera edición, Civitas, Madrid, 1998.
- **BETTONI, G.** “Services publics, cohésion sociale et analyse géopolitique” en *La cohésion territoriale et les services publics en Europe. Interpretation et portée de l'article 7D du traité d'Amsterdam*, Pulim, Limoges, 1999, pp.167-174.
- **BIEHL, D. – NIEGSCH, C. – NIMMERMANN, P.** “Las infraestructuras según el enfoque del desarrollo regional potencial: análisis teórico y empírico” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 117-136.
- **BOIX PALOP, A.** “Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción de servicio público”, en *Revista General de Derecho* (en prensa).
- **BOSCH, N. – ESPASA, M.** “¿Con qué criterios invierte el sector público central?” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 150-177.
- **BOROTRA, F.** *Faut-il défendre le service public? Rapport d'information*, Assemblée Nationale, 1995.

- **BUCHANAN, J. M. - TOLLISON, R. D.** *Theory of Public Choice*, The University of Michigan, 1971.
- **BUCHANAN, J. M.**, *Economía y política*, Universitat de Valencia, Valencia, 1988.
- **CARLÓN RUIZ, M.** *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 2000.
- **CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.** “Aproximación jurídica al concepto de intervencionismo económico. Reflexiones con ocasión de una obra de Wiebel” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 3, 1974, pp. 473 y ss.
- **CASTELLS, A.** “Algunas reflexiones sobre el papel del sector público en la reducción de los desequilibrios regionales” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 8-17.
- **CAVE, M.** “Développement du télécommunications et service public” en CHEVALIER, J.M./EKELAND, I./FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L’idée de service public est-elle encore soutenable?*, PUF, Paris, 1999, pp. 81-96.
- **CHAPUS, R.** *Droit Administratif Général*, 13ème édition, Montchrestien, Paris, 1999.
- **CHEVALIER, J.** *Le service public*, 4ème édition P.U.F., Paris, 1997.
- **CLAUDE, H. / ELIE, C.** *Service public, secteur public*. Documentation française, Paris, 1997.
- **CONSEIL D’ETAT** - Rapport public de 1994: *Service public, services publics: déclin ou renouveau.*, LDF, 1994.
- Rapport public de 1999: *L’ intérêt general*, LDF, 1999.
- **COX, H.** “Le financement des services publics universels dans l’Union Européenne: problèmes et enjeux” en *Services publics, missions publiques et régulations dans l’UE*, Ciriec, Pedone, Paris, 1997, pp. 101-111.
- **DE CORAIL, J.-L.** *La crise de la notion de service public*, LGDJ, Paris, 1954.
- **DE LA FUENTE, A.** “Algunas reflexiones sobre el papel redistributivo de la inversión pública” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 137-149.
- **DE LA QUADRA-SALCEDO, T.** *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- **DE LA SERNA BILBAO, Mª N.** *La Privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- **DÍAZ ABAD, N.** “La liberalización de servicios. Condicionamientos comunitarios” en ARIÑO ORTIZ, G (Ed.) *Privatización y liberalización de servicios*, UAM-BOE, Madrid, 1999, pp. 153-162.
- **DONGES, J. B.** en “Desregulación y dinámica económica” en *La necesaria liberalización de los servicios en España* Revista del Instituto de Estudios Económicos nº3 1994, páginas 1-31.
- **DUGUIT, L.** - *Traité de Droit Constitutionnel (V)*, Duxième édition, Cujas, Paris.
- *Les transformations du Droit Public*, MD, Paris, 1999.

- *Mannuel de Droit Constitutionnel*, 1923.

- **DUMEZ, H. – JEUNEMAÎTRE, A.** “Quelles modèles de régulation pour les services publics? en CHEVALIER, J.M./EKELAND, I./FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, PUF, Paris, 1999, pp. 63-80.
- **ENA (PROM. MARC BLOCH)** *Services publics comparés en Europe: exception française, exigence européenne*, La documentation Française, Paris, 1997.
- **ESCOBAR ROCA, G.** “El nuevo derecho de las telecomunicaciones, ante el Tribunal Supremo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 108, pp. 577-595.
- **ESPLUGAS, P.** *Le service public*, Dalloz, Paris, 1997.
- **ESTEBAN, J. M^a.** “Un análisis de las desigualdades interregionales en Europa: la década de los ochenta” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 58-93.
- **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.** - “Inscripciones y autorizaciones industriales”, en *RAP* nº 52 (1967).
- “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996, p. 37 y ss.
- “Reflexiones sobre la empresa pública española”, en *La empresa pública española: Estudios*, IEF, Madrid, 1980.
- **FERNANDO PABLO**, *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Cóllex, Madrid, 1998..
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (coord.)** *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.** *Curso de Derecho Administrativo (Vol. II)*, sexta edición, Civitas, Madrid, 1999.
- *Curso de Derecho Administrativo (Vol. I)*, novena edición Civitas, Madrid, 1999.
- **GÓMEZ-FERRER MORANT, R.** “Reserva al sector público de recursos o servicios esenciales” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- **HALL, R.** “Disparidades regionales en Europa durante los años noventa. Una referencia a España y sus regiones” en CASTELLS, A. – BOSCH, N. (ed.) *Desequilibrios territoriales en España y Europa*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 21-57.
- **HAYECK, F. A. von**, *Derecho, legislación y libertad : una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1985.
- **HIRSCHMAN, A. O.** *Retóricas de la intransigencia*, Fondo de Cultura Económica, 1991, México.
- **KRUGMAN, P.** *Vendiendo prosperidad*, Ariel, Barcelona, 1994.
- **LAVILLA, J.J.** “La telefonía móvil y la ruptura del monopolio del servicio telefónico básico” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 92, (1996).
- **LECLERQ, C.** “La misión de service public” en *Recueil Dalloz Sirey*, 3er cuaderno, 1966.

- **LE GRAND, J.** “La competencia y las fuerzas del mercado en el Estado de Bienestar” en MUÑOZ MACHADO, S. - GARCÍA DELGADO, J.L. - GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 705-716
- **LONG, M.** “Service public, services publics: déclin ou rénouveau?” *Révue Française de Droit Administratif*, 1995, pp. 497-503.
- **LÓPEZ GARRIDO, D.** *La crisis de las telecomunicaciones. El fenómeno desregulador en Estados Unidos, Japón y Europa*, Fundesco, Madrid, 1989
- **MANZANEDO MATEOS, J.A.** *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, IEAL, Madrid, 1968.
- **MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.** “Nuevo sistema conceptual” en ARIÑO ORTIZ, G (Ed.) *Privatización y liberalización de servicios*, UAM-BOE, Madrid, 1999, pp. 133-152.
- **MARTÍN RETORTILLO, S.** - “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, en *RAP* nº 24 (1957).
- *Derecho Administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991.
- **MEILÁN GIL, J.L.** “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)”, en *RAP* nº 71 (1973).
- **MICHAVILA NÚÑEZ, J.L.** “Autorizaciones”, en S. MARTÍN RETORTILLO (director), *Estudios de Derecho Público Bancario*, CEURA, Madrid, 1987.
- **MODERNE, F.** “Les privatisations en Espagne” *Annuaire européen d’Administration publique*, CNRS, 1988, pp. 91-105.
- **MONTERO, J.J. - BROKELMANN, H.** *Telecomunicaciones y televisión. La nueva regulación en España*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- **MUÑOZ MACHADO, S.** - *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998.
- *Servicio público y mercado. II. Las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1998.
- *Servicio público y mercado. IV. El sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998.
- **MUÑOZ MACHADO, S. - BAÑO LEÓN, J. M.** “Libertad de empresa y unidad de mercado” en *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona.
- **MUÑOZ MACHADO, S. - MESTRE DELGADO, J.F. - ÁLVAREZ GARCÍA, V.** “La europeización de las garantías de los derechos” en MUÑOZ MACHADO, S. - GARCÍA DELGADO, J.L. - GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 1999, p. 397.
- **NOZICK, R.** *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- **OBERMANN, G.** “L’interêt general dans les Traités européens: quelles marges de manoeuvre nationales et quelles conséquences économiques?” en *Services publics, missions publiques et régulations dans l’UE*, Ciriec, Pedone, Paris, 1997, pp. 145-164.
- **OFFNER, J.-M. - PUMAIN, D. (Dir.)**, *Réseaux et Territoires*, De L’Aube, Paris, 1996.
- **PAULIAT, H.** “Les effets territoriaux des politiques communautaires; vers un “droit territorial”?” en *La cohésion territoriale et les services publics en Europe. Interpretation et portée de l’article 7D du traité d’Amsterdam*, Pulim, Limoges, 1999, pp. 123-127.

- **PEACOCK, A.** *Elección pública. Una perspectiva histórica*, Alianza, Madrid, 1995.
- **PEMÁN GAVÍN, J.** “Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las autonomías”, en *RAP*, nº 119, pp. 173-198.
- **POUGNAUD, P.** *Service public “à la française” une exception en Europe?*, IGD, 1999.
- **RODRÍGUEZ CHIRILLO, E. J.** *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España*, ed. IEE, Madrid, 1993.
- **ROUBAN, L. (D.)** *Le service public en devenir*, L’Harmattan, Paris, 2000.
- **SOUVIRON MORENILLA**, *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, Granada, 1999.
- **TEROL GÓMEZ, R.** *El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- **TUDELA ARANDA, J.** *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas-IVAP, Madrid, 1994.
- **VILLAR EZCURRA, J.L.** *Derecho Administrativo especial*, Civitas, Madrid, 1999.
- **VILLAR PALASÍ, J.L.** Voz “concesiones administrativas” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix editor, Barcelona, 1952.
- **VOISSET, M.** “La reconnaissance, en France, d’un droit à la qualité dans les services publics” *Révue Française de Droit Administratif*, 1999, p. 743-749.
- **VV. AA.** *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- **WOLF, D.** “La réforme des services publics en Allemagne”, en CHEVALIER, J.M./EKELAND, I./FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L’idée de service public est-elle encore soutenable?*, P.U.F., Paris, 1999, pp. 11-19.