

Los mercados regulados de servicios públicos: privatización y des-regulación

Regulated markets for public services: privatization and deregulation

Karlos NAVARRO*

RESUMEN: En este artículo se aborda la figura del servicio público, protagonista de una larga historia, que ha diluido su significado, adaptándolo a las necesidades de cada momento histórico. Las nuevas circunstancias económicas (globalización de la actividad económica), políticas (fortalecimiento de entidades supraestatales como la Unión Europea) y la reforma del Estado, ha tenido en los países en donde prevalece la figura del servicios públicos dos tipos de consecuencias: por una parte, se está produciendo una reorganización de las formas de gestión de los servicios públicos; por otra, la privatización y la des-regulación se introduce también en este ámbito, aunque con ciertas particularidades, que se examina en detalle en este artículo.

PALABRAS CLAVE: Servicio públicos; privatización; desregulación; reforma del Estado; globalización.

ABSTRACT: This article addresses the figure of the public service, protagonist of a long history, which has diluted its meaning, adapting it to the needs of each historical moment. The new economic circumstances (globalization of economic activity), policies (strengthening of supra-state entities such as the European Union) and the reform of the State, have had two types of consequences in countries where the figure of public

* Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Contacto: <karlosn@hotmail.es>. Fecha de recepción: 03/03/2020. Fecha de aprobación: 10/05/2020.

services prevails: on the one hand , there is a reorganization of the forms of management of public services; on the other, privatization and deregulation are also introduced in this area, although with certain particularities, which are examined in detail in this article.

KEYWORDS: Public services; privatization; deregulation; State reform; globalization.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del servicio público es protagonista de una larga historia, que ha diluido su significado, adaptándolo a las necesidades de cada momento histórico. 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 sujetos privados, 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 impreciso, cuyo contenido mínimo, común a todos los Estados de tradición jurídica francesa, radica en el otorgamiento a las autoridades públicas de cierta potestad de intervención en un sector o actividad determinada. El legislador, invocando el siempre difuso interés público, podía determinar el grado de intervención pública en la economía, dentro de amplísimos límites constitucionales.

Sin embargo, las nuevas circunstancias económicas (globalización de la actividad económica), políticas (fortalecimiento de entidades supraestatales como la Unión Europea) y la reforma del Estado, ha tenido en los países en donde prevalece la figura del servicios públicos dos tipos de consecuencias: por una parte, se está produciendo una reorganización de las formas de gestión¹

¹ García de Enterría escribe en Prólogo al libro “Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios”: “Arranca del fenómeno, cada vez más visible, de la tentación de adoptar para las Administraciones los modos privados de gestión, lo que implica una “huida del Derecho Administrativo. Esa práctica es conocida, sobre todo a partir de la generalización del sistema de empresas públicas, que comienza en el período de entreguerras y se generaliza con las nacionalizaciones de la posguerra y por efecto de las doctrinas socialis-

de los servicios públicos; por otra, la privatización² y la des-regu-

tas. Pero lo singular del hecho ahora estudiado viene de la aplicación de estas técnicas no a empresas industriales o comerciales, sino a verdaderos servicios públicos materiales que no es imaginable que puedan funcionar sin someterse al Derecho Público. El ejemplo más claro –y en cierto modo escandaloso para las mentalidades jurídicas establecidas– es el de la Agencia Estatal Tributaria en 1991 (y que por cierto, la Ley de Presupuestos para 1992 financia con un 16 por 100 bruto de la recaudación fiscal total, fórmula de financiación que es completamente nueva en nuestra práctica presupuestaria y que envidiarán, sin duda, tanto por su importancia como por su facilidad de gestión, los servicios públicos más esenciales y caracterizados : la Justicia, el Ejército, la Enseñanza, etc)”. CHINCHILLA, C., LOZANO, B., y DE SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992, pp. 12 y 13. Por su parte, Troncoso Reigada afirma que “La Administración será siempre titular de un servicio público, pero podrá gestionarlo, bien directamente a través de órganos de la Administración territorial, Organismos autónomos, empresas públicas, bien indirectamente, a través de particulares que gocen de una concesión administrativa. Además, la Administración podrá impedir la existencia de particulares gestores del servicio público declarando la actividad monopolio del Estado”. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, Empresa Pública y constitución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 105.

² En NIEVES DE LA SERNA, *La privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*, Madrid, Aranzadi, 1995, p. 31, se afirma que la doctrina utiliza el término privatización en aquellos casos en que los poderes públicos se valen para el desarrollo de su actividad del ordenamiento jurídico-privado; fórmula que ha sido denominada “privatización en la gestión”. Por su parte, en VILLAR ROJAS *La experiencia española a la luz del modelo británico*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 337 se considera que la llamada privatización de la gestión de la actividad es, en cierta medida, una privatización relativa, por cuanto sólo supone la transferencia del ejercicio (gestión) de una competencia o titularidad pública exclusiva, y no la competencia o titularidad propiamente dicha. La privatización de servicios públicos.

lación³ se introduce también en este ámbito, aunque con ciertas

³ En CASSAGNE, *La intervención administrativo*, Buenos Aires, Abeloperrot, 1994, p. 96, se explica que la desregulación ha supuesto un examen profundo de todas las potestades de intervención, poniendo en cuestión aquellas que no se justifican por el fin para el que teóricamente se exigieron. Por su parte en SORIANO GARCIA, *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 1993, pp. 10 y 11, se afirma que con la introducción de la desregulación, han aumentado considerablemente las potestades de disciplina y de supervisión... pues, no equivale en modo alguno a supresión de normas. No se trata de provocar la pura anomia. Se trata más bien de examinar qué tipo de normas regulaban el sector y sustituirlas por otras diferentes. La libertad y autoridad sabiamente mezcladas. Ese es parte del futuro del derecho administrativo. Volver al criterio de la autoridad y hacer una ponderación pública de los intereses en juego desde la lógica del poder. La desregulación no supone, pues, merma alguna de los objetivos públicos, sino su consecución por medios diferentes. Por su parte, en VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1993, distingue tres funciones que los poderes públicos pueden desarrollar respecto al mercado, la primera distributiva, que le permite actuar como un operador económico más en el mercado mediante el gasto público y la actividad empresarial directa; la segunda redistributiva, por la cual se trata de encauzar la iniciativa económica privada hacia fines socialmente deseables mediante la política fiscal y las subvenciones; y por último, la reguladora, mediante el establecimiento de controles para acceder o salir de un sector económico, determinación de condiciones sobre los niveles de producción y calidad de los servicios, y fijación de los requisitos en la relación entre compañías; todo ello bajo la amenaza de sanción. La regulación es pues una forma de intervención administrativa en el mercado, si bien no de carácter directo, sino mediante el establecimiento de normas jurídicas generales que han de observar todos los que operen en él. Consecuentemente, la potestad sancionadora, y la adopción de medidas cautelares y correctoras de la actividad desviada, se acentúan en cuanto vienen a sustituir al desarrollo de la actividad directa económica por la Administración... Donde mayor importancia reviste la regulación, es en el supuesto de privatización de los servicios públicos. En tales casos las potestades administrativas comprenden un conjunto de facul-

particularidades, que es necesario examinar.

II. PRIVATIZACIÓN Y DES-REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

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 economía⁴.

Desde mediados de la década de los setenta, existe cierto consenso en la existencia de una sobrerregulación, de una excesiva

tades y medidas, establecidas en normas jurídicas al efecto, mediante las que se persigue la correcta prestación del servicio, de suerte que se produzca de forma óptima y se extiende a toda la población. Privatización y regulación, son, complemento. La regulación supone, una opción en la que, aprovechando las ventajas de la iniciativa privada en la actividad económica, se eviten los fallos del mercado y los fallos del Gobierno.

⁴ “Titularidad privada de los servicios de interés general”, en: *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, Ministerio de Fomento, pp. 1220 y 1221; CREMADES GARCIA, J., “El Derecho de las telecomunicaciones en Europa y España” en *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, Ministerio de Fomento, 1997, p. 9; SENDIN GARCIA, *Regulación y servicios públicos*, Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 5 y 6.

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*⁵.

Este proceso 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.

Sin embargo, como indica Montero Pascual, en la Europa continental no se puede hablar de desregulación, pues la regulación económica no ha sido el modo de control público de la satisfacción del interés general. Los monopolios europeos eran al mismo tiempo reguladores y gestores, por lo que los problemas se solucionaban a través de decisiones internas y raramente a través de normas jurídicas. La liberalización impone la separación de estas funciones y un significativo aumento de la cantidad y complejidad

⁵ Sobre los orígenes del proceso de liberalización en los Estados Unidos véase: QUADRA-SALCEDO, Tomas de la, "Telecomunicaciones y Derecho Público" en: *Telecomunicaciones y Derecho Público*, Madrid, Ministerio de Fomento, 1997, pp. 131-141.

de las normas jurídicas que reglamentan los sectores de interés general, pues es necesario resolver nuevos conflictos generados por la existencia de varios competidores en el mercado.

En Europa, más que de desregulación, estamos ante un proceso de regulación, pues la nueva estructura de mercado exige la introducción en nuestro ámbito de este nuevo modo de actuación administrativa. La intervención de las autoridades públicas para la satisfacción de los intereses públicos sólo puede ser encauzada a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los operadores privados, regularizando el sector⁶.

Por su parte, la privatización como concepto es polisémico⁷; y aunque existen diversas formas y posturas acerca de este proce-

⁶ “Titularidad privada de los servicios de interés general”, en *Derecho de las telecomunicaciones... op. cit.*, p. 1221.

⁷ El concepto de privatización es polisémico. En NIEVES DE LA SERNA, *La Privatización... op. cit.*, pp. 29-36. se considera que se pueden diferenciar tres posturas que no son excluyentes entre sí, a saber: a) En primer lugar, un sector de la doctrina utiliza el término privatización para designar el contenido de la política dirigida a la reducción o inhibición de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la actividad económica, o en otras palabras, la acción de los poderes públicos que tiene como objetivo abrir el mercado en beneficio del sector privado. Se considera que aumenta la presencia del sector privado y retrae la acción de los poderes públicos en aquel mercado fortalece el orden económico. El fundamento de esta posición radica en la consideración de que la iniciativa privada resulta más eficaz y eficiente que la actuación de los poderes públicos. Desde esta perspectiva, el concepto de privatización incluiría toda medida que tenga como objeto disminuir la presencia y la acción del Estado en la esfera de las actividades de contenido económico. b) En segundo lugar, la doctrina utiliza el término privatización en aquellos casos en que los poderes públicos se valen para el desarrollo de su actividad del ordenamiento jurídico-privado...los poderes públicos, y en concreto la Administración, utilizan el Derecho privado para la organización y para el desarrollo de las actividad pública y económica. c) Finalmente, algún sector de la doctrina ha acuñado el concepto de privatizaciones circunstanciales, con relación a la venta -devolu-

ción al sector privado -de empresas previamente expropiadas por los poderes públicos por motivaciones diversas. Soriano García afirma que “los procesos de privatización responden, a la lógica de la devolución a la sociedad mercantil de cometidos propios de ésta, del mercadeo, del intercambio comercial, de la persecución del lucro como forma normal y deseable de comunicación entre los sujetos económicos que intervienen en la misma...En todo caso, conviene recordar que ambos procesos, privatización y desregularización, pueden transcurrir en paralelo o, simplemente, acontecer cada uno por su cuenta. Puede privatizarse sectores ya desregulados anteriormente y puede desregularse sobre sectores previamente privatizados. SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización y derecho*, Bolonia, Editorial Publicaciones del Real Colegio de España, 1993, p. 14.

Por su parte, Villar Rojas, define la privatización como la reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios, mediante el traspaso de dicha función a la iniciativa privada. Tal traspaso de actividades puede hacerse aplicando diversas técnicas: a) Venta de la empresa pública. Es el medio más intenso de admisión de la iniciativa privada en la producción o distribución del bien o servicio. Se produce una transferencia en la titularidad de la empresa, ya sea total o parcial, bien mediante la venta en bloque de la misma a uno o varios sujetos determinados, bien, mediante la enajenación de participaciones, total o parcialmente, ocasionando un cambio en el control de la compañía. La venta de la empresa puede hacerse de forma directa; o mediante licitación pública, ya sea en un procedimiento abierto –admitiendo a todos los participantes., ya se restringiendo –en el que existe una selección previa de los participantes-, y por concurso o subasta. La enajenación de las participaciones puede efectuarse de forma directa, ofertándolas al público de forma abierta o restringida, por su negociación en Bolsa si cotizan en ella las acciones; b) Inclusión de capital privado. En tal caso, no existe enajenación de activos públicos, pero, mediante un incremento del capital no suscrito, se opera un cambio en el control de la empresa, pasando el capital privado a ser mayoritario; c) Transferencia de la producción o prestación del bien o servicio. En tal caso, la Administración se reserva la titularidad de la empresa, pero encarga su gestión a un sujeto privado. Es el caso de la concesión; d) Sometimiento de la empresa al ordenamiento jurídico privado. No existe en tal caso,

so. Como apunta Troncoso Reigada, existen diversas modalidades de privatización. La primera sería la material de la actividad – genuina privatización de tareas– (Matrtirllr-oderechtAufgaben-Privatisierung), que también puede ser denominada privatización

ni transferencia de titularidad, ni de gestión; es la propia Administración la que gestiona la producción y prestación del bien o servicio, pero sometiendo la actuación de la empresa pública a los criterios de actuación de los sujetos privados: e) Liberalización del mercado. Es el supuesto en el que un sector de la actividad productiva o de intermediación, reservado a la iniciativa pública, es abierto a la iniciativa privada, bien en concurrencia con los poderes públicos, bien cesando éstos en la realización de actividades mercantiles en dicho sector. Supone esta técnica la eliminación de límites jurídicos en la actuación en un sector del mercado y por ello se la denomina, igualmente, desregularización, en cuanto somete al régimen común un sector antes protegido. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*. Madrid, Tecnos, 1993.

En CONCEPCION MONTERO, “Empresa pública y privatización”, en *La Intervención administrativa en la economía*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 76., se indica que “en un sentido amplio puede hablarse de privatización, bien porque la titularidad de una empresa pública es transferida, bien porque, no siendo altera tal titularidad, se acude a la gestión privada de la misma, o porque la actuación de la Administración se sujeta a normas jurídico privadas, o bien porque se admiten nuevos operadores económicos en sectores antes reservados a la iniciativa pública. Es posible una primera clasificación que distingue la privatización formal, cuando sin cambio de titularidad en la empresa, ésta es gestionada con criterios privados, ya sea por la propia Administración, ya por un sujeto privado; y la privatización material cuando se produce efectiva transferencia en la titularidad o se abre a la iniciativa privada un sector reservado a la iniciativa pública.

Cassagne afirma que, “en definitiva, la privatización supone una delimitación de los campos propios del Estado y de la sociedad, devolviendo a cada uno sus responsabilidades y descargando al Estado de la pesada carga de ser empresario y autoridad a la vez. De ahí que los estudiosos del tema hayan teorizado inclusive esta técnica dentro de lo que denominan el “Estado subsidiario”. CASSAGNE, *La intervención... op. cit.*, pp. 123 y ss.

del régimen jurídico, que se caracteriza por modificar la titularidad de una actividad, que deja de ser estatal para permitir la titularidad de los particulares.

Esta es la denominada despublicatio de una actividad, que abandona así el carácter de servicios público en sentido subjetivo. Frecuentemente esta privatización de tareas o de la actividad van unidad a una mayor actividad de regulación del sector público, de manera que no se produce una completa desestatalización. Esto es lo que la doctrina alemana ha calificado como “falsa privatización de tareas”. –*Unechte Aufgabenprivatisierung*–. Una variante de la privatización material o de tareas es lo que se puede denominar privatización indirecta de tareas –*Mittelbare Aufgabenprivatisierung*–, que se distingue en que aquí la asunción de competencias que antes eran públicas por el sector privado proviene indirectamente de la reducción de las prestaciones del Estado en campo. Este modelo de privatización desempeña un papel decisivo principalmente en el terreno de la Seguridad Social, y en general –de gran actualidad en este momento– en la reducción del nivel de prestaciones sociales.

La segunda modalidad sería la privatización de la gestión o funcional –o privatización del desempeño de tareas –(*Funktionale Privatisierung-oder Prevatisierung Aufgabenerledigung*). A diferencia de lo que sucede en la privatización material, en esta modalidad la competencia de las tareas sigue recayendo en el sector público, mientras que únicamente su ejecución se transfiere a un sujeto de Derecho Privado, que actúa en el terreno en cuestión como auxiliar de la Administración.

El particular actúa como empresario concesionario para el desempeño de tareas de titularidad pública que le son transferidas. No basta, por tanto, la venta de una empresa pública que presta una actividad de servicio público para que los particulares puedan desarrollar tal actividad. Es necesario que la empresa privada –que puede nacer de la privatización o que puede ser de nueva creación– sea receptora de la concesión del servicio público.

La tercera modalidad sería la privatización del patrimonio-*Vermögensprivatisierung*–, que consiste en la privatización de empresas con ánimo de lucro, que no realizan una actividad de servicio público, sino una actividad económica libre en el mercado en competencia con los particulares. Se produce en este caso únicamente una privatización de la empresa, siendo innecesaria la privatización material –o de la actividad- y la utilización de la técnica de la concesión. A diferencia de la privatización material, no tiene lugar en la privatización del patrimonio una desestatalización por reducción del desempeño de tareas por parte del Estado, sino simplemente una disminución de la presencia competidora de los poderes públicos en la economía.

La cuarta modalidad sería la privatización de la financiación –*Finanzierungsprivatisierung*. Esta forma de privatización prevé la realización de proyectos públicos de inversión valiéndose de formas de financiación propias de la economía privada, como por ejemplo la utilización de capital privado en lugar de la usar financiación con cargos a los Presupuestos del Estado. Como por ejemplo de esta posibilidad de privatización se puede citar la financiación privada de las autopistas –que condiciona la adjudicación del contrato con la prefinanciación del concesionario– o la transferencia a los consumidores, a las empresas farmacéuticas o las farmacias de parte del gasto estatal en medicamentos. Obviamente, todos estos supuestos de privatización están entrelazados⁸.

La tendencia privatizadora de la organización y de la actividad de las Administraciones públicas, no ha sido provocado sólo por los cambios de los años ochenta, sino que se había iniciado ya a finales de los años sesenta, con el desarrollo de las formas de actuación administrativa de carácter consensual, frente a los instrumentos unilaterales y autoritarios clásicos y, también, como hemos estudiado, en los países de la Unión europea ha sido fun-

⁸ *Privatización, Empresa Pública y constitución*, Madrid, Marcial Pons, 1997. pp. 42-46.

damentales para esta evolución las presiones liberalizadoras del proceso de integración comunitario⁹.

Entrando en el campo más concreto de los servicios públicos, debemos señalar que la reorganización de la gestión de éstos presenta diversas modalidades. En primer lugar, hay que mencionar la privatización de los entes de gestión, que incluye, en los países en que aquéllos estaban dotados de formas de personificación jurídico-públicas, una primera fase de transformación de los mismos en sujetos de Derecho privado y una segunda de venta pública de todas o parte de las acciones¹⁰. Tras el proceso de privatización, sin embargo, los Poderes públicos suelen conservar amplios poderes de control sobre estas sociedades, por medio de diversas técnicas.

En segundo lugar, la concesión y, en general, las formas de gestión indirecta de los servicios públicos son preferidas a la gestión directa, como sucedía en los tiempos del Estado liberal de Derecho clásico. Con todo, también aquí se han producido novedades, y así hoy se intenta introducir la competencia entre concesionarios, en lugar de la gestión con cláusula de exclusiva¹¹.

Esto resulta posible gracias a la reformulación de la teoría de los monopolios naturales realizada en los últimos años por la Cien-

⁹ SENDIN GARCÍA, Miguel Ángel, *Regulación y servicios públicos*, op. cit. ..., pp. 56, 57 y 58. Véase también: MONTES, Pedro, *La integración en Europa*, Madrid, Trotta, pp. 1993. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado op. cit. ...*, pp. 140-155.

¹⁰ Desdentado DAROCA, Eva, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes*, España, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 132-190.

¹¹ Señala Ariño, que “aunque después del proceso de privatización varias actividades públicas hayan sido atribuidas al sector privado mediante la concesión no significa que estas salgan del ámbito de lo público. Los poderes públicos siempre son los titulares de la actividad. Por esa circunstancia, es erróneo plantar que el cambio de gestión de actividades públicas mediante concesión supone una verdadera privatización”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 288.

cia económica, en la cual ha tenido una gran influencia las nuevas posibilidades abiertas por el progreso tecnológico¹². Asimismo, las

¹² Dilorenzo explica que un monopolio natural emerge cuando la tecnología de producción, como por ejemplo costos fijos elevados, provoca que los costos totales en el largo plazo declinen al aumentar la producción. En tales industrias, dice tal teoría, un solo productor eventualmente será capaz de producir a un costo más bajo que cualquier otro par de productores, por lo tanto creándose un monopolio “natural”. El resultado serán precios más altos si más de un productor sirve a ese mercado.

Más aún, se dice que la competencia causaría inconvenientes al consumidor dada la construcción de infraestructura redundante, por ejemplo, excavaciones en las calles para el tendido de líneas dobles de gas o agua potable...Evitar tales inconvenientes es otra razón presentada para otorgar exclusividad a industrias cuyos costos promedio declinan en el largo plazo. La teoría del monopolio natural fue desarrollada primero por economistas, y utilizada luego por legisladores para “justificar” exclusividades (monopolios). Durante la última parte del siglo diecinueve, cuando los gobiernos locales empezaban a otorgar exclusividades, la noción económica generalizada era que un “monopolio” era algo causado por la intervención gubernamental, no por el libre mercado, a través de contratos exclusivos, proteccionismo y otros medios. La teoría del monopolio natural es una ficción económica...Tal cosa como un “monopolio natural” jamás ha existido. La historia de los así llamados “servicios públicos” es que a fines del siglo diecinueve y principios del veinte las empresas competían vigorosamente y, como en todo el resto de industrias, no les gustaba la competencia. Las empresas obtuvieron monopolios por parte del gobierno, y *entonces*, con ayuda de algunos economistas influyentes, fabricaron la racionalización (justificación) *ex post* para su poder monopólico...Como todos los monopolistas, tratarán de utilizar hasta el último recurso para manipular y mantener sus privilegios monopólicos, pero las ganancias potenciales -para los consumidores- de tener mercados libres son demasiado grandes para justificarles. La teoría del monopolio natural es una ficción económica del siglo diecinueve que defiende privilegios monopólicos del siglo diecinueve (o dieciocho, en el caso del Servicio Postal de los EE.UU.), y no tiene lugar válido en la economía estadounidense del siglo veintiuno. DILORENZO, J. Thomas, “El mito del monopolio

relaciones entre los entes gestores de los servicios públicos (sean todavía sujetos dotados de personalidad jurídico-pública, sean ya sociedades privadas) y las Administraciones titulares de aquéllos se articulan de una manera más flexible y paritaria, de acuerdo con la tendencia ya mencionada a la utilización por parte de las Administraciones públicas de formas de actuación consensuada.

Esta revalorización de la gestión indirecta, sin embargo, vuelve a poner de actualidad los problemas que conlleva la concesión de servicio público. En este sentido, sigue viva la vieja cuestión de la compatibilidad entre la autonomía empresarial de los concesionarios y los necesarios controles públicos dirigidos a asegurar la sujeción de la actividad de aquéllos a los principios y fines propios del servicio público¹³.

natural”, trad. por CARPIO, Juan Fernando, *The Review of Austrian Economics*, vol. 9, núm. 2, 199). Véase también, DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 100 y 101.

Esta teoría del monopolio natural, comienza a cuestionarse a mediados de la década de 1950, por un grupo reducido de economistas americanos y británicos. La escuela liberal de pensamiento económico, que cristaliza en esos años en Chicago y otros lugares, da pie a un intenso periodo de investigación en los grandes centros académicos de los EE.UU., donde estas críticas se formalizan teóricamente. Entre los más destacados, se encuentran Stigler, Friedman, Coase, Demsetz y otros. Su trabajo se consagrará en la década de los 70, cuando en palabras de Alfred Kahn, arraiga el consenso de que la gestión pública o semi-pública en monopolio había “suprimido la innovación, cobijado la ineficiencia, fomentado una creciente espiral de precios/salarios, promovido un severo desajuste de recursos, al romper el vínculo entre precios y costes marginales, fomentado una competencia improductiva e inflacionaria de costes, denegando al público la variedad de precios y opciones de calidad que hubiera ofrecido el mercado competitivo”. KAHN, Alfred E., *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, 6a ed., MIT Press, 1988, p. xvi.

¹³ Una política de privatizaciones y de reforma del servicio público vuelve a dar fuerza al denostado principio de subsidiariedad. Por principio

A estas dificultades se añade hoy la necesidad de garantizar la transparencia de los procedimientos de selección de los concesionarios y de la contratación¹⁴.

Una tercera forma de reorganización de la gestión de los servicios públicos es la incentivación de la colaboración de voluntarios y de asociaciones privadas sin fines de lucro en los servicios sociales. El fenómeno del voluntariado es una expresión de la idea de solidaridad que se halla en fase de expansión en las sociedades modernas y subdesarrolladas, en buena parte a causa de la incapacidad de los Poderes públicos para asumir o mantener cier-

de subsidiaridad –o principio de suplencia de la intervención del Estado–, los poderes públicos sólo prestarán directamente servicios públicos en caso de insuficiencia de la iniciativa privada o como complemento de ella –sanidad, educación y transporte. STOBER, R., *Derecho Administrativo Económico*, INAP, 1992, pp. 103-105; DE JUAN ASEÑO, O., *La Constitución Económica Española*. Madrid, CEC, 1984, pp. 93-98; ARIÑO, G., *Economía y Sociedad op. cit...* pp. 63-80.

¹⁴ MUÑOZ MACHADO, considera que “la apertura de la contratación pública ha tenido por objeto hacer efectiva las libertades de libre circulación de trabajadores, de establecimiento y libre prestación de servicios, más que asegurar la igualdad de oportunidad entre las empresas públicas y privadas. Ello sin perjuicio de que, obviamente, ha servido también para evitar las reservas en exclusiva de la realización de obras o servicios por empresas públicas, facilitando la concurrencia de todos los operadores económicos en cada sector”. *Servicio público y mercado...* Pág. 213. Rivero Ortega, por su parte, afirma que “el fundamento de los contratos administrativos se encontraría, pues, en la necesidad de que la Administración mantenga un poder de control sobre la realización de determinados contratos (encargos) que ésta realiza con empresas privadas, contratos cuyo cumplimiento en tiempo y forma es fundamental para los intereses generales de la comunidad, por lo que el legislador decide que no debe regirse únicamente por el Derecho Privado”. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho privado op. cit...*, p. 183. Véase también, GONZALEZ IGLESIAS, M. A., *El contrato administrativo de consultaría*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 22-32.

tas tareas asistenciales, como consecuencia de la situación de la reforma del Estado. Con la admisión de estas organizaciones de voluntarios en la gestión de los servicios sociales se busca reducir las cargas financieras públicas en los servicios públicos en los que los problemas presupuestarios de las Administraciones públicas son más graves, sin tener que adoptar medidas difícilmente sostenibles desde el punto de vista político como sería la supresión de prestaciones¹⁵.

En el ámbito concreto de los servicios públicos económicos, se ha transformado de pública en privada la forma de personificación de algunos entes de gestión de gran relevancia, y se ha reforzado la aplicación de las reglas de empresa, en busca de una mejora de los niveles de calidad en la prestación de los servicios. El panorama es más complejo en los servicios de carácter social, donde la introducción de los criterios empresariales plantea mayores dificultades técnicas y también fuertes resistencias sociales de parte de los sindicatos y de los ciudadanos¹⁶.

Por lo que se refiere a la influencia del proceso de liberalización de la economía sobre los servicios públicos de carácter económico-empresarial, hay que hacer notar que no conlleva siempre la devolución al mercado de enteras actividades de prestación de utilidades a los particulares cuya titularidad fue asumida en su momento por los Poderes públicos; con frecuencia, lo que se liberalizan son únicamente algunas de las prestaciones de titularidad pública, quedando el resto de ellas sometidas al régimen jurídico del servicio público.

Pero, además, incluso en el primer caso es difícil de imaginar que la regulación y el control público sobre las actividades económicas concernidas llegue a desaparecer del todo, pues general-

¹⁵ SENDIN GARCIA, *Hacia un servicio europeo op. cit.*..., pp- 290-292.

¹⁶ En América Latina, el ejemplo más típico y reciente de este proceso ha sido la privatización de la Seguridad y la salud. Sobre este particular véase, MESA-LAGO, Carmelo, "Política y reforma de la Seguridad Social en América Latina" *Revista Nueva Sociedad*, núm. 160, Marzo-abril, 1999, pp. 133-150.

mente se mantendrá un régimen de autorizaciones administrativas en el sector y los Poderes públicos conservarán en todo caso la titularidad de las redes básicas de infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios afectados.

De esta manera, en los sectores donde la liberalización ha progresado más se detecta hoy en los países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa una tendencia todavía incipiente a la sustitución total o parcial de la técnica del servicio público por la forma de intervención sobre estas actividades propia del Derecho anglosajón, que no implica la asunción en bloque por los Poderes públicos de la titularidad de sectores enteros de actividad económica, sino la mera *regulación* de los mismos.

Otra característica destacable de este modelo de intervención es que las funciones públicas de control del cumplimiento de las normas reguladoras del sector por los sujetos que operan en él se atribuyen normalmente a autoridades administrativas independientes, y no a los órganos administrativos y entes públicos clásicos¹⁷.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO

El concepto tradicional del servicio público estaba determinado por las ideas de solidaridad e igualdad (ideología); la universalidad en la prestación y la regularidad en la misma (técnica); el interés general y la “publicatio” (jurídico); y el monopolio y el precio por el coste inferior (económicas).

Con el proceso de privatización y regulación, como ya hemos apuntado, se empezó a discutir y cuestionar precisamente los postulados económicos del servicio público; y todo este proceso

¹⁷ Sobre los entes reguladores, su estructura, formación y reglas de funcionamiento, véase, ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1992, especialmente capítulo XI, pp 376 a 389.

tuvo como consecuencia un cambio de modelo, que en palabras de Ariño Ortiz, consiste “esencialmente en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de “servicios universal”, pero no con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados no ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad que se trate”.

El nuevo modelo de ordenación jurídico-económico, ha traído consigo, además nuevas autoridades (Gobiernos y “reguladores independientes”), protagonistas (empresas privatizadas) y nuevas normas e instituciones.

En este proceso, la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento conforme al principio de libre competencia e incluso, ahí donde la tendencia natural es el monopolio u oligopolio, para crear las condiciones de un auténtico mercado de competencia¹⁸.

De esta forma, la actividad del Estado se transforma, pasa de ser prestatario, a un actor imparcial con varias tareas a su cargo: promover la libre competencia en los sectores en que ésta puede darse y servir de árbitro en el juego de intereses que se genera entre usuarios, prestatarios, etc.

¹⁸ DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad op. cit.*..., p. 118.

Todo este proceso exige la aprobación legislativa de leyes denominadas normas de organización y procedimiento¹⁹, idóneas y necesarias para hacer posible, en este caso, la libertad de elección del usuario, el servicio universal, la libertad de competir de los operadores de los servicios públicos.

Esta nueva concepción del servicio público trata de conciliar, por una parte, la instauración de “un sistema más eficaz y competitivo²⁰”, y por otro, la garantía de un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho, a través del servicio universal²¹. A través de la introducción de la competencia en los servicios públicos lo que se pretende es precisamente mejorar la eficiencia del sistema en beneficio de todos, especialmente de los consumidores²².

Este modelo se rige, por la separación de actividades del sector, y con ello se busca que una actividad que ha operado en monopolio en un mercado, de forma concentrada, sea objeto de una separación en varios aspectos. Primero, se pretende hacer una separación de las actividades del sector²³, después se busca separar las actividades competitivas y no competitivas, principio que

¹⁹ Cfr. HESSE, K., *Significado de los derechos fundamentales*, traducción de Antonio López Pina en *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996.

²⁰ Domínguez-Berrueta De Juan: Prólogo al libro *Regulación y servicios públicos...*Pág. XIX.

²¹ Véase: ARIÑO ORTIZ, G., y LÓPEZ DE CASTRO, L., *La competencia en Sectores Regulados*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 13; ARIÑO ORTIZ, “El Nuevo Servicio Público” en *Principios de Derecho Público...* pp. 557 y ss.

²² CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructura en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid, INAP, 2003. pp. 353 y 354.

²³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LÓPEZ DE CASTRO, L., *La competencia en Sectores Regulados*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 16; ARIÑO ORTIZ, “El Nuevo Servicio Público” en: *Principios de Derecho Público op. cit....* p. 562; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *El Nuevo Servicio op. cit....*, p. 27; SENDIN GARCÍA, *Regulación y servicio público...* p. 61.

se refleja en toda la estructura del nuevo modelo de regulación²⁴. Por último separar las actividades del regulador y del operador²⁵.

Con la separación de actividades se busca alcanzar, dos objetivos: Por un lado, establecer un régimen jurídico diferenciado; y, por otro, procurar la transparencia en los precios y costos de la actividad²⁶, evitando las subvenciones cruzadas.

La separación o disociación de las actividades del sector, es un mecanismo que busca introducir transparencia en los precios y en los costos de los servicios. Esa transparencia permite reducir las distorsiones de la competencia entre operadores que producen las subvenciones cruzadas. La separación puede referirse a varios

²⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LÓPEZ DE CASTRO, L., *La competencia en Sectores Regulados*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 15; ARIÑO ORTIZ, “El Nuevo Servicio Público” en: *Principios de Derecho Público op. cit...*, p. 561; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *El Nuevo Servicio op. cit...*, p. 26; SENDIN GARCÍA, *Regulación y servicio público op. cit...* p. 61.

²⁵ ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El Nuevo Servicio...* p. 26.

²⁶ ARIÑO ORTIZ, GASPARY LOPEZ DE CASTRO, L., *La competencia en Sectores Regulados op. cit...*, p. 16; ARIÑO ORTIZ, “El Nuevo Servicio Público”, en: *Principios de Derecho Público op. cit...*, p. 562; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El Nuevo Servicio...*, p. 27; SENDIN GARCÍA, *Regulación y servicio público...*, p. 61.

ámbitos: separación contable²⁷, funcional o por gestión²⁸; jurídica o estructural y material²⁹, y accionaría.³⁰

Hasta el momento no se ha establecido reglas para determinar cuál es la separación más adecuada, lo importante es que la transparencia pueda ser efectiva. Es preciso advertir que el nuevo esquema de regulación “no prejuzga la estructura empresarial, que salvando ciertos límites debe dejarse a las decisiones de las fuerzas del mercado³¹”.

²⁷ La separación contable de las actividades del sector es la distinción en las cuentas del operador de las diferentes actividades. Esta separación es un instrumento indispensable para posibilitar la transparencia contable y financiera, con el objetivo de obtener un mínimo de información sobre los precios y los costos de los servicios. En la Unión Europea, existe normativa que contempla esa exigencia. Tal es el caso, por ejemplo, del sector ferroviario, en el cual, mediante la directiva 91/440 relativa al desarrollo de ferrocarriles, se ha establecido la obligatoriedad de esta separación desde 1991. En el caso de las telecomunicaciones, la directiva Núm 97/33/CE relativa a la interconexión, prevé como obligatorias la separación contable de las actividades.

²⁸ Este tipo de gestión implica la creación de una entidad jurídica integrada pero disponiendo de una autonomía de gestión.

²⁹ La separación jurídica o estructural es la creación de entidades jurídicamente distintas. Con esta separación se pretende que cada una de las actividades tenga una estructura empresarial jurídicamente diversa. Esto no impide, sin embargo, la creación de grupos o holding de la que dependan las diferentes sociedades. Con la separación material, por su parte, se pretende que cada actividad o empresa cuente con su propio personal reclutado extermanente y sin relación con otras empresas. Toda prestación gratuita debe ser excluida. ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El Nuevo Servicio op. cit...*, p. 17.

³⁰ Mediante este criterio regulatorio, se prohíbe “por ley la presencia de un mismo accionista dominante en los distintos sectores o áreas de actividad. ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El Nuevo Servicio op. cit...*, p. 17.

³¹ *Idem.*

De acuerdo con Ariño Ortiz, el régimen jurídico de las actividades competitivas esta de determinada por cuatro libertades:

1) Libertad de entrada: Consiste básicamente en la apertura del sector a la iniciativa privada y pluralidad de oferta en los servicios. Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios, tendrá derecho a construir, explotar, comprar y/o vender las instalaciones necesarias para la actividad de que se trate³². El único requisito es la obtención de una autorización administrativa, que tendrá carácter reglado y no discrecional³³

2) Libre acceso al mercado, a la red, a las infraestructuras (doctrina de las esencial facilities³⁴): Se reconoce a todos los ope-

³² ARIÑO ORTIZ, GASPAR Y LOPEZ DE CASTRO, L, *La competencia en Sectores Regulados op. cit...*, pp. 21 y 22; ARIÑO ORTIZ, “El Nuevo Servicio Público” en: *Principios de Derecho Público...*, p. 564; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUE TARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *El Nuevo Servicio...*, p. 27.

³³ *Ibidem*, 21 y 22.

³⁴ Villar Rojas señala que “La doctrina de las “essential facilities” surge y se desarrolla en el marco del artículo 2 de la Sherman Act, esto es, la norma fundamental del derecho de la competencia norteamericano. Este precepto prohíbe monopolizar, intentar monopolizar, o llegar a acuerdos para monopolizar cualquier parte del comercio entre los estados o el comercio internacional. Se trata de un mandato equivalente al artículo 82 del Tratado de la Unión Europea y al artículo 6 de la Ley española de Defensa de la Competencia; si bien, mientras aquél tiene como presupuesto de hecho los monopolios, estos últimos actúan sobre las conductas que supongan un abuso de posición dominante, aun sin existir un monopolio. La finalidad en los tres preceptos es común: actuar frente a aquellas situaciones de dominio, de las que el monopolio es su manifestación más extrema, que permiten a quien ocupa esa posición menoscabar la libre competencia, bien imponiendo a empresarios y consumidores condiciones comerciales injustificadas, o bien impidiendo que sus competidores tengan acceso a ese mercado o a otro secundario que sea dependiente de aquél. El artículo 2 de la Sherman Act ha servido de fundamento de resoluciones limitativas de la libre iniciativa empresarial, entre ellas la libertad de contratación. La doctrina ha reconocido hasta tres explicaciones de este precepto que sirven

radores el libre acceso a las instalaciones o infraestructura sobre las que la prestación de los servicios descansa (físicas o infraestructuras: redes eléctricas, oleoductos y gasoductos, redes ferroviarias, estaciones y aeropuertos, redes de telecomunicaciones (cables o ondas), redes de abastecimiento de agua, de autopistas, etc. La efectividad de dicho acceso determina la competencia real en la oferta de servicios. Las condiciones de acceso en términos objetivos (no discriminatorios), la fijación de un canon para su uso, y las razones exactas para justificar una denegación de acceso, deben de quedar definidas en la regulación, a través de un Estatuto Jurídico de las redes³⁵.

para legitimar la limitación de la libertad que todo empresario tiene de elegir con quien establece relaciones comerciales y, por tanto, de negarse a establecerlas. La primera es la “intent doctrine”, que pretende determinar si la voluntad de la empresa que deniega un suministro o un acceso es mantener o lograr una situación de monopolio, no una simple decisión empresarial. La segunda es el “monopoly levering test”, que enjuicia la negativa a contratar considerando si, con esa decisión, el operador obtiene ventaja en un mercado secundario o dependiente. La tercera es la “essential facilities”, es buena medida una combinación de las anteriores. En una primera aproximación, la doctrina de las “essential facilities” identifica aquellas situaciones en las que un monopolista, que controla un bien indispensable para realizar una actividad económica, impide a un competidor el uso del mismo, o le impone condiciones irrazonables y discriminatorias, sin que existan razones técnicas o empresariales que justifiquen esa decisión. En estas circunstancias, esa doctrina legitima que la autoridad judicial competente obligue al monopolista a contratar con el competidor en condiciones razonables y no discriminatorias, con independencia de las sanciones que pudieran corresponder por conductas anticompetitivas ilegales”. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*. Granada, Editorial Comares, 2005, pp. 13,15 y 15.

³⁵ ARIÑO ORTIZ, GASPAR Y LOPEZ DE CASTRO, L., *El Nuevo Servicio...*, p. 28.

1) y 4) Libertad de contratación y formación competitiva de los precios: Este principio significa que las empresas gestoras de los servicios competitivos, tiene libertad para operar bajo principios comerciales (comprar y vender; importar y exportar; extender sus actividades a otras áreas, libertad de fijación de precios a sus clientes) sujeto sólo a límites o restricciones generales aplicables a todas las empresas de mercado. La función del regulador es el garantizar el respecto a las reglas en la formación competitiva de precios y actuar contra prácticas restrictivas de la competencia. d) Libertad de inversión: Esta consiste en la plena libertad para diseñar o realizar inversiones cuya rentabilidad quedará al riesgo y ventura del inversor. No se limita beneficios ni pérdidas³⁶.

Con lo que respeta a las actividades no competitivas, se caracteriza por las notas siguientes:

1) Instalación y gestión de infraestructuras: Las infraestructuras son de uso común, y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios variados, distintas modalidad de transporte, distintos horarios, distintas modalidades de suministros (Ferrocarril: uso de estaciones y vías; transporte aéreo: aeropuertos y servicios portuarios; energía eléctrica: redes de alta tensión; telecomunicaciones: redes de cables y red telefónica; petróleo y gas: oleoductos y gasoductos)³⁷.

La importancia de las redes e infraestructuras esenciales, radica en que son la vía física por medio de la cual se materializa el mercado. Se define a las infraestructuras en red, como aquéllas “instalaciones de valor estratégico, ramificadas por le territorio y con conexión física entre sus extremos, caracterizadas por su con-

³⁶ *Ibidem*, p. 26; ARIÑO ORTIZ, “El Nuevo Servicio Público” en: *Principios de Derecho Público...*, p. 567; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El Nuevo Servicio op. cit...*, p. 29.

³⁷ ARIÑO ORTIZ, GASPAR Y LOPEZ DE CASTRO, L., *La competencia en Sectores Regulados op. cit...*, p. 27; ARIÑO ORTIZ, “El Nuevo Servicio Publico” en: *Principios de Derecho Público op. cit...*, p. 568; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El Nuevo Servicio...*, p. 30.

figuración unitaria al estar entrelazadas, su capacidad limitada y su duplicación antieconómica debido a su altos costos de implementación todo lo cual constituye conductos de paso obligado para participar en un determinado mercado de interés general³⁸

La red es la clave del mercado, y su regulación debe de tener las siguientes características: a) Gestión autónoma, b) Estatuto jurídico de las redes y acceso a terceros, c) un nuevo concepto de propiedad que afecta al uso público, en la que se separa propiedad y uso, y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, por su uso y no por su titularidad³⁹.

2) Servicio universal: El servicio universal integra aquellas prestaciones a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta, por lo que la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicios al que todos tienen derecho. En este tipo de servicios no hay competencia, porque no hay oferta. En este caso la regulación interviene imponiendo obligatorias prestaciones a cualquiera de los operadores del sector. Para ARIÑO ORTIZ este planeamiento ha supuesto una radical transformación del concepto de servicio público⁴⁰. La apertura de los servicios a la competencia y al mercado, se caracteriza por lo siguiente: a) La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. Es necesario precisar en cada sector cuales son las obligaciones o cargas de servicio público; es decir de servicio universal obligatorio para el operado garantice el interés general. b) Abandono del concepto de reserva: Es decir se abandona el concepto de titularidad de la actividad a

³⁸ Caballero Sánchez, R., *Infraestructura en red y liberalización...*, p. 151.

³⁹ ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ., *El Nuevo Servicio op. cit...*, p. 31.

⁴⁰ ARIÑO ORTIZ, *El nuevo servicio op. cit...*, p. 32.

favor del Estado, y se introduce la idea de actividad reglamentada⁴¹.

⁴¹ La *communications Act* de los Estados Unidos, definió la noción de servicio universal, en el año de 1934, como el acceso de todo ciudadano a una operadora telefónica local, y recoge las siguientes novedades:

a) El servicio universal es definido como: El acceso de todos los ciudadanos a todo tipo de servicios de telecomunicación a precios justos y razonables, incluidos los servicios avanzados y de información, asegurando el acceso a ellos de las áreas rurales y las de menor renta per cápita en condiciones de calidad y precio comparable a los servicios ofrecidos en áreas urbanas y asegurando su disponibilidad en escuelas, centros sanitarios y bibliotecas. Un concepto dinámico que requiere ser revisado periódicamente con objeto de adaptarlo a la evolución tecnológica y del mercado, ampliándolo con aquellos nuevos servicios a los que se considere que debe tener acceso todo el público.

b) Se crea la *Federal-state Joint Board on Universal Service*, una comisión conjunta de la FCC y las *State Public Utilities Commissions* cuyas competencias son la definición de los principios generales del servicio universal y de las directrices para su desarrollo. La FCC es responsable de desarrollar las recomendaciones de la comisión conjunta y de revisar periódicamente la definición de servicio universal teniendo en cuenta las recomendaciones de los legisladores y del público en general y que los servicios incluidos en el concepto sean esenciales para la educación, sanidad y seguridad pública y beneficiosos para el interés público.

c) Establece la obligación de todos los proveedores de los servicios de telecomunicaciones de participar en el fomento del servicio universal mediante contribuciones al Fondo de Servicio Universal de forma no discriminatoria. MEDINA ORS, Guillermo, "Régimen jurídico de las telecomunicaciones en los Estados Unidos". en: *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, Ministerio de Fomento, p. 1196.

Sandin García, por su parte, señala, que "el servicio universal supone la imposición de obligaciones de servicio público a escala comunitaria, con el objetivo de hacer compatible la satisfacción del interés público con la apertura de determinadas actividades a la concurrencia... Se ha dicho respecto al servicio universal que no es una técnica, sino un objetivo, esto es, indica el

3) Sustitución de un régimen cerrado y en exclusiva por un régimen abierto, en el que basta una autorización para entrar en el sector⁴². Sin embargo, se le imponen obligaciones y cargas de

interés público que se debe satisfacer, pero no como hacerlo. Igualmente se ha destacado su mutabilidad, y su flexibilidad, en cuanto debe adaptarse a las características y necesidades peculiares de cada servicio. Se ha señalado también que la determinación de que prestaciones forman parte del miso es una decisión política. Así como, por último, que la principal consecuencia que se deriva de su formulación, es la sujeción de determinadas actividades a una serie de principios, que viene a coincidir con los principios tradicionales del servicio público, al os que se añade algún otro de nuevo cuño (eficacia, calidad, transparencia, participación). SENDIN GARCÍA, *Hacia un servicio op. cit...*, pp. 293 y 294. Ariño Ortiz lo define como “aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituye un estándar mínimo de servicios al que todos tiene derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay, porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir”. ARIÑO ORTIZ, “Servicio Público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en: *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, Ministerio de Fomento, pp. 761.

La comisión europea señala que “constituye un complemento básico de la liberalización del mercado de servicios”, a lo que añade que al “definir y garantizar los servicios universales se asegura la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores durante la transición de la prestación en régimen de monopolio a unos mercados abiertos a la competencia”. Y define el servicio universal, como “el conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tiene acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible”. Los servicios de interés general en Europa. Comunicación de la Comisión de 20-09-2000. COM (2000). Pág. 40.

⁴² En el derecho español, tradicionalmente se ha distinguido entre autorización y concesión. De este modo, la concesión se considera propia de un ámbito en el que existe una titularidad administrativa previa (servicio público), mientras que la autorización se da en aquellas actividades cuya titularidad co-

rresponde originariamente a los particulares. SENDIN GARCÍA, *Regulación y servicio público op. cit.*..., pp. 77. Sin embargo, en lo que se refiere a la autorización no existe una universidad de criterio. Existen dos grandes teorías. La primera se inicia con RANELLETTI, y se fundamenta en que la autorización constituye una remoción de los límites para el ejercicio de un derecho preexistente, por lo que no implica un incremento de las facultades del particular. Frente a ello, en la concesión no se da la preexistencia de un derecho, sino que este nace de la concesión misma, por lo que supone una ampliación de las facultades del sujeto privado. MEILAN GIL, J. L., "Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión" en: *Revista de la Administración pública*, 71, mayo-agosto de 1973. pp. 80-84. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo...*, p. 437. La segunda teoría tiene su origen en la obra de OTTO MAYER, que concibe la autorización como el levantamiento de una prohibición previa. De tal forma que, al establecerse una prohibición de policía, puede "que la disposición policial introduzca una excepción para el caso particular. A eso es lo que llamamos la prohibición de la policía con reserva de permiso (autorización)". La cual "se dirige a las manifestaciones de la vida individual que no son consideradas en absoluto como perturbadoras del buen orden de la cosa pública, pero que pueden presentar una perturbación según la persona de la cual emanan, según la manera como la empresa está instalada, administrada y dirigida. Por lo tanto al iniciar esta actividad, se impone un examen: ella no debe comenzar a manifestarse ante de que dicho examen haya sido debidamente hecho, antes de que se haya logrado una respuesta favorable y que ésta haya sido certificada mediante un acto de autoridad. Dicha certificación está contenida en el permiso que descarta la prohibición. En todo esto sólo se trata de medidas de vigilancia contra las perturbaciones posibles bajo la forma de prohibición. La prohibición alcanza también a situaciones que, en sí mismas, no tiene realmente nada de contrario a la policía, las que se crean prescindiendo de la prohibición son alcanzadas por sus efectos nada más que a causa de su origen jurídicamente defectuoso". A esto añade que esta "prohibición con reserva de permiso es una regla de derecho que consta de dos partes distintas. Una, la prohibición, dice siempre lo mismo: no debe ejercerse tal empresa. La reserva de permiso, por el contrario, puede revestir fórmulas muy diferentes según la mayor o menor amplitud de acción asignada a la voluntad de la autoridad. Esta va desde la

servicio, en la medida que haya que determinadas prestaciones al público, que se impondrá de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector, ya se unilateralmente por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo en cada caso con los distintos operadores.

4) Régimen de los precios. Este tema siempre ha resultado polémico. En el sistema de servicio público, éste se regulaba funda-

apreciación completamente libre hasta la simple aplicación al caso individual de la regla que determina el permiso. El permiso no se confunde con un simple reconocimiento de la libertad: antes del ejercicio de ella, debe cumplirse una formalidad; es preciso haberse obtenido el permiso, para comprobar que el ejercicio de la libertad es posible. Derecho administrativo alemán. Tomo II. Traducción del original francés de 104, realizada por H.H Heredia y E. Krotoschin. Editorial de Palma. Buenos Aires, 1950. Págs. 59 y 61. GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ RODRIGUEZ –siguiendo a Mayer– y conciben la autorización como “una prohibición general previa que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares, lo cual es suficiente para distinguir la autorización de las concesiones, que operan a partir de una previa publicatio o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente”. Curso de derecho Administrativo... Pág. 134-135. PARADA VAZQUEZ, se identifica más con Ramelletti y considera, “que por ser más moderna y garantista, se debe partir de un concepto de autorización mas restrictivo, como un acto reglado, que libera la prohibición del ejercicio de un derecho o libertad preexistente, de forma que la autorización trata simplemente de determinar si la actividad o el ejercicio del derecho o libertad en cuestión cumplen las exigencias legales o reglamentarias”. Si bien precisa que “el concepto de autorización debe limitarse a los supuestos en que no hay limitación en el número de los beneficiarios del derecho o actividad ejercitada, ni discrecionalidad en el otorgamiento (...), remitiendo al concepto de concesión los demás supuestos en que la legislación permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas”. RAMELLETTI, *Derecho Administrativo op. cit.*..., pp. 438 y 439.

mentalmente entre el regulador y el regulado. En el nuevo modelo los precios de las prestaciones y servicios serán determinados por el propio mercado, y en otros, regulados de acuerdo si existe o no competencia real. La revisión del control de ha de caracterizarse por su estabilidad y no por su flexibilidad.

5) Las empresas de servicio público. Las empresas privatizadas de servicio público no representan solamente un negocio privado, donde lo importante es los beneficios y abaratamiento de los precios al consumidor, sino que tiene una dimensión pública, y la actitud del regulador y del juez debe de observar por su austeridad y moderación en la retribución de directivos y accionistas, como por su fortaleza y buena cotización en el mercado.

