

El concepto actual de servicio público en la Unión Europea

JORGE RIVERA STAFF

RESUMEN

El artículo presenta algunas ideas relativas al concepto de servicio de interés económico general, que ha venido a reemplazar el de servicio público, en las instancias normativas y jurisprudenciales de la Unión Europea.

La intención en un primer momento fue que los mecanismos de mercado constituyeran los elementos necesarios para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, con respecto a estos servicios, pero el desarrollo del proceso, demostró que el mercado por sí solo no logra estos objetivos, por lo que fue necesario elaborar este nuevo concepto, cuyos elementos se fundamentan en la ideología del servicio público, pero que cuenta con técnicas y mecanismos más flexibles y menos inclinados hacia el Derecho Público.

Para intentar lograr conjugar estos objetivos que en principio pueden parecer contrarios o excluyentes, ha sido necesario un esfuerzo de consolidar nuevos esquemas e instituciones, en donde la regulación como mecanismo de intervención pública en la actividad de estos sectores, es fundamental.

Este proceso de cambios en la estructura de los servicios públicos prestados a los ciudadanos, teniendo en cuenta el objetivo principal de satisfacer necesidades, pero logrando avances en cuanto a eficiencia y flexibilidad, puede ser tomado como referencia a los países latinoamericanos, al momento de reflexionar sobre los cambios necesarios que reclama nuestra ciudadanía, en términos de accesibilidad y equidad de los mismos.

Palabras claves: servicio público, servicio de interés económico general, unión europea, regulación, derecho administrativo, derecho público, privatización, liberalización, prestaciones sociales, políticas públicas.

ABSTRACT

This article presents some ideas about the service of general economic interest concept, the one that replaced the public service notion at the European Union regulations and European court case law.

The first purpose was to enable market oriented structures to become the necessary elements to satisfy citizens needs in

this specific services, but the development of the process showed that market by it's self couldn't meet this goals. So, it was necessary to develop a new concept, which elements were based on the public service principles, but with more flexible techniques and less public law interference.

In order to make work this apparently conflicting objectives, with great effort the authorities and specialists developed new structures and institutions, where regulation has been basic as a way to enable public participation in this sectors.

This concept and the process of carrying it out, with changes in public service structures, without losing the principles of satisfaction of citizens needs, but introducing advances in flexibility and efficiency, it has to be taken as a reference case of study for latin american countries, when the moment of our own reforms arrives.

Key words: public service, public utilities, public policies, service of general economic interest, privatization, liberalization, european union, public law, administrative law, regulatory law, regulation.

INTRODUCCIÓN

Sin duda los cambios que en la actualidad a nivel mundial se están llevando a cabo en diversos ámbitos de la vida económica, política y social, no son ajenos a la ciencia del Derecho, y como el caso del tema al que nos referimos en el presente estudio, dichos cambios afectan a una institución jurídica tan arraigada en el acervo doctrinal, normativo y jurisprudencial, como lo es el servicio público.

No dudamos que el estudio y análisis de este tema constituye una de las principales (y apasionantes) causas de discusión doctri-

nal, y de intento de definición normativa, no solo por la importancia que el servicio público como figura jurídica del derecho ha mantenido en la teoría desde sus primeras formulaciones, sino también por la trascendencia económica que dichos servicios tienen para un país y para la calidad de vida de sus ciudadanos.

La Unión Europea no escapa a estos cambios, en la cual desde hace ya un tiempo atrás se intenta teorizar sobre un concepto, que principalmente bajo la influencia del modelo anglosajón, recoja la satisfacción de ciertos servicios generales para la sociedad, pero bajo el esquema liberalizado de promoción de la competencia y de mayor preponderancia del mercado, que constituye uno de los pilares del proceso de integración europea.

Al ser el objeto de las líneas que escribimos, el de presentar a rasgos generales en nuestro medio latinoamericano, el concepto de *servicio de interés económico general* (SIEG) como construcción intelectual de las instituciones comunitarias europeas, en sustitución del concepto clásico de servicio público, no pretendemos ni siquiera hacer una comparación entre ambos o una crítica de alguno de los dos, sino más bien servir de fuente inicial de información para despertar el interés con respecto al tema en los posibles lectores de este lado del atlántico.

NOCIÓN Y ELEMENTOS DE SERVICIO PÚBLICO

Sin pretender hacer un análisis de un concepto tan estudiado como lo es el servicio público tradicional, pero que a la vez ha generado tantas definiciones, así como posiciones más o menos divergentes o convergentes, debemos ubicar para nuestro

estudio, dentro de estas concepciones, aquella noción que sirva de referencia con respecto a los elementos del modelo europeo actual.

Partiendo de esta premisa, podemos afirmar que el servicio público, ha estado caracterizado por elementos subjetivos y objetivos, y en consecuencia las definiciones sobre el mismo han estado más inclinadas principalmente hacia concepciones, orgánicas por un lado o funcionales por el otro.

Según la doctrina mayoritaria, las actividades desarrolladas bajo este esquema, han sido objeto de titularidad pública, en cuyo caso la Administración puede decidir si la gestión de las mismas es realizada directamente por entes públicos, o es delegada a un particular, a través de la figura de la concesión administrativa o como es denominada doctrinalmente: gestión indirecta.

Igualmente debemos señalar, que la noción de servicio público que presentamos no tiene referencia a las concepciones que en algunos casos se plantean, acerca de las funciones públicas inherentes a la existencia del Estado, como un servicio que el mismo presta a la sociedad, ni tampoco a los denominados servicios sociales, que de alguna forma son identificados dentro de las esfera de los servicios públicos.

Como último elemento, pero no menos importante, debemos indicar que nos referimos a la satisfacción del interés general, a través de la prestación de actividades que atienden necesidades, que no por tener claros matices económicos, dejan de ser esenciales para el conjunto y desarrollo de la sociedad, cumpliendo con sus características básicas de universalidad, igualdad, continuidad y adaptabilidad.

Luego de señalar estos elementos que nos permiten acercarnos a la noción de ser-

vicio público que usamos en el presente artículo, los mismos nos servirán de marco de referencia, para establecer las características principales del concepto actual de servicio de interés económico general, esbozado dentro de la normativa de la Unión Europea.

I. APUNTES SOBRE EL NUEVO ESQUEMA DE PRESTACIÓN

Como ya sabemos, los procesos tecnológicos y las nuevas concepciones económicas de los últimos años, han cambiado la forma de organizar y gestionar no solo gran variedad de sectores y actividades, sino han contribuido a plantear la revisión del papel del Estado en las sociedades, y más específicamente el grado de intervención del mismo en la economía, y por ende influenciando los elementos que conforman el Derecho Administrativo.

Consecuencia de estas concepciones, se renueva el desarrollo de estudios teóricos sobre estos temas, que influyen no solo a nivel legislativo, sino también en la actividad jurisprudencial, creándose nuevas caracterizaciones, clasificaciones y definiciones en diversos ámbitos.

En virtud de este nuevo papel que se le atribuye al Estado, con menor presencia directa en las actividades económicas, y una mayor preponderancia de los mecanismos de mercado, es que en el caso de los servicios públicos, se tiende cada vez más hacia una concepción funcional de los mismos, es decir, una basada en las funciones o intereses que deben ser satisfechos para la sociedad, y no como plantea la concepción orgánica, que para definir un servicio público, se tenga que recurrir a la titularidad que el Estado ostente del mismo.

En virtud de estos cambios, adquieren preponderancia dos conceptos que están en la actualidad unidos muy estrechamente, ya que el modelo de regulación que se busca implantar es aquel que fomente el mayor grado de competencia posible, tanto en aquellas actividades donde realmente sea factible, como en aquellas que técnicamente no lo es. Estos conceptos son mercado y competencia, los cuales de manera sintetizada podemos enunciar así: El mercado es asociado a concurrencia de oferta y demanda, la competencia se asocia a la libertad de opciones de oferentes y demandantes. Podríamos decir muy resumidamente que la competencia es una medida del mercado, lo cual dependerá de la estructura jurídica vigente en cada momento.

Estos conceptos, además se vinculan en general a otros como liberalización o privatización, que aunque no son necesariamente causa o efecto, unos de otros, debido a las políticas aplicadas en los últimos años, han sido procesos complementarios.

Debemos ubicar la regulación actual dentro de un contexto más dinámico, que aquel en que era ubicada como una de las técnicas de intervención administrativa de policía, sino que utiliza una serie de medidas, dependiendo de la finalidad que busca (que puede ser de servicio público), y que se basa en criterios económicos y técnicos, para establecer las normas que rigen la actividad.

Dentro de este marco podemos distinguir a nuestro criterio muy personal, dos objetivos o funciones diferentes de la regulación dependiendo de su finalidad, que cobran relevancia en los sectores de servicios públicos, a los cuales se aplican diversas técnicas:

- Regulación para la competencia

- Regulación de garantía de prestaciones

Mientras que en la primera, se busca establecer medidas para la consecución del mayor grado de competencia posible, diferenciando los llamados monopolios naturales de las actividades competitivas, vemos que el segundo objetivo que hoy en día busca realizar la regulación de estos sectores, es lo que podemos asociar con la noción clásica de servicio público como técnica de intervención administrativa.

Podemos señalar que actualmente, uno de los grandes retos que tiene la regulación de estos servicios, es lograr un equilibrio entre cumplir su objetivo de implantación de competencia en un modelo de mercado, sin menoscabar las prestaciones que los usuarios reciben, ya sea en cobertura, calidad o precios.

Esta doble finalidad no se presentaba bajo el esquema de servicio público tradicional, ya que casi no se tenía en cuenta el componente de la competencia dentro de un mercado, por lo que en ese punto apreciamos una diferencia importante (sino la que más), con las nuevas concepciones, ya que bajo el modelo actual no solo tienen en cuenta el objetivo de la competitividad, sino que el mismo pasa a ser el principal objetivo de la regulación.

II. CONCEPTO DE SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

De entre las diversas nociones que se plantean, para definir bajo estos nuevos parámetros y modelos, los sectores o actividades que tradicionalmente conocemos como servicios públicos, la utilizada por las instancias de la Unión Europea ha intentado, en primer lugar, armonizar los distintos modelos

que para este tipo de servicios se presentan en diversos países miembros, como lo son el anglosajón (*public utility*), el alemán (*da-seinsvorsorge*) y el francés (*service public*) o inclusive la inexistencia de este concepto en algunos Estados miembros; y en segundo lugar, ha intentado plasmar una noción o definición de los mismos, que no lleven (o lo hagan en menor medida) a las discusiones teóricas en torno a su naturaleza jurídica, que han mantenido los tratadistas del Derecho Administrativo desde el siglo *IXX*, lo cual no es tarea nada sencilla.

Tal como mencionamos en el apartado anterior, la nueva regulación tiene como principal objetivo la consecución del mayor grado de competencia posible en el sector que regula, lo cual condicionó en un principio, que no se tomaran en cuenta de forma adecuada, la perspectiva de las prestaciones a los ciudadanos, trayendo como consecuencia, una apreciación inicial de incompatibilidad entre la introducción de competencia y liberalización, con el concepto de servicio público, en su dimensión de satisfacción de necesidades e intereses generales, que en muchos casos sobre todo latinoamericanos, luego de las privatizaciones se redujeron varios servicios prestados, con la intención de disminuir costos o se aumentaron tarifas con el objetivo de cubrir gastos y obtener rentabilidad para las nuevas empresas prestadoras.

Esta idea de posiciones antagónicas, presentada inicialmente en los debates doctrinales o normativos de la Unión Europea, ha ido paulatinamente encontrando puntos de coincidencia, tal y como lo podemos constatar en el concepto de servicios de interés económico general, introducido tanto en el Tratado de Ámsterdam de 1997, como en la Carta de Derechos Fundamentales

de la Unión Europea de 2000 y en alguna jurisprudencia reciente de los Tribunales Europeos.

En dichos documentos se considera el acceso a estos servicios por parte de los ciudadanos como fundamentales con el fin de promover la cohesión social y territorial, aunque siempre matizados por el objetivo general del proceso de integración europeo, de lograr establecer mecanismos de mercado con competencia efectiva en el mayor número de actividades posibles dentro de la UE.

Como explicación a lo anterior, podemos resumir que es regla general el que todas las actividades estén sujetas a las normas sobre competencia, pero aquellas que por su misión deban tener características especiales serán definidas por los Estados miembros, con posibilidad de que sean gestionadas por empresas públicas o privadas y a las cuales se les pueden imponer obligaciones de servicio público.

Para la inclusión de estas actividades dentro de las excepciones a las reglas de la competencia, se deben cumplir con los principios comunitarios de libertad y proporcionalidad en la implementación del régimen de dichos servicios, los cuales desarrollamos brevemente a continuación.

El primero (consecuencia del principio de subsidiaridad), consagra la libertad del Estado miembro de definir que se entiende por un servicio de interés económico general, pero con la obligación de motivar las razones que justifican tal declaración, y quedando dicha calificación del Estado miembro, sujeta al control de la Comisión Europea a través de una decisión del Tribunal de Justicia Europeo, si se produce el caso de error manifiesto en dicha calificación por parte del Estado.

El segundo principio, de proporcionalidad, consagra que las restricciones a las reglas de competencia, deben ser impuestas solo en lo necesario para cumplir correctamente el objetivo o misión de interés general, siempre buscando mecanismos o técnicas que impliquen la menor intervención y la gestión mediante mecanismos de mercado en aquellos sectores de la actividad donde sea posible.

Vemos que se mantiene la posibilidad de que un Estado miembro limite o disminuya la introducción de competencia, dentro de un sector o servicio, justificando su actuación en la imposibilidad de cumplir con su misión de interés general bajo este esquema, pero siempre matizado por el principio de proporcionalidad, lo que en la práctica ha conducido a la liberalización de dichos servicios, pero manteniendo ciertas técnicas de intervención pública, como lo son las llamadas obligaciones de servicio público y el servicio universal, como técnicas de garantía de ciertas prestaciones básicas, que pueden ser impuestas a los operadores de estos servicios, sobre todo en aquellos sectores donde la competencia se ha introducido de forma más contundente, y en los cuales las consideraciones económicas, podrían llevar a no prestarlos o prestarlos de forma deficiente en aquellos segmentos del mercado con menor rentabilidad.

A grandes rasgos se aprecia que luego de un primer impulso liberalizador de estos servicios, como consecuencia de los objetivos de implantación del mercado común europeo, se pasa a tomar en cuenta sus características especiales, que en muchos aspectos no pueden ser llevados a cabo de forma eficiente, desde la perspectiva económica o social, y se intenta integrar un concepto que en el nuevo marco sustituya al servicio público.

Al proponer esta nueva categoría jurídica, desde las fuentes normativas de la Unión Europea, la misma ha ido permeando poco a poco hacia los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, como también hacia los autores doctrinales, aunque sea en grados diferentes para cada uno, pero conformando paulatinamente una noción general con un núcleo común, que a medida que se consolida, puede derivar en un concepto mucho más definido, que permita una interpretación consolidada de sus elementos.

Sabemos que este proceso, que no es tarea nada sencilla, en la actualidad se está desarrollando de forma gradual, y que sus avances se verán en mayor o menor intensidad, en virtud del grado de adaptabilidad que presente frente a las diferentes instituciones jurídicas consagradas desde hace mucho tiempo, en la realidad de cada país.

Este intento de reformular la noción y técnica del servicio público, adaptándola a los esquemas de introducción de objetivos de mayor competencia, pero sin menoscabar su misión de satisfacción de intereses sociales, nos debe ayudar en nuestras latitudes a reflexionar sobre este necesario equilibrio entre las dimensiones de mercado y sociedad en que deben fundarse nuestras políticas públicas.

CONCLUSIONES

Un concepto que puede tener tantas definiciones como estudiosos que lo aborden, como lo es el servicio público, siempre genera emotivos planteamientos, no solo por las teorías que fundamentan su construcción como una categoría o institución jurídica de suma importancia para el Derecho Público y el concepto de Estado, sin también por

lo que representan para el conjunto de las sociedades en donde se desarrollan, ya sea desde el punto de vista estratégico, económico, social e incluso hasta político.

Un proceso de integración tan complejo, como lo es el Europeo, ha tenido que conjugar diversos intereses a veces contrapuestos entre los países miembros, siendo que los servicios públicos no han sido la excepción. Por lo tanto, se ha intentado construir una categoría conceptual que cumpla con ciertos mínimos para ser aceptable para las partes, pero que a la vez presente una oportunidad de avanzar en los objetivos generales de la comunidad, conformando un núcleo común de elementos denominados servicio de interés económico general, y que a la vez herede en la menor medida posible, el extenso e intenso debate que ha acompañado al servicio público desde su nacimiento en el siglo XIX.

Este concepto inicialmente inclinado hacia la introducción de competencia y mecanismos de mercado en ciertas actividades, ha ido evolucionando gradualmente al incorporar elementos de satisfacción de necesidades primordiales y básicas para los ciudadanos, como derechos fundamentales que concretan los objetivos de cohesión social y territorial de todos los Estados miembros.

El esfuerzo de la Unión Europea, de integración de objetivos aparentemente divergentes, para el desarrollo de los servicios públicos, nos debe servir a los latinoamericanos para tomar nuestras decisiones en la materia, toda vez que en estos momentos se nos presentan nuevas alternativas y tenden-

cias, que propugnan por dar algunos pasos hacia atrás, con una participación estatal más directa en ciertas actividades o con una regulación más estricta de las empresas participantes, ya que en muchos países, en los cuales las medidas de privatización, introducción de competencia y mecanismos de mercado fueron implementadas, no han sido evaluadas positivamente por la población o por ciertos teóricos, luego de más de una década de estar funcionando.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, GASPAR. *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial Comares. Granada, 2004.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*. Revista de Administración Pública No. 157. Madrid, 2002.
- CRUZ FERRER, JUAN de la. *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, MARÍA. *Las obligaciones especiales de los operadores de servicios esenciales económicos en red*. Revista de Administración Pública n.º 163. Madrid, 2004.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Servicio Público y mercado. Tomo I. Los fundamentos*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1998
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2003
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Angel. *Regulación y Servicios Públicos*. Editorial Comares. Granada, 2003
- VILLAR EZCURRA, JOSÉ L. *Derecho Administrativo Especial*. Editorial Civitas. Madrid, 1999.

