

Directrices europeas sobre la privatización de los servicios públicos

Samantha SÁNCHEZ MIRALLES*

REDAV, N° 28, 2024, PP. 9-23

Resumen: En el contexto de la integración supranacional europea se mantiene la noción de servicio público, institución que opera en los ordenamientos jurídico-administrativos de los Estados miembros. No obstante, el concepto de servicio público ha cambiado a los fines de realzar su conexión con los servicios de interés general, esto es, aquellas actividades económicas que cumplen con una misión de interés público. Lo que ha variado, en todo caso, son las técnicas de la actividad administrativa para garantizar la satisfacción de las necesidades de la sociedad, sin que quepa plantear el nacimiento de un nuevo servicio público. La garantía de estas necesidades y de la misión de servicio público, justifica a los poderes públicos imponer obligaciones específicas a operadores económicos, y así evitar la desatención de necesidades sociales básicas o fundamentales.

Palabras clave: Servicio público – Servicio universal – Unión Europea

Abstract: *In the context of the European Union, the notion of public service, an institution that operates in the legal-administrative systems of the Member States, is maintained. However, the concept of public service has changed to enhance its connection with services of general interest, that is, those economic activities that fulfill a mission of public interest. What has changed, in any case, are the administrative activities that guarantee the satisfaction of the needs of society without considering the birth of a new public service. The guarantee of these needs and the mission of public service justifies the public authorities to impose specific obligations on economic operators and thus avoid the neglect of basic or fundamental social needs.*

Keywords: *Public service – Universal service – European Union*

Recibido

09-04-2024

Aceptado

18-06-2024

Tradicionalmente, se entendía por servicio público toda actividad cuyo cumplimiento debía ser asegurado, regulado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable para la realización y desarrollo de la

* Abogado Magna Cum Laude UCV (1991), LL.M. University of Michigan (1994), Doctora en Ciencias, mención Derecho UCV (2010), Subdirectora del CIDEP.

interdependencia social, de tal manera que no podía ser realizado más que por la intervención de la fuerza gobernante¹.

No obstante, esa noción ha evolucionado y hoy podríamos decir que servicio público engloba cualquier actividad económica de carácter prestacional que posee un fin de interés público, sin tener en cuenta el sujeto –público o privado– que lo lleve a cabo.

La evolución global de la noción jurídica de servicio público se puede dividir en cuatro grandes momentos: **(i)** El servicio público surge y se erige como un concepto clave en el derecho administrativo a principios del siglo XX; **(ii)** El servicio público entra en crisis durante el periodo de entreguerras mundiales; **(iii)** El servicio público se recupera como noción significativa en la década de los años 50 del siglo XX; y, por último, **(iv)** El servicio público sufre de nuevo una crisis y hay un replanteamiento de su noción a partir de la década de los 80 del siglo XX.

Esta última crisis de la noción jurídica de servicio público viene dada por múltiples factores que podemos resumir de la siguiente manera: **(i)** La globalización de la economía, con su lógica consecuencia de llevarnos hacia un Derecho también globalizado; **(ii)** El fenómeno de los procesos de liberalización económica y privatización; y **(iii)** El ingreso de los Estados constitucionales europeos a los procesos de integración supranacional y de internacionalización.

1. Regulación de servicio público en la Unión Europea

1. Breve reseña general sobre el Derecho comunitario

En el Derecho de la Unión Europea (UE)² pueden distinguirse dos etapas: la primera desde sus momentos fundacionales hasta 1997; y la segunda desde 1997 hasta nuestros días.

En la primera etapa destacan: **(i)** El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 18-04-1951 (formalmente Tratado de París); y **(ii)** El Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) de 25-03-1957 (formalmente Tratado de Roma). Las modificaciones operadas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad se producen en dos momentos decisivos: **(i)** El Acta Única Europea de 1986; y **(ii)** El Tratado de la Unión Europea, de 07-02-1992 (Tratado de Maastricht).

En la segunda etapa de evolución del Derecho de la Unión Europea, nos encontramos: **(i)** El Tratado por el que se modifican el Tratado de la

¹ Tomás Ramón Fernández, "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy". *Revista de la Administración Pública*, n° 150 (1999).

² Consultado en www.europarl.europa.eu

Unión Europea, los Tratados constitutivos de la comunidades europeas y determinados actos conexos,-10-1997 (Tratado de Ámsterdam); (ii) El Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 26-02-2001 (Tratado de Niza) y (iii) El Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, donde se fusionan la Unión Europea y la Comunidad Europea para formar una única Unión Europea, de 13-12-2007 (entrando en vigor el 1-12-2009) (Tratado de Lisboa), y cuyo ordenamiento jurídico general le confiere a la Unión Europea su carácter de comunidad de Derecho.

Sumariamente, esto se traduce en que los Estados miembros renuncian a parte de su soberanía a favor de la Unión Europea, a la que han dotado de competencias propias, independientemente de los Estados miembros, que es vinculante para ellos mismos y para sus ciudadanos, y que los tribunales nacionales están obligados a aplicar.

En el ejercicio de sus competencias, la Unión Europea está facultada para adoptar actos jurídicos que, por sus efectos, son equivalentes a los actos de soberanía de los Estados miembros³. No es que se conceda a las instituciones de la Unión Europea una competencia general para adoptar todas las medidas necesarias para la realización de los objetivos de los tratados constitutivos de la Unión Europea. El principio es que la Unión Europea y sus instituciones no pueden decidir por sí mismas sobre sus bases jurídicas y competencias, pues se rige por el principio de atribución, que se encuentra contenido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 1-12-2009 (en lo sucesivo TFUE)⁴, en sus artículos. 2, 3 y 4, que establece que la UE actúa dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Estados miembros. De modo que el alcance real de cada mandato varía según la naturaleza de los ámbitos de actuación transferidos a la UE. Es por ello que, toda competencia no atribuida a la UE, corresponderá exclusivamente al ámbito normativo interno de los Estados miembros por el principio de subsidiariedad⁵.

En cuanto a las funciones, en el plano europeo, el grueso de las tareas y responsabilidades administrativas corresponde a la Comisión (artículos 244 al 250 del TFUE). A ello hay que agregar que, con el objeto de

³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Asunto Constitución-213/89 www.iberley.es, aplicabilidad directa y primacía del Derecho de la Unión Europea.

⁴ Este Tratado deriva del Tratado de Lisboa y conforma, junto con el Tratado de la Unión Europea, la base detallada del derecho de la UE, así como la organización administrativa y funcional de las instituciones de la UE.

⁵ El principio de subsidiariedad permite determinar cuándo la Unión Europea es competente para legislar, y contribuye a que las decisiones sean adoptadas lo más cerca posible de los ciudadanos. En cualquier caso, la UE sólo puede intervenir cuando su actuación sea más eficaz que la de los países de la Unión a escala nacional o local. El principio de subsidiariedad se consagra en el artículo 5 del TFUE.

evitar la interpretación y aplicación de las normas comunes de manera distinta por parte de los tribunales nacionales, se procedió a la creación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), artículo 251 y siguientes del TFUE, que ostenta el poder judicial supremo para la resolución de todas las cuestiones relativas al Derecho de la Unión Europea⁶.

2. Sobre los servicios públicos en el Derecho comunitario europeo

La noción de servicio público ha sufrido, y aún hoy encara, constantes transformaciones, debido a los diversos requerimientos sociales, tecnológicos, económicos y legales que la condicionan⁷. En el caso que nos ocupa, además, el proceso de integración supranacional comunitario-europeo también ha impuesto cambios esenciales en lo que entendemos por servicio público y su prestación y ha llevado, entre otras cosas, a ubicar a los servicios públicos dentro del marco de la economía de mercado y de la libre competencia.

En el Derecho Comunitario Europeo la noción de servicio público es además el fruto del influjo de los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros. La Comisión, en su comunicación del 11-09-1996 sobre los servicios de interés general en Europa, señala que la expresión “servicio público”, por una parte, designa tanto al organismo de producción del servicio como a la misión de interés general que se confía a éste⁸.

Ahora bien, en líneas generales, los servicios públicos en el Derecho europeo han sido considerados y regulados bajo la noción de servicios de interés económico general (en lo sucesivo SIEG). Así, en el TFUE, en su artículo 106.2, se habla de los SIEG de este modo:

Sin perjuicio de los artículos 77, 90 y 92, 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 las 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.

⁶ La misión del TJUE consiste en: (i) El control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea en lo que respecta a la conducta de las instituciones de la Unión Europea; (ii) El control del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros y de las personas; (iii) La interpretación del Derecho de la Unión Europea; y por último (iv) El desarrollo del Derecho de la Unión Europea. www.curia.europa.eu

⁷ Martín Rebollo L, “De nuevo sobre el servicio público; planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica” en *40 años de derecho administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados* (Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017).

⁸ Nuria Díaz Abad, “La liberalización de servicios. Condicionamientos comunitarios”, en *Privatización y liberalización de servicios, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 3* (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999).

En 2008, aparece por primera vez en el Derecho originario europeo una nueva expresión: “servicios de interés general” (en lo sucesivo SIG) y lo hace mediante el Protocolo 26, y éste expresa que, los Estados miembros “deseando enfatizar la importancia de los servicios de interés general”, aluden a la diferencia entre SIEG y SIG:

En cuanto a los SIEG, el artículo 14 indica: (i) El papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios; (ii) La diversidad de los servicios económicos de interés general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales; y (iii) Un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos del usuario.

En cuanto a los SIG, señala: “las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico”.

Es evidente, y así lo ha expresado la Comisión Europea, que el enfoque adoptado para los SIG, incluidos los servicios sociales y sanitarios, es esencialmente pragmático: refleja la división de competencias entre los distintos niveles de gobernanza de la Unión Europea y respeta la diversidad y las especialidades de estos servicios⁹.

Por otra parte, la regulación europea de los SIEG se caracteriza por ser sectorial. Ya desde 1998, las Directivas se van dictando por sector económico: telecomunicaciones, servicios postales, electricidad, hidrocarburos, gas, transportes públicos por carretera, ferrocarriles, navegación aérea y transporte marítimo. Para cada uno de estos sectores se han aprobado normas que buscan la compatibilidad del cumplimiento de las misiones de estos servicios con la aplicación de las normas de competencia y el reconocimiento y operatividad de las libertades económicas¹⁰.

La diferencia entre SIG y SIEG no siempre es patente, ni las directrices otorgan una guía inequívoca, es por ello que la construcción de la

⁹ Véase María Amparo Salvador Armendáriz, “Los servicios como servicios a las personas en el Derecho de la Unión Europea”, en *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios sociales* (Madrid: Marcial Pons, 2022). También es menester citar la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que contempla en su artículo 36 el derecho de acceso a los SIEG. El artículo 34 *eiusdem* también incluye la mención a la seguridad social y a la ayuda social.

¹⁰ Id., p. 39.

jurisprudencia europea es fundamental en esta área¹¹. Adicionalmente, veremos *infra* que la evolución ha llevado a subsumir una categoría dentro de la otra.

Años antes, en el 2004, ya la Comisión había aprobado un “Libro Verde¹² sobre los servicios de interés económico general”¹³, como herramienta a través de la cual la Comisión se comprometió a efectuar una revisión completa de sus políticas en materia de SIEG. El Libro verde señala que los SIEG “constituyen una realidad compleja y en constante evolución”¹⁴ que:

...abarca un amplio espectro de actividades de diverso tipo, desde ciertas actividades propias de las grandes industrias de redes, tales como: energía, servicios postales, transporte y telecomunicaciones, hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales, de dimensiones diversas (algunas de ámbito europeo, incluso mundial, otras de ámbito simplemente local) y de diferente naturaleza, sometidas o no a la disciplina del mercado.

También agrega que, la forma en que se organizan estos servicios difiere en función de las tradiciones culturales, la historia y las condiciones geográficas de cada Estado miembro, así como de las características propias de la actividad en cuestión, sobre todo en su desarrollo tecnológico.

Algo que ya contempla el Libro Verde de los SIEG es que, si bien defiende la contribución que han hecho el mercado interior y las normas de competencia a la modernización y a la mejora de la calidad y eficacia de los servicios públicos en beneficio de los ciudadanos, también contempla la posibilidad de que los SIG se exceptúen de las reglas de mercado y competencia con base en la competencia de los Estados miembros de prestar, encargar y organizar los SIG.

Es así como partimos de que la construcción jurídica europea se ha establecido esencialmente sobre el signo de la promoción o del restablecimiento de la competencia, pero sin dejar de lado la preocupación por la cohesión económica y social que debe prevalecer en materia de servicios públicos.

En este punto es menester referimos a los artículos 129-a y 130-a del Tratado de Maastricht, donde se evidencia este tipo de preocupaciones,

¹¹ Por lo que se refiere a la distinción entre actividades económicas y no económicas, el TJUE ha declarado reiteradamente que “constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”. Véase, por ejemplo, sentencia en los Asuntos acumulados C-180-184/98, Pavel Pavlov y otros c/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten: Rec. 2000, I. 6451 en www.eur-lex.europa.eu

¹² Los libros o documentos verdes son documentos publicados por la Comisión Europea para estimular la reflexión a nivel europeo de un tema concreto.

¹³ COM (2003) 270 final. Diario Oficial C 76 de 25-03-2004 www.eur-lex.europa.eu

¹⁴ COM (2003) 270 final, de 21-05-2003, 6. www.eur-lex.europa.eu

que pueden servir para “echar las bases de servicios públicos a escala europea y de forma más general, de una concepción europea del servicio público”.

II. Notas generales sobre privatización

La evolución del Estado, luego de la Segunda Guerra Mundial, nos llevó a un Estado sobredimensionado y omnipotente, a menudo sustentado sobre la noción del servicio público, a tal punto que hizo surgir la reacción opuesta: una imperiosa necesidad de reconducir el Estado Constitucional a su mínima expresión, o al menos, a unos límites más adecuados al propio fin último del Estado Constitucional y a las capacidades reales de la administración pública.

Esto se traduce en que el Estado Constitucional sólo debería intervenir en las actividades que condicionan su existencia misma, con lo cual se estaría hablando de aquellos fines “esenciales” o de los que, desde el punto de vista de la tradición del Derecho administrativo, se denominan inicialmente los servicios públicos legalistas de la soberanía, es decir: la armada, la justicia, la milicia y las finanzas, entre otros.

No obstante, el Estado necesita asegurar que se mantengan las prestaciones de interés público en beneficio de los ciudadanos. Sólo que, ahora, no tiene por qué ofrecerlas directamente, y puede recurrir al sector privado: esto es, la privatización; un nuevo modelo de Estado Constitucional, basado en la gestión privada de todas aquellas actividades susceptibles de ser llevadas a cabo por sujetos particulares.

El término “privatización” es polisémico, pues es empleado en una amplia variedad de sentidos y con referencia a objetos distintos. Consecuentemente, resulta con frecuencia confuso o ambiguo, hablar sin más de la privatización, sin precisar adecuadamente su objeto y alcance. De seguidas, trataremos de delimitar este concepto, y sus formas, a los efectos de este análisis.

En primer lugar, la privatización puede referirse al diseño de políticas públicas y de procedimientos conforme a Derecho, para el traspaso del patrimonio del Estado Constitucional a propietarios privados. Pero la privatización también puede referirse a una devolución de las tareas o servicios realizados hasta entonces por entidades públicas a empresarios o titulares privados. Tal devolución puede referirse tanto a la prestación de los servicios completos, como sólo a su gestión global o parcial¹⁵.

¹⁵ Hamer, E., “Praxis de la privatización de servicio”, en *Revista Instituto de Estudios Económicos*, n° 1 (1985), citado por José Aarujó-Juárez, *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado, Volumen V* (Caracas: CIDEP, 2024), 291.

Dentro de la “privatización”, se presenta un abanico de opciones sobre cómo traspasar los servicios al ámbito privado¹⁶. Es decir, que hay múltiples formas en las que el Estado Constitucional puede delegar los servicios públicos al sector privado: colaboración, contribución, cooperación o apoyo¹⁷.

Mediante cualquiera de estas figuras jurídicas: concesión¹⁸, concierto¹⁹, control²⁰ o contratación, el Estado puede pasar a los nuevos operadores privados las exigencias que comporta la prestación de ciertos servicios públicos y éstos deben garantizar una distribución equitativa de los recursos disponibles y el mantenimiento igualitario del nivel de bienestar alcanzado.

En consecuencia, el Estado Constitucional pasa de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios de interés público a la condición de garante, vigilante del comportamiento de los mercados, para que los operadores privados respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes, y asegurar así la salvaguardia de los intereses públicos y el cumplimiento, en su caso, de las obligaciones o cargas de servicio público que se les confíen.

En líneas generales y a grandes rasgos, una opción para privatizar es suscribir con los privados contratos de Derecho común o contratos

¹⁶ Samantha Sánchez Miralles, “Apuntes sobre privatización”, en *Libro Homenaje a Raúl Arrieta*, en prensa.

¹⁷ Giles Jules Guglielmi, *Gestión privada de los servicios públicos* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004), p. 131 y siguientes.

¹⁸ “La titularidad propia y típica de la concesión es la de constituir un poder jurídico –título legitimante–, en cuya virtud el beneficiario de la concesión queda legitimado por la Administración pública otorgante, para crear una determinada unidad productiva, destinada a organizar y llevar a cabo las prestaciones propias del servicio público de que se trate, con la asunción, por el concesionario, del riesgo y ventura de la explotación del mismo. (...) Lo que distingue en forma privativa la concesión, no es el acto administrativo unilateral como elemento formal, sino la transferencia de un continente cuyo contenido es un servicio público”. José Araujo-Juárez, *Ob. cit.*, p. 551.

¹⁹ El concierto es un convenio entre la Administración pública titular de un servicio público y una entidad privada que sea propietaria de las instalaciones idóneas, cediendo ésta a la Administración pública la utilización de tales instalaciones a cambio del pago de un “tanto alzado”; esto es, una cantidad resultante de la estimación de diversos factores, así: valor de la utilización de las instalaciones, de los servicios personales, de la amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc. José Luis Villar Ezcurra, *Servicio público y técnicas de conexión* (Madrid: Civitas, 1980).

²⁰ La actividad de los sujetos privados está regulada por un Derecho que se les impone desde el exterior y el respeto de los derechos y obligaciones que lleva consigo estará bajo la autoridad y la sanción de un poder externo y superior: el del Estado Constitucional.

administrativos, esto se definirá, dependiendo de si se trata de un servicio público que funciona con reglas propias y con carácter administrativo; o, si se está frente a actos que, interesando a la colectividad, toman la forma de gestión privada y se mantienen en el área de las relaciones de particular a particular, bajo condiciones de Derecho privado²¹. Otra figura es la delegación, donde una persona pública encarga la gestión de un servicio público mediante un acto unilateral y no mediante contrato.

La doctrina ha estudiado y elaborado diversas clasificaciones sobre los tipos de privatización, nosotros nos decantamos por la siguiente: la privatización jurídico-formal, la privatización material y la privatización patrimonial.

La privatización jurídica-formal consiste en la utilización que hace la administración pública de las formas o técnicas jurídicas del Derecho privado (huida del Derecho administrativo o huida al Derecho privado)²², para referirse a la aplicación de normas de Derecho privado a actuaciones de entidades u organismos públicos para evitar, de este modo, los procedimientos y los controles jurídico-públicos, que constriñen y ralentizan la realización de algunos de sus objetivos.

La privatización material versa sobre la forma y se delega el contenido del servicio público al sector privado. Esto puede producirse de dos formas, según que el Estado Constitucional continúe o no conservando la titularidad del servicio. En esta privatización, se otorga pues al sector privado la capacidad de convertirse en oferente o proveedor de tales servicios, realizados hasta entonces por el Estado Constitucional, en un entorno de libre competencia.

Sin embargo, las funciones que tradicionalmente se consideran estrictamente públicas o esenciales del Estado Constitucional, o de soberanía, tales como la defensa nacional o la seguridad civil, quedarían al margen de esta privatización. Tratándose de actividades de tipo prestacional o de servicio público, aun acudiéndose al Derecho privado, habrá regulaciones jurídico-administrativas de ineludible cumplimiento que completarán las regulaciones de Derecho privado.

Por último, en la privatización patrimonial sólo se traspasa al sector privado el financiamiento de un servicio público –patrimonio o servicio– utilizándose, por ejemplo, capital privado para proyectos de inversión pública o para ámbitos de servicios públicos (autopistas, escuelas, etc.).

²¹ José Luis Melián Gil, "El servicio público como categoría jurídica", en www.revistaonline.inap.es

²² Silvia Del Saz Cordero, "La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", *Revista de la Administración Pública*, n° 133 (1994): 57 y siguientes.

La privatización patrimonial se debe, según un sector de la doctrina, a las críticas al Estado Constitucional empresario público y a la crisis financiera del Estado Constitucional: la empresa pública se ha considerado un foco de corrupción, clientelismo político y apropiación sindical; con dificultades para adaptarse al mercado y en ella existen riesgos de descontrol del gasto y de politización, entre otras consideraciones. Sin embargo, también se sostiene que la eficiencia no es siempre compañera de la privatización, pues en algunos casos la política privatizadora no genera la apetecida liberalización económica y, en ocasiones, los procedimientos técnicos seguidos no han sido positivos desde una perspectiva coste-beneficio²³.

III. Directrices europeas sobre la privatización de los servicios públicos

Es bien sabido que a los países de Europa les tocó la tarea de la reconstrucción postbélica, lo que alimentó la doctrina de las nacionalizaciones de los medios de producción, y esto, lógicamente, impulsó el proceso de expansión e intervencionismo del Estado Constitucional en la economía, con el consiguiente protagonismo del sector público estatal.

Luego, a finales de los años 50, se gestó el Tratado de Roma, que trajo al escenario europeo el mercado común, el cual, dotado de una lógica institucional y bajo el dogma de lograr un mercado general y común en el que las mercancías, los capitales, los servicios y las personas pudieran moverse sin trabas, llevaba dentro el germen de una nueva era. Y eso es lo que ocurrió al cabo de varias décadas en el espacio europeo, tras la entrada en vigor del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea resultante de Maastricht, cuando se le dio forma de Unión Europea.

En líneas generales, el Derecho comunitario europeo busca promover la satisfacción de las necesidades sociales, pero al mismo tiempo que se permita el libre juego del mercado. Con la globalización y el desbordamiento del Estado descrito *supra*, estamos frente a una situación en la que, muchas de las actividades que eran característicamente estatales, requieren de la colaboración de los sujetos privados. No obstante, la participación privada está sometida a varias exigencias a nivel comunitario.

Así, los grandes servicios públicos que tradicionalmente tenían un monopolio en ámbitos como energía, transporte o telecomunicaciones, han tenido que evolucionar y pasar de ser establecimientos públicos a ser empresas privadas sometidas a la libre competencia.

²³ Jaime Rodríguez-Arana, *La privatización de la empresa pública* (Madrid: Montecorvo, 1991), 169.

La creación de un mercado único europeo, con el fin de propiciar la competencia interna y permitir la formación de grandes empresas comunitarias, llevó a un proceso interno de liberalización de servicios públicos (arts. 59 y 60 del TFUE), desde el convencimiento de que el mercado podía ya garantizar las prestaciones propias de estos servicios públicos y que la competencia mejoraría la calidad y el precio de tales servicios.

Si bien “las fuerzas del mercado permiten una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la prestación de los servicios, beneficiando a los consumidores que obtienen más calidad a mejor precio”²⁴, la conciencia de sus límites que corren el riesgo de excluir a parte de la población de sus beneficios y de no permitir el fomento de la cohesión social y territorial, obliga a cada Estado miembro a: **(i)** Buscar un equilibrio entre la competencia y las exigencias del interés público, equilibrio cuyo hallazgo justifica la exención parcial de las normas del Tratado con sujeción a condiciones de proporcionalidad; y **(ii)** Establecer las compensaciones correspondientes a las empresas que las hayan de soportar y éstas con cargo a fondos colmados por las aportaciones de los demás operadores que estén libres de estas cargas.

Ahora bien, de acuerdo con el principio de subsidiariedad del Derecho de la Unión Europea, los Estados miembros son libres de elegir entre obligaciones de servicio público, siempre que no se falsee la competencia en el mercado interior, de acuerdo con la competencia en el mercado interior.

En este sentido, el artículo 106, apartado 2 del TFUE señala:

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 de los Tratados, 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.

Del mismo modo, el artículo 14 del TFUE dispone lo siguiente:

Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido.

La liberalización de los SIG²⁵, que ya hemos dicho que pueden ser perfectamente definidos por cada uno de los Estados miembros, servirá

²⁴ Tomás Ramón Fernández, Ob. cit.

²⁵ Cuya base es el artículo 106, numeral 2 del TFUE.

para que estos últimos garanticen la accesibilidad, la regularidad y la calidad de estos servicios. Esto es muy importante, porque desaparece la titularidad administrativa, aunque no su presencia, ya que la administración necesita velar por la mejor satisfacción del interés público²⁶.

El motor que ha impulsado todo esto es, sin duda, el ordenamiento jurídico y la política comunitaria que trata de hallar un punto de equilibrio entre el Estado Constitucional y el sistema de economía de mercado y competencia.

En este nuevo contexto, todos los servicios públicos se sitúan en un entorno de competencia, incluso en el ámbito de servicios que no tienen naturaleza económica, tales como cultura, educación, sanidad, etc., encontramos técnicas y mecanismos típicamente de mercado (uso de precios, dispersión de los centros de decisión, subcontratación limitada, introducción de competencia parcial, etc.) que han sido puestos en práctica por motivos de eficiencia, capacidad y equidad.

Por otro lado, las reglas de funcionamiento de los servicios públicos han tenido que modificarse: se han reorganizado las reglas en materia de monopolios, de derechos exclusivos y especiales, y se han vuelto más transparentes y se han clarificado cierto número de reglas tradicionales de funcionamiento de los servicios públicos de carácter industrial y comercial²⁷.

Más recientemente, a medida que las competencias de la Unión Europea han ido evolucionando fuera del ámbito económico, los SEIG se han subsumido en la categoría de SIG, categoría que incluye, además los servicios no económicos de interés general (en lo sucesivo SNEIG).

Estos últimos corresponden a las actividades no económicas vinculadas con el ejercicio de la autoridad pública (ejército, policía, justicia, diplomacia, etc.) y las funciones exclusivamente sociales que se caracterizan por la ausencia de contraprestación económica, por el hecho de que lo que paga el usuario no se correlaciona con el coste efectivo de la prestación y están basados en el principio de solidaridad. Estas no se someten tampoco a una legislación específica de la UE, ni a las normas de competencia²⁸.

²⁶ Jaime Rodríguez-Arana, Ob. cit.

²⁷ José Araujo-Juárez, Ob. cit.

²⁸ www.eurogersinfo.com. En el caso *Corbeau*, relativa al servicio de correos belga, el TJUE dictaminó que las excepciones a las normas de competencia en favor de este servicio eran posibles, incluso para actividades específicas rentables y disociables de su misión de interés público. Se consideró, pues, que pueden concederse derechos exclusivos a las empresas que gestionan servicios de interés económico general (SIEG), “en la medida en que se trate de restricciones a la competencia, o incluso de la exclusión de toda competencia, de parte de otros operadores económicos, son necesarios para garantizar el cumplimiento de la misión particular

Por consiguiente, podemos concluir que los servicios de interés general son considerados por la Comisión Europea como una categoría que engloba cualquier actividad de interés público, independientemente de su naturaleza económica o no y los mismos deben responder a los principios de continuidad, universalidad²⁹ e igualdad de acceso y transparencia, con el fin de plasmar los valores colectivos de la UE comúnmente asumidos: la cohesión social, protección del medio ambiente, la protección de los consumidores y la garantía de un mínimo común de bienestar.

En pocas palabras, concluye Morand-Deviller³⁰, la Unión Europea ha pasado de un servicio económico de interés general a un “servicio de interés general”. Sigue excluyendo el calificativo de “público” del servicio, centrándose en los gestores y el derecho aplicable, que pueden ser tanto públicos como privados. Sin embargo, la lectura de los debates, reglamentos y directivas, muestra, en esencia, la importancia del concepto de “servicio público”, así como su vinculación con los objetivos, fines y valores comunes de la UE.

La legislación de la Unión Europea deja en manos de los Estados miembros, en aplicación del principio de subsidiariedad, la definición de los requisitos de calidad y asequibilidad a nivel nacional. Este margen de flexibilidad se refleja, especialmente, en la posibilidad de exigir a las empresas con obligaciones de servicio universal, el respeto de un marco

asignada a las empresas titulares de derechos exclusivos”. Asunto C-320/91 <https://eur-lex.europa.eu>. El razonamiento del TJUE se extiende en el Asunto *Cne d'Almelo*, sobre la distribución de electricidad en los Países Bajos. Aquí justificó una cláusula de compra exclusiva –a priori contraria a las normas de competencia– de la que se beneficia una empresa por las limitaciones de interés público a la que está sujeta esta última. Estas limitaciones se derivan del hecho de que la empresa “debe garantizar el suministro ininterrumpido de energía eléctrica en todo el territorio a todos los consumidores, ya sean distribuidores locales o usuarios finales, con tarifas uniformes y en condiciones que tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar según criterios objetivos aplicables a todos los clientes”. Asunto 61992CJ0393 <https://eur-lex.europa.eu>

²⁹ El concepto de servicio universal designa conjunto de requisitos de interés general que garantizan que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad específica, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio de un Estado miembro, con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible. La noción de servicio universal fue aceptada por la normativa comunitaria, con relación a los ámbitos de telecomunicaciones, correos y energía, dentro de un entorno de mercado abierto y competitivo. Así, el servicio universal se aplica a determinados servicios básicos, cuyo alcance, sin embargo, está sujeto a cambios, en particular como resultado de la evolución tecnológica (Parlamento Europeo y Consejo UE, Directiva 2002/22, de 07-03-2002, Art. 4).

³⁰ Jacqueline Morand-Deviller, *Derecho administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos*, traducción por Z. Rincón Ardila y J.C. Peláez (Bogotá: UEC, 2017).

tarifario o aplicar tarifas comunes, incluida una equiparación geográfica, en todo el territorio nacional³¹.

En cuanto a los mecanismos de financiación utilizados por los Estados miembros se incluyen, en determinadas condiciones, la oferta de apoyo financiero directo a través del presupuesto estatal para servicio público.

Este método se reconoce expresamente en el ámbito del transporte (art. 93 del TFUE). La principal limitación es la establecida en el art. 107 del TFUE, según la cual “en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros (...) falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. No obstante, son compatibles con las reglas de la competencia y están exentas de notificación a la Comisión Europea, las ayudas *de minimis*, es decir, las ayudas concedidas por un Estado miembro a una empresa cuyos importes se consideran de menor importancia. El Reglamento N° 1407/2013 de la Comisión Europea, de 18-12-2013, fija el importe total de las ayudas *de minimis* en 200.000 euros durante tres ejercicios fiscales.

Por su parte, el marco jurídico aplicable a las “compensaciones de servicio público”, concedidas a una empresa encargada de un interés económico general, está definido actualmente por cuatro textos guía que forman el llamado “Almunia”: (i) Decisión de la Comisión Europea 2012/21/, de 20-12-2011, (ii) Decisión de la Comisión Europea 2012/C 8/02, de 20-12-2011, (iii) Decisión de la Comisión Europea 2012/C 8/03, de 20-12-2011, y (iv) Reglamento de la Comisión Europea 360/2012, de 25-04-2012.

Conclusiones

1. Después de la Segunda Guerra Mundial vivimos la sobredimensión de las estructuras administrativas, las excesivas regulaciones sobre los derechos económicos y sociales, la configuración de monopolios a favor del Estado, así como la participación patrimonial del Estado en empresas industriales y comerciales.
2. Pocos años después, se inició el proceso de integración europea, que implicó el desmontaje de este desbordamiento estatal, y se requirió la utilización de técnicas de intervención en el sentido opuesto, a través de la desregulación y la privatización.
3. En el contexto de la integración supranacional europea se mantiene la noción de servicio público y la misma sigue operando en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros.

³¹ Parlamento Europeo y Consejo UE, Directiva 2002/22, de 07-03-2002, art. 4.

4. Sin embargo, el concepto de servicio público ha dado paso al concepto de servicio de interés general que, en definitiva, es como se denominan hoy en el marco de la UE a los servicios públicos liberalizados y que comprende aquellas actividades económicas que cumplen con una misión de interés público.
5. En todo caso, no ha nacido un nuevo servicio público sino una nueva manera de satisfacer las necesidades básicas de la sociedad.
6. Para garantizar el cumplimiento de la misión de servicio público, los poderes públicos pueden imponer obligaciones específicas a uno o varios poderes adjudicadores con el objeto de atender a necesidades sociales básicas o fundamentales que pudieran ser desatendidas fuera de las reglas del mercado, por lo que se trata de actividades en régimen de libre competencia donde aparecen eventualmente obligaciones de servicio público, como podría ser el denominado servicio universal.
7. La regulación de los servicios públicos en el marco europeo está inmersa dentro del principio de subsidiariedad pero la UE ha dado directrices para su ordenación y continua en constante evolución.
8. Estas directrices de la UE, con respecto a la liberalización de los servicios públicos, buscan mantener los requisitos de accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad, calidad, transparencia y participación, en condiciones de seguridad jurídica y de viabilidad económica. ■