

LA DESREGULACIÓN ESTADOUNIDENSE Y LA ÚLTIMA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO EN EUROPA

Juan José MONTERO PASCUAL

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Regulación y desregulación en los Estados Unidos*. III. *La última crisis del servicio público*. IV. *Conclusiones*.

I. PLANTEAMIENTO

La figura del servicio público es protagonista de una historia ya larga, que ha diluido su significado, adaptándolo a las necesidades de cada momento histórico, hasta convertir el concepto en una "etiqueta"¹ sin un régimen jurídico bien definido o, peor todavía, en una bandera política. Inicialmente, la calificación de una actividad como servicio público suponía la aplicación de un régimen jurídico, consistente en la intervención directa de una autoridad pública, sujeta al derecho público, en defensa del interés público. La provisión del servicio por un agente privado, a través de la técnica de la concesión, y la aplicación del derecho privado, supusieron la crisis del servicio público tradicional. La exigencia de títulos jurídicos para la intervención pública, fruto del nuevo modelo económico keynesiano de la posguerra europea, salvó de la crisis a la figura del servicio público, que, no obstante, se transformó en el concepto vago, cuyo contenido mínimo, común a todos los Estados de tradición jurídica napoleónica, radica en el otorgamiento a las autoridades públicas de cierta potestad de intervención en un sector o actividad determinada, excediendo el régimen común de actividad de la administración. El legislador, invocando el siempre difuso interés público, podía determinar el grado de intervención pública en la economía, dentro de amplísimos límites constitucionales.²

1 Truchet, Didier, "Label de service public et statut du service public", *Actualité Juridique-Droit Administratif*, vol. 1, 1982, pp. 427-439.

2 Véanse diferentes análisis de los orígenes y primera crisis de la noción de

Las nuevas circunstancias económicas (globalización de la actividad económica) y políticas (caída de los regímenes comunistas y fortalecimiento de entidades supraestatales como la Unión Europea), han promovido en todo el mundo el cuestionamiento de la intervención pública en la economía. La figura jurídica del servicio público constituye uno de los centros del debate, en cuanto título jurídico de intervención casi omnímoda del poder público. Los críticos recuerdan la falta de coherencia interna del concepto, al mismo tiempo que señalan la falta de eficiencia del sector público, particularmente importante en un entorno de competencia global. La última crisis de la noción de servicio público se ahonda a causa de la limitación del poder estatal, fruto de la existencia de estructuras supraestatales como la Unión Europea. A los exiguos límites constitucionales fundamentados en la libertad de empresa, se superpone la limitación dirigida a hacer efectiva la integración de mercados.

Las críticas al modelo de servicio público encuentran un equivalente y, sin duda, también un precedente directo, en las críticas al modelo estadounidense de intervención pública a través de comisiones reguladoras, que desembocó hace ya años en el proceso de desregulación. Las próximas páginas ofrecen un esbozo de este modelo, así como del proceso de reforma del mismo, para posteriormente compararlo con la crisis de la noción de servicio público.

II. REGULACIÓN Y DESREGULACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS

1. *La regulación económica*

Durante el siglo XIX, el desarrollo industrial provocó la aparición de nuevos servicios (transporte ferroviario, telecomunicaciones, energía) que en poco tiempo se convirtieron en básicos para la actividad

servicio público en Auby, J. M. y R. Ducosader, *Grands services publics et entreprises nationales*, París, Presses Universitaires de France, 1973, 2 vols.; Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995; Garrido Falla, Fernando, "El concepto de servicio público en derecho español", *Revista de Administración Pública*, vol. 135, 1994, pp. 7-35; Jourdan, Philippe, "La formation du concept de service public", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1987, pp. 89-118; Martín Rebollo, Luis, "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", *Revista de Administración Pública*, vols. 100-102, 1983, pp. 2471-2542; Mescheriakoff, Alain-Serge, *Droit des services publics*, París, Presses Universitaires de France, 1991.

económica general, así como para satisfacción de las necesidades vitales de los ciudadanos. Si en Europa la mayoría de estos servicios fue rápidamente monopolizada por las autoridades públicas, en los EUA esta opción no fue considerada a causa de la debilidad de las autoridades públicas (desconcentración del poder político, tanto a nivel vertical (estado federal) como horizontal (férrea separación de poderes), débil presencia pública en el territorio de frontera, etcétera), y de la tradición y cultura política (figuras tradicionales como el *common calling* señalan la preferencia por medios indirectos de intervención pública).

En los EUA la intervención pública en la economía en defensa del interés general, se encauzó preferentemente a través de la regulación económica por comisiones independientes, modelo de intervención pública en la economía consistente en el control continuo y concentrado de un sector económico por parte del poder público, a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los actores privados en el sector, en defensa del interés general.

A finales del siglo XIX surge en los EUA un modelo de intervención pública en la economía,³ con raíces en la tradición del *Common Law*, caracterizado por la imposición de obligaciones jurídicas (en especial referidas a precios) por parte de los legisladores estatales, a los operadores privados de actividades mercantiles que afectasen al interés general. El origen legislativo otorgó legitimidad política a la intervención pública, a la vez que la aprobación por parte de la Corte Suprema de dicho modo de intervención, dispuso las dudas sobre su legitimidad constitucional.⁴ La legitimidad técnica, sin embargo, sólo se alcanzó al ceder las competencias de intervención a comisiones independientes formadas por personalidades de reconocida competencia técnica, normalmente designadas por el Ejecutivo. Este modelo de control continuo y concentrado de un sector por una comisión independiente de expertos, imponiendo obligaciones jurídicas a los operadores privados, se extendió rápidamente al nivel federal, con la creación de la Comisión de Comercio Interestatal en 1887.

³ El origen histórico de la regulación económica en los EUA puede verse en Montero Pascual, Juan J., "Titularidad privada de los servicios de interés general", *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 92, 1996, pp. 567-591, y Moreno Molina, Angel, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid, 1995.

⁴ Munn contra Illinois, 94 U. S. 113 (1876), Budd contra New York, 143 U. S. 517 (1892).

El *New Deal* de la década de los 30 reforzó el modelo de regulación por comisiones independientes. La depresión económica fue tan profunda que obligó a las autoridades públicas a replantearse su función. La respuesta del gobierno federal fue una mayor intervención, una intervención encaminada a sustituir los mecanismos del mercado que, por una parte, eran acusados de haber provocado la depresión, y por otra, habían sufrido un colapso y eran incapaces de gobernar ciertos sectores. Así se generalizó la regulación económica en los sectores básicos, con el fin de estabilizarlos a través de la fijación de barreras de entrada y la imposición de horquillas de precios a los operadores privados. Se crean así la *Federal Power Commission* (1930), la *Federal Communications Commission* (1934), o la *Securities and Exchange Commission* (1934).

El último gran impulso de creación de comisiones reguladoras corresponde al periodo desde 1965 a 1977, iniciándose con los programas de la *Great Society* del presidente Johnson. Las comisiones reguladoras creadas en este periodo nacen fundamentalmente contra la industria, con el fin de atender a externalidades, a efectos sociales de la actividad industrial. Nacen en este periodo la *Equal Employment Opportunity Commission* (1965), la *Environmental Protection Agency* (1970), y la *Consumer Product Safety Commission* (1972). Este movimiento político consiguió igualmente involucrar a consumidores y asociaciones ciudadanas en los procedimientos de las comisiones independientes, con el fin de representar directamente el interés de los ciudadanos y consumidores.⁵

El tipo de comisión reguladora independiente que más nos interesa es el creado durante el *New Deal* para estabilizar ciertos sectores de interés general. Estas comisiones respondían a un equilibrio de intereses. Por una parte, defendían a las empresas del sector de diversas amenazas: la Depresión, la intervención local, la intervención de las autoridades *antitrust* e incluso de la competencia de nuevos actores. Por otra parte, defendían a los consumidores de la amenaza de subidas de precios excesivas.

Las comisiones reguladoras independientes federales encargadas del control de las *public utilities* (ICC, FCC y la FPC) ejercían un control continuo y concentrado sobre una serie de industrias, en principio para defender el interés general. Este control se ejercía a través de

⁵ Véase Schwartz, Bernard, *The Economic Regulation of Business and Trade. A Legislative History of U. S. Regulatory Agencies*, Nueva York, Bernard Schwartz Ed., 1973, p. 18.

la imposición de obligaciones jurídicas, tanto de hacer como de no hacer, que limitaban la libertad de contratación de los actores privados del sector.

Las siguientes eran las obligaciones principales. En primer lugar se obligaba a las empresas privadas a ofrecer su servicio a todo el que lo requiriese bajo circunstancias razonables. Para hacer efectiva esta obligación, se recuperó otra de las obligaciones tradicionales del *common calling*: la obligación de requerir precios razonables. Para ello se limitó la libertad de fijación de precios, determinando las comisiones regular horquillas de precios permitidos. Con el fin de asegurar la estabilidad del sistema, se crearon barreras de entrada, fundamentalmente requiriendo el otorgamiento de licencias por parte de las comisiones. Dada la situación de crisis industrial y financiera generalizada, y el colapso de los mecanismos de fijación de precios, las comisiones pudieron establecer unas condiciones artificiales, independientes del mercado.

2. Críticas al modelo regulatorio

A principios de la década de los sesenta, un grupo de economistas de la Universidad de Chicago comenzó a estudiar el fenómeno de la regulación, aplicando la teoría de precios. La doctrina tradicional sobre la intervención pública, se fundamentaba en la aceptación del interés general como principio rector de la actividad de las comisiones reguladoras y de la administración en general. Estos economistas tildaron de normativa esta doctrina, y comenzaron a estudiar el funcionamiento real de las comisiones reguladoras. Su conclusión fue que la regulación económica por agencias reguladoras constituía "un instrumento para transferir riqueza a grupos bien organizados, si estos grupos devuelven el favor con votos y contribuciones para los políticos".⁶

Las primeras críticas al modelo regulador fueron lanzadas por Coase en 1959,⁷ desde la recién creada *The Journal of Law & Economics*,

6 Joskow, Paul y Roger Noll, "Regulation in Theory and Practice: an Overview", *Studies in Public Regulation*, Cambridge, Mass., Gary Fromm Ed., MIT Press, 1981, p. 36.

7 Coase, Ronalds, "The Federal Communications Commission", *The Journal of Law & Economics*, vol. 2, 1959, pp. 1-40.

seguidas de artículos de Stigler⁸, Posner⁹ y Demsetz.¹⁰ Estos autores, máximos exponentes de la Escuela de Chicago, concluyeron que la regulación económica por comisiones independientes conducía a resultados altamente deficientes debido a la "captura" del regulador por la industria regulada, que terminaba, inexorablemente, imponiendo sus intereses.

La crítica inicial fue la deficiencia económica de la regulación a través de barreras de entrada y fijación de precios. Por una parte, estas intervenciones impedían la actuación de los mecanismos de fijación de precios propios del mercado, y por otra, no conseguían imponer un control efectivo de precios a la industria. En principio, la fijación de precios por parte del regulador debía limitar los beneficios de la industria regulada, al reducirlos a una justa retribución del capital empleado. El modelo protegía a la industria, pues en caso de que disminuyesen los beneficios por deficiencia de la industria regulada (mayores costes por ejemplo) la política de las comisiones era permitir una subida de precios, que asegurase una justa retribución del capital empleado. Por otra parte, no suponía un control efectivo de los beneficios,¹¹ pues a través de una sobrecapitalización, esto es, a través de una inversión por delante de la demanda, se aseguraba automáticamente un crecimiento de los beneficios.

La crítica al modelo de regulación económica no se limitó a la deficiencia económica del mecanismo de fijación de precios. El siguiente paso fue una crítica a la raíz del modelo. Según la Escuela de Chicago, la intervención pública a través de comisiones independientes "como regla general [...] es adquirida por la industria y es diseñada y funciona primordialmente en su beneficio".¹² La regulación, pues, no es más que otro bien sujeto a los mecanismos del mercado, resultado del encuentro entre la necesidad de los políticos de mantener su poder, a través de votos y financiación, y la nece-

⁸ Stigler, George y Claire Friedland, "What can Regulators Regulate? The Case of Electricity", *The Journal of Law & Economics*, vol. 5, 1962, pp. 1-13; y Stigler, George, "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, 1970, pp. 3-21.

⁹ Posner, Richard, "Taxation by Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, 1971.

¹⁰ Demsetz, Harold, "Why Regulate Utilities?" *The Journal of Law & Economics*, vol. 11, 1968, pp. 55-65.

¹¹ Véase Stigler y Friedland, *op. cit.*, 1962, p. 11, nota 8; como la introducción de regulación en el sector eléctrico en los EUA a principios de siglo no introdujo ninguna diferencia efectiva, ningún control, en la fijación de precios por parte de la industria

¹² Véase Stigler, *op. cit.*, 1970, p. 3, nota 8.

sidad de grupos bien organizados, de mantener sus beneficios (ya sea el interés de los consumidores en pagar precios bajos, ya sea el normalmente mejor organizado interés de la industria de asegurar sus beneficios).

3. *La liberalización de la economía*

Las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial se caracterizaron por un gran crecimiento de las economías occidentales. Los modelos de intervención pública se vieron reforzados por el éxito económico. A finales de los años sesenta, sin embargo, comenzó a producirse un debilitamiento del crecimiento. Este debilitamiento se convirtió en crisis a principios de los setenta, a causa del alza de los precios del petróleo, que produjo un incremento importante de la inflación. La crisis económica se alargó toda la década, dando pie a un debate sobre el modelo económico, en particular sobre la bondad de la intervención pública en la economía.

Al mismo tiempo, la industria comenzó a observar la intervención pública como un obstáculo a sus intereses, más que como un instrumento de apoyo a los mismos. Durante los años setenta, la regulación económica se convirtió en un lastre para las industrias reguladas. La intervención de los grupos de consumidores dificultó las subidas de precios necesarias para adaptar los precios a la alta inflación, de modo que las industrias reguladas comenzaron a tener problemas (*regulatory lag*). Los mecanismos de fijación de precios se convirtieron en una trampa y las barreras de entrada no fueron suficientes para contrarrestar el efecto negativo de la regulación de precios. Como resultado, la industria comenzó una campaña contra la regulación económica y contra la intervención pública en general. La doctrina de la Escuela de Chicago, desarrollada durante más de diez años, se convirtió en uno de los instrumentos de influencia de la industria en contra de la intervención pública.

La industria regulada consiguió ligar la crisis económica (alta inflación, crecimiento débil) a la intervención pública, consiguiendo el apoyo del poder político para liberalizar la economía. La llamada "revolución conservadora" de los ochenta en los EUA y en el Reino Unido, con las políticas del presidente Reagan y del primer ministro Thatcher, supuso el triunfo de una nueva visión de la función de las autoridades públicas en la economía, fruto de las primeras críticas de los sesenta y el debate de los setenta. El ideario de estos movi-

mientos políticos se resumió en la expresión “retirar el peso del Estado de las espaldas de los ciudadanos”.

La reducción de la intervención de las autoridades públicas en la economía fue el resultado de la alianza de intereses de las empresas reguladas que, utilizando la doctrina de la Escuela de Chicago, logró el apoyo de fuerzas políticas que buscaban una respuesta política al estancamiento económico.

4. *La desregulación y la adaptación del modelo regulador al marco competitivo*

El término desregulación ha de ser entendido en el contexto de la regulación estadounidense. Si regulación es el control continuo y concentrado de un sector económico por parte de una comisión especializada, ejercido a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los actores privados en el sector, la desregulación es el relajamiento del control ejercido por la comisión reguladora, a través de la eliminación de determinadas obligaciones jurídicas impuestas a las empresas privadas del sector en cuestión.

El extremo de la desregulación es la retirada de todas las obligaciones jurídicas especiales, de todo el control ejercido por la comisión reguladora. El proceso de desregulación, sin embargo, no tiene por qué llegar tan lejos. Las autoridades públicas pueden por lo tanto, determinar el grado de la desregulación, fijando nuevos límites a la intervención pública en la economía.

Como ya hemos visto, desde mediados de la década de los setenta, existe cierto consenso en la existencia de una sobrerregulación, de una excesiva intervención pública en la economía a través de las comisiones reguladoras. Fruto de esta convicción política es la decisión de derogar la regulación más agresiva, aquella que impide el funcionamiento de los mecanismos del mercado: la regulación definidora de precios y barreras de entrada. La desregulación estadounidense no afecta decisivamente a la regulación social introducida en la década de los sesenta (ambiente, salud, defensa de los consumidores, etcétera), sino a la regulación económica introducida fundamentalmente en la época del *New Deal*.

La desregulación estadounidense ha significado el fin de un determinado modo de intervención pública, encaminada a la sustitución del mercado a través de la fijación de precios y de las barreras de entrada. La nueva opción confía a los mecanismos del mercado la

ordenación del sector, con una intervención subsidiaria de los poderes públicos, bien para fomentar y mantener el carácter competitivo de los mercados, bien para alcanzar fines ignorados por el mercado. La reforma pretende que sean los mecanismos del mercado los que determinen, primero, los actores del mercado; segundo los precios, y tercero otros elementos tales como la calidad y cantidad de servicios. La desregulación supone un retorno a los orígenes de la regulación económica, una intervención que con el tiempo se había excedido en sus funciones.

La nueva estructura de los sectores regulados exige una nueva estrategia de intervención. Cuando la competencia es fundamental para la fijación de precios, es necesario asegurar que esa competencia será efectiva y no sea viciada por la actuación de los antiguos actores, con más experiencia y grandes cuotas de mercado (especialmente en sectores con fuerte tendencia a la concentración debido a la existencia de fuertes economías de escala). El mantenimiento y desarrollo del proceso de universalización de los servicios de interés general puede así mismo, requerir la definición de obligaciones jurídicas a los actores privados. Estas son cuestiones que no se planteaban con el antiguo modo de intervención, y que con el nuevo requieren la definición de nuevas obligaciones jurídicas, la introducción de nueva regulación.

Las nuevas obligaciones jurídicas de imponer a los actores privados no exigen, sin embargo, una reforma del modelo de comisiones reguladoras. La desregulación en principio no exige la desaparición de las mismas¹³ ni un cambio en sus mecanismos de intervención, sino un cambio en el contenido de las obligaciones, de acuerdo con la nueva estructura del mercado. La desregulación no supone necesariamente una simplificación de la intervención, sino un cambio de estrategia. Esta estrategia puede exigir una intervención más compleja pero, en todo caso, menos agresiva.

III. LA ÚLTIMA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO

1. *Intervención pública y liberalización*

Las voces críticas a la excesiva intervención pública en la economía comenzaron a alzarse también en Europa a lo largo de la década

13 Aunque éste ha sido el caso en algún sector, como el aeronáutico, por ejemplo.

de los ochenta. Si bien alcanzaron especial volumen en el Reino Unido, en el continente no consiguieron nunca el consenso alcanzado en los EUA, siendo especialmente mal recibidas en determinados Estados con una tradición particularmente intervencionista, como Francia o Bélgica. La transformación del paisaje político y económico de los últimos años, con el colapso de los regímenes comunistas y el estancamiento económico de una Europa siempre menos competitiva en una economía crecientemente globalizada, ha impulsado el proceso liberalizador a pesar de los numerosos obstáculos a los que se enfrenta.

La liberalización se enfrenta a intereses de grupo entre los que destacan los gestores de las empresas públicas, los trabajadores de dichas empresas o los políticos que las controlan, y se enfrenta también a la inexistencia de mecanismos efectivos de intervención pública indirecta que sustituyan a los de intervención directa. En Europa la intervención pública económica en defensa del interés general adoptaba dos vías. La primera consistía en desarrollar directamente la actividad, bien como autoridad pública o a través de empresas públicas, a menudo con derechos exclusivos. En estos supuestos las autoridades públicas estaban sujetas a la normativa administrativista general, y en ocasiones ni siquiera a ésta, debido al fenómeno de huida del derecho administrativo. En cualquier caso, la satisfacción del interés general se consideraba asegurada por la mera presencia pública, sin que se impusiese un régimen jurídico especial creador de un responsabilidad jurídica en caso de insatisfacción de dicho interés. La segunda vía consistía en otorgar a un operador privado la concesión para operar en el mercado. La satisfacción del interés general se aseguraba a través del contrato de gestión de servicios públicos, en el que se imponían al operador privado ciertas condiciones y se instituían ciertos métodos de control o intervención.

La liberalización en Europa ha consistido básicamente en un doble proceso, de desmonopolización y de privatización. Por una parte, las autoridades públicas han derogado los derechos exclusivos o especiales disfrutados bien por empresas públicas, bien por concesionarios privados. Por otra parte, se privatizan las empresas públicas, esto es, las autoridades públicas ceden la propiedad de las empresas a personas privadas a través de compraventas.

Así como la desregulación estadounidense no exigía una reforma institucional o de los mecanismos de intervención, sino una mera reforma de las obligaciones impuestas a los operadores privados, la liberalización europea ha privado a las autoridades públicas de los

mecanismos de intervención directa, sin que existan regímenes jurídicos maduros que permitan la intervención indirecta de las administraciones públicas. Estos mecanismos están siendo implantados progresivamente, y sin duda alguna el modelo estadounidense y su tradición de intervención indirecta aparece como una de las principales fuentes de inspiración. En esta línea se enmarca la creación de órganos desconcentrados en numerosos estados europeos.

La reforma de la intervención pública en la economía en Europa se ha instrumentado jurídicamente en críticas a la noción de servicio público,¹⁴ críticas centradas en la deficiencia económica del Estado, en su falta de respeto a los principios democráticos y últimamente en su incompatibilidad con el derecho comunitario. Como reacción, estas críticas han sido contestadas por un abanico de defensores que abarca desde los gestores de las grandes empresas públicas europeas¹⁵ y sus sindicatos, hasta la doctrina administrativista mayoritaria, tanto en España e Italia como en Francia. La reacción de los administrativistas franceses ha sido especialmente contundente, cosa comprensible dado que la noción de servicio público es "piedra angular" del derecho administrativo francés y criterio de asignación de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa gala, cosa que no ocurre con el resto de ordenamientos.

2. Renovación de la noción de servicio público

El proceso de liberalización de la economía en Europa y las críticas paralelas a la noción de servicio público fueron inicialmente ignorados o desacreditados por los defensores de la intervención pública y el servicio público, pero posteriormente dichos defensores adoptaron una posición más elaborada, consistente en proponer una reforma que sin alterar los fundamentos de dichas instituciones las blindasen ante las críticas de incoherencia interna o deficiencia.

14 Ariño Ortiz, Gaspar, J. M. de la Cuetara y J. L. Martínez López-Muñiz, *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, 1997; Cassagne, Juan Carlos, "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. (Hacia una nueva concepción)", *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, pp. 95-110; y Regourd, Serge, "Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, 1987, pp. 5-48.

15 Véase CEEP, *Europe, Concurrence et Service Public*, París, Masson/Armand Colin, 1995.

En un primer momento, la reacción de los defensores de la intervención pública ligó el monopolio a la defensa del interés público, de modo que toda crítica a los monopolios públicos pareciese una crítica a la intervención pública en defensa del interés general, o incluso más allá, un ataque al mismo interés público.

Una segunda reacción a las críticas, mucho más consciente de los riesgos para la estructura administrativa de dichas críticas, y por ello más elaborada, surgió de la doctrina administrativista,¹⁶ con el *Conseil d'État* francés a la cabeza. El *Rapport Public* de 1994¹⁷ analizó las críticas al concepto, proponiendo una renovación del mismo en dos líneas. Por una parte, el *Conseil d'État* realiza una depuración doctrinal del concepto, subrayando la inexistencia de una coincidencia general entre el concepto de servicio público e instituciones como el monopolio legal, el dominio público, la función pública o la gratuidad de los servicios, para posteriormente identificar el núcleo duro del concepto: el servicio público consiste en una intervención pública más allá de la intervención habitual fruto de la actuación del poder público (poder de policía, tributario, etcétera). Se intenta de este modo devolver la coherencia interna al concepto de servicio público. Por otra parte, el *Conseil d'État* redefine los principios jurídicos que rigen la intervención de las autoridades públicas en la defensa del interés general, aumentando los controles jurídicos sobre la intervención pública con el fin de incrementar su eficiencia al mismo tiempo que su respeto de los valores de libertad y democracia. El objetivo de esta redefinición es afrontar las críticas a la falta de eficiencia y a los abusos cometidos por las autoridades públicas en su intervención en los mercados, con el fin de mantener la vigencia de la institución.

3. Servicio público y Unión Europea

La noción de servicio público no sólo recibe presiones internas, a causa de la necesaria adaptación a las nuevas condiciones económicas. Existe una presión externa que está afectando más decisiva-

¹⁶ Long, Marceau, "Service public, services publics: déclin ou renouveau?", *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 11, núm. 3, 1995, pp. 497-503; y Stoffaës, Christian, *Services publics. Question d'avenir*, París, Editions Odile Jacob, La Documentation Française, 1995.

¹⁷ Conseil D'État, "Service public, services publics: déclin ou renouvellement?", *Rapport Public 1994, Etudes et Documents du Conseil d'État*, París, La Documentation Française, 1995, núm. 46.

mente a la noción de servicio público: la intervención comunitaria.¹⁸ La construcción de un gran mercado integrado es el objetivo fundacional de la Unión Europea. Los derechos exclusivos o especiales definidos a nivel nacional en defensa del interés general, las empresas públicas y en general toda limitación nacional de los mecanismos del libre mercado, pueden ser un obstáculo en el proceso de integración de mercados. Aunque la legislación comunitaria no prohíbe radicalmente los monopolios públicos, y expresamente respeta la propiedad pública de los bienes de producción,¹⁹ sí introduce ciertos límites en su creación y funcionamiento que deben superar un juicio jurídico. Este juicio es una novedad de gran importancia, pues por primera vez existe un límite bien definido a la intervención estatal en la economía.

El artículo 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea²⁰ es el elemento fundamental del equilibrio entre dos fuerzas contrapuestas. Por una parte, los Estados miembros tradicionalmente se han reservado determinados sectores con el fin de asegurar directamente la consecución de ciertos fines de interés general. Por otra parte, el proceso de integración de los mercados europeos exige la supresión de obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, así como un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en ese mercado integrado. El artículo 90.1 establece que las normas del Tratado (especialmente las relativas a la defensa de la competencia, pero también las relativas a las li-

18 Belloubet-Frier, Nicole, "Service public et droit communautaire", *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, París, 20 de abril de 1994, pp. 270-285; Brenac, Edith, "Les remises en cause du modèle de service public dans les télécommunications en Europe. La politique dans la régulation sectorielle", *Revue*, vol. 66, 1994, pp. 137-164; Voisset, Michèle, "Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux", *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 11, núm. 2, 1995, pp. 304-319.

19 Artículo 222 del tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

20 Texto del artículo 90: "1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, 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 la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la comunidad. 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".

bertades de circulación), se aplicarán a las empresas públicas y a las empresas que gocen de derechos exclusivos o especiales concedidos por autoridades públicas. El equilibrio es introducido por la inclusión de una excepción al sometimiento a las normas del Tratado que beneficia a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, cuando la aplicación impida el cumplimiento de la misión específica que les ha sido confiada.

La interpretación del artículo 90²¹ depende fuertemente del balance de los intereses enfrentados, de forma que el fortalecimiento de uno de los elementos puede ampliar o reducir el campo de aplicación de las normas del Tratado sobre este tipo de empresas. Así, en los últimos años hemos asistido al fortalecimiento de la aplicación de las reglas del Tratado en los sectores de interés económico general. Por una parte, el objetivo de integración del mercado fue refrendado políticamente por la aprobación del Acta Única Europea y su programa de reforzamiento del mercado único. Por otra parte, la tendencia general hacia la retirada de las autoridades públicas y liberalización de los mercados, favorece la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

El nuevo equilibrio entre el mercado y la intervención pública es fruto de la actividad de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia. Una serie de sentencias de éste último, en el bienio 1991-1992, han definido el nuevo equilibrio.²² Las autoridades comunita-

21 Véase Ehlermann, Claus-Dieter, "Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community", *European Competition Law Review*, núm 2, 1993, pp. 61-69; Gardner, Anthony, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors", *European Competition Law Review*, núm. 2, 1995, pp. 78-86; Kovar, Robert, "La 'peau de chagrin', ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics", *Europe*, vol. 2, núm. 7, 1992, pp. 1-4; Montero Pascual, Juan J., "I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'art. 90 del Trattato", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 7, núm. 3-4, 1997, pp. 663-672; y Quadra-Salcedo, Tomás de la, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

22 Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1991, asunto 202/88, República Francesa contra la Comisión, Rec. 1991, p. 1223; Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1991, asunto 260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi ERT contra Dimotiki, Rec. 1991, p. 2925, párrafo 12; Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991, asunto 179/90, Mercì Convenzionali Porto di Genova contra Siderurgica Gabrielli, Rec. 1991, p. 5889; Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, asunto 41/90, Klaus Höfner y Friz Elser contra Macroton GmbH, Rec. 1991, p. 1979; Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1991, Regie des Télégraphes et des Téléphones RTT contra GB-Inno-BM, Rec. 1991, p. 5941; Sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1992, asuntos reunidos 271, 281 y 289/90, Reino de España y otros contra Comisión, Rec. 5833.

rias han comenzado a juzgar no sólo el ejercicio de los derechos monopolísticos de ciertas empresas públicas, sino también su mera existencia. Las autoridades comunitarias han comenzado a juzgar el derecho de los Estados miembros a crear monopolios de servicio público. La aplicación de la excepción se ha reducido, entendiéndose que, tratándose de una excepción, ha de ser aplicada de modo restrictivo, allá donde el derecho exclusivo o especial sea absolutamente necesario para asegurar la satisfacción del interés general.

Se distinguen, pues, dos grandes categorías de intervención pública en defensa del interés general. Por una parte, se reconoce que en determinados casos la satisfacción de dicho interés exige una intervención pública agresiva, que restrinja en determinada medida el funcionamiento de los mecanismos del mercado, pudiendo incluso llegar a excluirlos completamente, a través de la creación de derechos exclusivos o especiales. Esta intervención pública, sin embargo, es excepcional, limitada por un juicio de imprescindibilidad. Para el resto de supuestos, se excluye una intervención pública sustitutivas del mercado, permitiéndose, y en ocasiones imponiendo,²³ una intervención indirecta de control del mismo, complementándolo allí donde éste no responda a las necesidades sociales definidas políticamente.

Los avances del derecho comunitario afectan a la misma base del servicio público, incluso al redefinido por el *Conseil d'État*. A los límites constitucionales tradicionales, más bien exigüos, basados en la libertad de empresa, se superpone una limitación más exigente, que restringe la potestad de las autoridades públicas nacionales. Es cierto que las autoridades comunitarias no han declarado incompatible con el Tratado el mismo concepto de servicio público, sino uno de los muchos instrumentos de intervención asociados al mismo, el radicalmente incompatible con un mercado único competitivo. También, es cierto que muchos de los instrumentos de intervención asociados al servicio público mantienen su validez. La clave radica en que el servicio público, como título legitimante casi omnímodo de intervención pública, resulta contrario al derecho comunitario. Toda intervención pública que introduzca excepciones a los mecanismos del mercado, está sujeta al juicio de compatibilidad con el Tratado de Roma, bien al juicio de imprescindibilidad del artículo 90.2, bien al juicio de compatibilidad con las libertades de circulación o con las normas de defensa de la competencia. La declaración legislativa

23 Este es el caso de las normas de promoción del servicio universal de telecomunicaciones.

nacional, declarando a un sector o actividad servicio público no habilita automáticamente a las autoridades públicas nacionales a determinar las restricciones a la actividad de los privados respetando la libertad de empresa tal y como es definida por la Constitución.

Por todos estos motivos, la noción de servicio público pierde su importancia, siendo especialmente claro en el caso español, en el que el centro del concepto es ocupado por la *publicatio*, declaración pública de sotoposición de una actividad a un régimen jurídico exorbitante. Tras la imposición de un límite jurídico estricto, tal declaración no aporta en sí misma ningún contenido. El nuevo centro de atención pasa a ser el régimen jurídico exorbitante que se aplica a la actividad, régimen jurídico que debe superar el juicio comunitario de compatibilidad con el Tratado. En el caso francés, la relevancia jurídico-positiva de la institución requiere bien su reforma legislativa, bien la permanencia de la institución como una categoría que englobe diferentes figuras con su propio régimen jurídico, perdiendo así su carácter teórico central.

IV. CONCLUSIONES

La figura jurídica del servicio público, asimilada a una intervención pública en la actividad económica marcadamente deficiente, incompatible con el derecho comunitario, y potencialmente restrictiva de los derechos y libertades de los ciudadanos, se enfrenta a otra crisis. Los defensores del servicio público, "Lázaro jurídico", intentan otra vuelta de tuerca con el fin de adaptar la figura a las nuevas condiciones políticas y económicas. El esfuerzo notable de la doctrina, para imponer límites jurídicos más precisos a la intervención pública a través de una nueva definición de los principios rectores del servicio público, es sin duda alguna de utilidad. El esfuerzo dirigido a redefinir el servicio público, distinguiéndolo del monopolio, la empresa pública o la gratuidad, desemboca, sin embargo, en una noción vacía, que otorga a la administración un título habilitante omnímodo de intervención en el mercado, enfrentándose directamente con el Tratado de Roma.

Es interesante observar como la doctrina, especialmente la francesa, realiza un gran esfuerzo de renovación interna de la noción de servicio público, mientras que al ocuparse de la presión externa proveniente del derecho comunitario, la opción no es tanto la renovación del concepto con el propósito de amoldarlo al derecho comu-

nitario sino, más bien, atacar frontalmente dicha presión y proponer, incluso, la reforma del Tratado.²⁴

En el fondo subyace un dilema entre iniciativa pública o privada. Si en todo el mundo la opción política en los últimos años parece decantarse por la última, dejando a las autoridades públicas una función de control y actuación subsidiaria, en Europa esta tendencia se refuerza por la existencia de una organización supraestatal que, a causa de su debilidad política no es capaz de intervenir directamente en la economía, y que al mismo tiempo es suficientemente poderosa como para limitar la intervención directa de los Estados miembros, que pudieran obstaculizar el proceso de integración. En este marco, la intervención indirecta en defensa del interés general, tanto de la autoridad supraestatal como de los Estados miembros, siguiendo modelos cercanos al de regulación económica estadounidense, parece el único equilibrio posible.

Como conclusión, la noción de servicio público no constituye un marco idóneo para el análisis jurídico de la intervención pública en la economía. Sus incoherencias internas, la inexistencia de un régimen jurídico inequívoco asimilado a la figura y su incompatibilidad, tal y como está siendo recientemente definido, con el derecho comunitario, aconsejan olvidar una institución que en la últimas décadas no ha aportado más que confusión. El estudio doctrinal debería trasladarse de la cáscara vacía de la figura del servicio público, a las semillas que constituyen los diferentes regímenes jurídicos de intervención pública económica, especialmente en un momento de transición de dicha intervención, en el que nuevas fórmulas están apareciendo, huérfanas de estudios profundos y de regímenes legales claros.

24 El memorándum de marzo de 1993, presentado por la República francesa con ocasión de su presidencia semestral del Consejo de Europa, proponiendo la elaboración por la Comisión de una Carta Europea de los Servicios Públicos, fue aprobado y ha dado lugar a trabajos de la Comisión (véase la versión de 14 de febrero de 1994 en *Revista de Administración Pública*, núm. 136, pp. 523-535). Si bien esta iniciativa no tuvo éxito, el Tratado de Amsterdam introdujo una reforma menor en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, añadiendo entre los objetivos de la Comunidad la contribución a la promoción de los servicios de interés general.