

El nuevo servicio público

Gaspar Ariño, J. M. de la Cuétara, J. L. Martínez López-Muñiz

Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997

Esta obra cargada de actualidade consta de tres partes, a autoría da primeira delas, correspóndelle ó profesor Gaspar Ariño, catedrático de dereito administrativo, fundador e director do Programa de Estudos de Regulación Económica (PERE) da Universidade Autónoma de Madrid, e ten como título, *“Un nuevo modelo de servicios públicos competitivos. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. (hacia un nuevo modelo de regulación)”*.

Dinos o profesor Ariño que, a filosofía de fondo de moitas decisións da Comisión Europea sobre o mercado interior, nunha serie de sectores que eran, ata agora, o paradigma dos grandes servicios públicos (correos, teléfonos, subministracións de gas e electricidade, transporte aéreo, os abastecementos de auga, etc.), sen dúbida pon en cuestión ese vello e sacralizado concepto do servicio público que un día aspirou a se-lo eixe central do dereito administrativo.

Para uns, os principios de base do servizo público deben ser protexidos sexa como sexa. Para outros, deben ser corrixidos ou, polo menos, reformulados, abandonando o carácter puramente estatal que aquel encerraba. En calquera caso, as cousas han de cambiar se se queren respectar algúns dos principios esenciais nos que se basea o mercado único europeo.

E esta é a pregunta que se fai o autor: ¿Trátase só dun cambio no ámbito territorial europeo dos servizos públicos ou, polo contrario, estamos ante un cambio de fondo, esencial, xurídico e político, do modelo de regulación que presidiu ata agora o servizo público?

Foi ata mediados do século XIX, onde todo o que hoxe chamamos servizos públicos eran actividades non asumidas polo Estado senón pola sociedade. Pero é coa primeira revolución industrial cando xorden os primeiros servizos públicos de carácter económico que chegan ós nosos días (ferrocarril, gas, electricidade, teléfono, transportes, etc.). Pouco a pouco foise configurando un concepto de servizo público que implicaba a reserva total da actividade a favor do Estado.

Neste contexto histórico (ideolóxico, político, cultural) é onde xorde o concepto técnico-xurídico do servizo público, tal como este chegou ata nós. Pero, como ben sinala o profesor Ariño, a situación hoxe é outra, case a inversa. Son os feitos os que mandan, máis cá ideoloxía ou a política. Hai que abrir camiño a novas realidades, máis competitivas, innovadoras, que son as que a nova realidade social demanda; hai que melloralos servizos e todo iso sen perde-lo xa conseguido, que é, basicamente, a existencia dun servizo universal a tódolos cidadáns nos seus niveis básicos.

Xunto a este profundo cambio no modelo de Estado hai unha circunstancia máis próxima e inmediata que provocou a necesaria revisión do concepto de servizo público no ámbito español e europeo, que é a integración dos países no ámbito dun mercado único, presidido por catro liberdades: liberdade de comercio de produtos e mercadorías, liberdade de movementos de capitais, liberdade laboral, liberdade de establecemento e prestación de servizos no marco da comunidade.

O cambio esencialmente consiste no paso dun sistema de titularidade pública sobre a actividade: concesións pechadas, dereitos en exclusiva, obriga de subministración, prezos administrativamente fixados, carácter temporal, en suma, unha regulación total da actividade ata o máis mínimo detalle, a un sistema aberto presidido pola liberdade de empresa, isto é, liberdade de entrada, liberdade de prezos e modalidades de prestación, liberdade de investimento e amortización e, en definitiva, en réxime de competencia aberta.

O profesor Ariño propón unha serie de principios ou presupostos sobre os que descansaría o novo servizo público e estes serían:

1. Desintegración vertical do sector e separación de actividades.

Con dous grandes obxectivos: a distinción entre actividades competitivas, con aplicación dun réxime xurídico distinto a unhas e outras; e a transparencia informativa, indispensable para unha correcta regulación.

2. Réxime xurídico das actividades competitivas.

Baseado nas seguintes características: liberdade de entrada, libre acceso ó mercado, liberdade de contratación, formación competitiva dos prezos e liberdade de investimento.

3. Réxime xurídico das actividades non competitivas.

Hai outras actividades que, trala desintegración vertical, non resultan susceptibles de realización en réxime de competencia. Basicamente estas actividades refírense a dúas fases do negocio, como son, a instalación e xestión de infraestruturas (a "rede" é a clave do mercado, a través da que este se materializa); e as prestacións de servizo universal, aquelas modalidades ás que o mercado, por si só, non daría resposta, e que deben cubrirse.

4. Réxime dos prezos

Os prezos das prestacións e servizos segundo o modelo de regulación serán, nuns casos, prezos de mercado e noutros, prezos regulados, segundo exista ou non competencia real naquela fase de actividade de que se trate. Na medida en que o mercado os fixe espontaneamente, será innecesario regularlos.

5. As empresas de servizo público son unha parte do sistema estatal de prestacións.

Ademais de controla-los beneficios das empresas e de abarata-los prezos ó consumidor, o novo modelo de regulación, pretende asegura-lo investimento continuado, o que require, pola súa vez, incentivos e garantía para a mesma, de modo que se poida manter en todo momento un servizo de calidade acorde cos tempos.

6. Características xurídicas do sistema de regulación para a competencia.

O regulador debe ter claro que as empresas privatizadas, xestoras hoxe dun servizo de interese xeral, non son o inimigo que hai que bater, senón que son empresas de interese público que forman parte do sistema estatal de prestacións.

A segunda parte do libro, titulado *El nuevo servicio público*, é obra de D. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, catedrático de dereito administrativo da Universidade da Laguna e director do Instituto de Desenvolvemento Rexional, que o divide en tres apartados,

o primeiro deles é, *Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa (un ensayo de prospectiva jurídica)*.

Para o profesor De la Cuétara, a fronteira ideal definitiva entre o público e o privado está aínda por marcar, non se coñece o punto exacto no que o particular lle debe deixar paso ó colectivo e viceversa. E iso débese a que a organización e a prestación colectiva de servicios é posible en moitos campos, sen que saibamos exactamente cáles, e por qué a ampliación e extensión dos servicios públicos vén producíndose desde hai tempo no mundo occidental.

O autor adianta algunhas propostas de por ónde debe discorrer-lo acordo entre os operadores xurídicos españois sobre o problema dos servicios públicos.

Primera proposta: os servicios públicos deben convivir necesariamente coas liberdades públicas: o modo concreto da convivencia entre ámbalas dúas institucións non resulta fácil de determinar. Débese ter en conta que os gobernantes, cumprindo mandatos que están incluso no texto constitucional, poden promover os servicios públicos de tal modo que reduzan importantes ámbitos de liberdade así mesmo constitucionais.

Segunda proposta: o servicio público é a excepción á regra xeral da liberdade de mercado. As potestades administrativas que se exercen nos servicios públicos teñen que estar expresamente habilitadas polas normas directamente aplicables.

Terceira proposta: dentro da Comunidade Europea, as solucións xurídicas que se adopten para os servicios públicos tenderán a confluír: o concepto de servicio público que se formule en España deberá ser compatible e homologable co dos restantes países comunitarios.

Cuarta proposta: debemos ir a uns servicios públicos reducidos en número e limitados no seu alcance. Esta proposta pode verse como unha máis das que se unen ó carro da privatización do sector público tan de moda. Así e todo, penso que se trata dunha reflexión técnica e non política.

O segundo apartado do traballo do profesor De la Cuétara leva como nome, unha *Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos*, dividíndoo en dous capítulos, o primeiro, *Transcendencia social, regulación económica y regulación por causa de servicio público*, no que fai referencia a que a libre iniciativa particular nin é nin pode presumirse necesariamente daniña para a colectividade, polo que o simple feito da súa repercusión social non é suficiente para impoñer-lo control público: fai falta, ademais, acreditar-lo carácter negativo da mesma.

O segundo dos capítulos deste apartado titúlase *Caracteres de la regulación por causa de servicio público*, e son destacados:

■ A determinación de dereitos e obrigas en función da prestación que se quere garantir: a regulación de servizo público só se pode aplicar eficazmente cando se ten moi claro de qué servizo se trata.

■ Esixibilidade da prestación: vai dirixida principalmete ós usuarios do servizo. E ela debe constar de: universalidade, continuidade, regularidade de prestación de servizos e esixibilidade en réxime de dereito público.

O traballo do profesor De la Cuétara finaliza co apartado *Tres postulados para el nuevo servicio público*, aquí o binomio “cooperación e competencia” é esencial, non todo ten que ser competencia: a arte do novo servizo público estriba en recupera-la competencia sen destruí-lo positivo que a cooperación e a solidariedade poden achegar.

PRIMEIRO POSTULADO: *a xuridificación do servizo público.*

O factor que posibilita a implantación da competencia é a xuridificación profunda do novo servizo público. A xuridificación aquí exposta é a que lles achega seguridade a todos cantos interveñen naquelas áreas sociais nas que o que buscamos sobre todo é iso, seguridade: a dispoñibilidade da prestación dun servizo público en todo momento, o seu funcionamento de forma regular e continua, son a base do seu establecemento como tal.

O problema esencial, para o autor, estriba en esixirlle ó Estado que responda ás necesidades de equilibrio e á lóxica interna dos servizos públicos. Sen embargo, hai unha forma de converte-lo Estado en suxeito dunha acción xurídica e é a de sometelo a tribunais supranacionais; a xuridificación dos servizos públicos pasará necesariamente pola aplicación do dereito europeo ós diversos estados membros, con actuación do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas.

SEGUNDO POSTULADO: *o necesario redimensionamento dos servizos públicos.*

O servizo público trata dunha decisión consciente de universaliza-la prestación, de establecer un compromiso entre gobernantes e gobernados segundo o que, estes últimos poden despreocuparse de se encontrarán ou non dispoñibles certos servizos cando os necesiten, porque os primeiros se encargan de que así sexa.

Pois ben, hai que dicir rotundamente que só as prestacións básicas son esixibles por medios de dereito público e, polo mesmo, só elas son prestacións de servizo público postas baixo a cobertura das potestades administrativas pertinentes. Todo o demais debe negociarse e esixirse mediante fórmulas comerciais comúns.

Para o profesor De la Cuétara, o redimensionamento xa está en marcha. Que sexan motivacións financeiras, ideolóxicas ou simple pragmatismo as que a impulsan é o de menos. É evidente que,

os servicios públicos actuais teñen que descargarse do exceso de tarefas adquiridas, para poder facer ben as actividades que lle son propias.

TERCEIRO POSTULADO: *a súa vertebración sobre prestacións concretas.*

A xuridificación e a redimensión do contido do servicio público impoñen a súa vertebración sobre as prestacións concretas que o cidadán pode esixir.

Así, o novo servicio público vértébrase sobre a *concreción dunha prestación básica universal ofrecida ós cidadáns e garantida co poder executivo do Estado*, afirmación que analiza detalladamente o autor:

■ **Prestación concreta:** tan só a partir da definición exacta da prestación que quere facerse chegar ós cidadáns pode estruturarse o aparato institucional adecuado a esa; todo o demais é puro voluntarismo político.

■ **De carácter básico:** as prestacións públicas deberán reducirse a unhas poucas prestacións básicas, remitindo á libre iniciativa da sociedade civil o acceso a outras prestacións posibles.

■ **Universal:** á universalidade están ligadas algunhas das notas de maior relevo político dos servicios públicos: igualitario, en canto as súas prestacións chegan a todos nas mesmas condicións; benefactor, os que menos teñen máis se favorecen del; e redistribuidor, a partir dunhas tarifas deste mesmo carácter.

■ **Prestación ofrecida ós cidadáns:** con isto quérese indicar que non ha de ser necesariamente imposta.

■ **Garantida mediante o poder executivo do Estado:** é necesario subliña-la especial responsabilidade do poder executivo como garante das prestacións en que se concreta todo servicio público.

Algunhas derivacións dos postulados anteriores.

■ Nos servicios públicos deben afirmarse as catro liberdades que caracterizan as empresas económicas e que son: as de entrada, acceso ó mercado, contratación e investimento.

■ O novo servicio público será máis complexo có anterior, e, sen dúbida a diversificación será o fenómeno predominante no futuro.

■ A presenza de numerosos intereses (usuarios, empresas, administracións públicas) impón que a arbitrase e a regulación non quede en mans de ningunha delas.

A acción de servicio público debe ser neutral para efectos da restante competencia no sector.

■ A transparencia faise especialmente necesaria para poder comproba-la existencia de subvencións cruzadas, de privilexios ou prerrogativas excesivas, ou para avalia-las compensacións que a

empresa pode pretender. Por medio dun contrato acláranse a maioría das cuestións involucradas na xestión dun servizo público.

■ A nova situación ó ser máis complexa cá anterior dará lugar a un nivel de conflictividade máis elevado. Sen embargo, cando se consolide o novo servizo público, as leis que o regulen terán máis claros os seus obxectivos e serán moito máis precisas.

■ O outorgamento de licencias e concesións para actuar no sector é a clave da operatividade real do novo servizo público.

A última parte da obra é autoría do profesor Martínez López-Muñiz, que é catedrático de dereito administrativo da Universidade de Valladolid, que se titula, "*Un nuevo marco regulatorio global. La regulación económica en España*".

Coméntanos o autor que, a expresión máis precisa para significa-la supresión dunha titularidade pública exclusiva sobre un tipo determinado de servizo ou actividade é o termo latino *despublicatio*, que se pode traducir ó castelán como despublificación, que é cando se deixa de estar baixo a exclusiva titularidade pública e se (de)volve ó ámbito da iniciativa privada, e, en principio, á competencia e ó mercado.

Diversos servizos esenciais seguen hoxe por hoxe en España baixo *publicatio* ou declaración de servizo público, no sentido máis propio e estricto. Algúns son estatais, outros municipais e, hai incluso agora tamén, algúns autonómicos.

En realidade, as despublificacións que se foron determinando son só as estrictamente impostas como esixencia da Comunidade Europea como consecuencia da incorporación de España no ano 1986.

Durante anos, continúa explicando o autor, os gobernantes socialistas parecían convencidos de que a única forma de reindustrializar España e de conseguir coloca-la súa economía a niveis de alta competitividade no concerto europeo e mundial era concentrando grandes masas de recursos en grupos empresariais públicos que actuasen como empresas mercantís fortes, activas e áxiles no mercado, intentando entrar no grupo das grandes multinacionais.

Non obstante, e segundo a opinión do profesor Martínez López-Muñiz, a realidade encargouse de mostrar que faltou capacidade política para darlles solución ós máis enormes déficits de grandes empresas públicas (como HUNOSA), respecto das cales, a forte presión sindical e laboral, dificilmente lle ía permitir a un Goberno socialista o seu peche ou privatización.

No ano 1991 iniciouse unha operación de reorganización do INI, descompoñendo este grande *holding* público en dous grupos empresariais distintos: un para as empresas públicas e sociedades participadas, susceptibles de ser xestionadas con criterios empresa-

riais, (grupo TENEO), e outro para as empresas deficitarias, en vía de extinción ou privatización (o vello INI). Máis tarde o Real decreto lei 5/95, do 16 de xuño de 1995, establece unha nova ordenación institucional coherente coas modificacións do grupo INI/TENEO e crea no seu lugar a Axencia Industrial do Estado e a Sociedade Estatal de Participacións Industriais. En definitiva, preténdese configurar un sector público menos diversificado, que concentre os seus esforzos en grupos industriais potentes de titularidade nacional.

Sen embargo, sinala o autor que, baixo a presión das esixencias da converxencia económica da Unión Monetaria Europea, o Goberno dos epígonos da década socialista se lanzou a unha política de privatización dalgúns dos grupos empresariais que a mesma política socialista erixira en símbolos da súa política industrial e financeira, como foron: Repsol, Endesa, Argentaria...

A chegada do Goberno do Partido Popular levará a unha acentuación das políticas de despubblicación con neorregulación liberalizadora –reais decretos leis do 7 de xuño–, cunha máis clara e aberta confianza na iniciativa empresarial privada. Aínda que os obxectivos de Maastricht seguirán sendo, non obstante, o principal argumento esgrimido para xustificar as novas medidas.

Destaca o profesor Martínez Lopez-Muñiz as notas máis características que respecto disto se levaron a cabo en canto ás regulacións que se seguiron nas despubblicacións españolas:

■ *Ordenación do sector petroleiro.*

De acordo co que se pode ler no art.2.1 da Lei 34/1992, do 22 de decembro de 1992, de ordenación do sector petroleiro: “as actividades de importación, exportación e de intercambio de cru de petróleo e produtos petrolíferos, a súa refinación, distribución e venda, transporte e almacenamento, poderanos realizar libremente aqueles que cumpran as condicións e requisitos establecidos nesta lei e demais disposicións aplicables”.

En función de todo isto, o sistema que se establece concrétese esencialmente na determinación dunha serie de limitacións substantivas con carácter ordinario e na habilitación da posibilidade doutras con carácter extraordinario, en situacións de especial escaseza. A elas haberá que engadírle-las mecanismos de contro administrativo que así mesmo se dispoñen para a súa garantía.

Pero, tendo en conta a historia do sector petroleiro en España e o alto custo de construción de novas infraestruturas para a recepción, almacenamento e transporte dos produtos petrolíficos mediante instalacións fixas, comprenderanse as dificultades para competir con Repsol (herdeira da vella armazón empresarial estatal) e asegura-las necesarias dispoñibilidades esixidas, que haberían de atopar as demais empresas, dado que este tipo de infraes-

estructuras loxísticas dispoñibles seguen principalmente en mans de empresas públicas estatais (CLH, e Repsol Butano).

Ten por iso considerable importancia o Real decreto lei 7/96, do 7 de xuño de 1996, sobre medidas urxentes de carácter fiscal e de fomento e liberalización da actividade económica, que veu establecer que as instalacións fixas de recepción, almacenamento e transporte, propiedade da CLH, Repsol Butano e Distribuidora Industrial, S.A., poderán ser utilizadas por terceiros en condicións non discriminatorias, transparentes e obxectivas.

■ *Ordenación do transporte marítimo.*

Realmente, en canto ó transporte de cabotaxe e en particular o regular, quedou despublicado pola Lei 27/1992, do 24 de novembro de 1992, aínda que condicionado temporalmente á aprobación polo Goberno das disposicións regulamentarias pertinentes en desenvolvemento desta lei.

Mediante determinadas prohibicións, requisitos e condicionamentos para o exercicio da actividade, trátase de aseguralos obxectivos de tutela da seguridade da vida humana no mar, da seguridade da navegación, a seguridade marítima, a protección do medio ambiente mariño e a asistencia dos servicios de transporte marítimo que demanden as necesidades do país.

■ *Ordenación do transporte aéreo despublicado.*

O Regulamento 2408/92, do 23 de xullo de 1992, establece o principio xeral de que nos estados membros da Comunidade Europea o transporte aéreo que ten por obxecto o transporte de pasaxeiros, carga e/ou correo nun servizo aéreo entre dous aeroportos comunitarios, non pode ser unha actividade reservada ó poder público, en ningún caso, senón que constitúe unha actividade obxecto dos dereitos propios da liberdade de empresa de calquera suxeito privado que reúna as adecuadas condicións.

■ *Ordenación da comercialización de aparatos terminais de telecomunicación e dos servicios de telecomunicación despublicados.*

A liberalización efectiva e plena dos mercados de terminais de telecomunicacións só se produciu co Real decreto 303/1991, do 8 de marzo de 1991, cando a Sentencia do Tribunal de Xustiza de Luxemburgo, do 13 de febreiro de 1990 xa confirmara plenamente a lexitimidade da Directiva 88/301 en canto á eliminación dos dereitos exclusivos.

Tódolos servicios que han de prestarse a través de, ou co apoio de infraestructuras complexas e custosas, interconectadas en forma de redes, forman parte tamén da regulación necesaria dos servicios despublicados e o réxime que debe establecerse ten que po-

sibilitar e asegura-lo acceso a tales redes en condicións obxectivamente neutrais, non discriminatorias e transparentes.

■ *Ordenación dos servicios de correo rápido internacional despublicados.*

Co Real decreto 1766/1991, do 13 de decembro, quedou constituído o Organismo Autónomo “Correos e telégrafos”, ó que se lle encomenda a xestión dos servicios básicos de correos, e establécese que os demais servicios poderán ser xestionados por outras entidades públicas ou privadas.

■ *Ordenación dos servicios funerarios.*

Os servicios funerarios despublicáronse por medio do Real decreto 7/96.

Un dos trazos característicos do réxime co que adoita substituírse a *publicatio*, que constitúe incluso por si mesmo un elemento significativo da *despublicatio* ou da ausencia de *publicatio*, é a submisión do exercicio da actividade da que se trate, en todos ou nalgúns dos seus aspectos, á previa autorización administrativa, como forma de control administrativo preventivo de que se reúnen os requisitos debidos e de que o proxecto de actividade que se despregará se adecúa ós intereses xerais ós que poida afectar.


Se repasámo-los réximes establecidos para tódalas actividades que fomos examinando anteriormente por seren obxecto de despublicacións, encontraremos practicamente en todas elas a técnica da autorización –en substitución as máis das veces, e ben significativamente, de antigas concesións do correspondente servicio público, agora, en canto tal, suprimido–.

Despublicar servicios non ten por qué supoñer repregamentos nas conquistas sociais do chamado Estado do benestar. O obxectivo ha de ser, máis ben o contrario, favorece-las condicións para que sexan os mesmos cidadáns os que se comprometan directamente, na maior medida posible, exercendo a súa liberdade e a súa responsabilidade persoais, na sustentación das cotas alcanzadas e na súa mellora, aínda que a Administración deba exercer-la súa acción complementaria cun sistema de garantías últimas cando sexa necesario.

Polo común, a regulación das actividades despublicadas lévaa, a cabo en boa medida, directamente a lei (na Comunidade Europea, o tratado), pero complementábase logo mediante regulamentos ou normas administrativas, dictadas polos gobernos do Estado e das comunidades autónomas. Ademais, a importancia da regulación comunitaria, nestes sectores, fai que tamén a Administración comunitaria europea teña asignados relevantes traballos, como supervisora da actuación das administracións dos estados membros.

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

Sen embargo sinala o autor que algunha doutrina e a práctica dalgúns países propician crecentemente a constitución de autoridades administrativas ou administracións independentes ou neutrais, organizadas con plena autonomía con respecto ós gobernos e ás maiorías políticas que os sustenten.

Así, no dereito español tratouse de seguir en certa medida o modelo da Administración independente en sectores como os mercados de valores e a Administración monetaria, pero, nos sectores da *despublicatio* practicada ata o momento, só acaba de iniciarse ese camiño no campo das telecomunicacións, coa creación da Comisión do Mercado das Telecomunicacións. 

José María Rebolledo Varela

Dolseiro da EGAP