

SERVICIOS PUBLICOS Y CIUDADANOS: EL USUARIO ANTE EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO

Gonzalo A. Barrio García

A. INTRODUCCIÓN:

En el momento actual se asiste a una nueva etapa de las relaciones del Estado y la sociedad. En el entendimiento de esa relación, precisamente, es donde se sitúa siempre la categoría del servicio público.

Como es sabido, el servicio público nació en un contexto determinado como resultado de compromisos ideológicos, políticos, económicos y sociales bajo la exaltación de la idea-fuerza del progreso¹. Actualmente los presupuestos en los que surgió aquella categoría jurídica han variado siendo necesaria una renovación de aquellos compromisos que se desarrollan ahora en un *entorno* diferente en el que es necesario atender a nuevos datos². De un lado, a la propia evolución de la relación Estado-Sociedad que se desarrolla de una forma dinámica y no estática. De otro, la preferencia por un sistema de libre competencia en el mercado también influye en este nuevo contexto, al igual que el lugar central que en la sociedad actual ocupan los derechos fundamentales y las libertades públicas, cuya realidad, efectividad y universalidad, ha de garantizar el Estado.

En efecto, en las sociedades occidentales modernas se produce una generalización de determinados servicios y también una mayor toma de conciencia del derecho que asiste para recibir y obtener prestaciones en unas condiciones determinadas, tanto en calidad como en abundancia, y a un coste adecuado. La cláusula de Estado social, asimismo, ha contribuido a reforzar este sentimiento desde la perspectiva del ciudadano, a pesar de que por razones financieras se cuestione hoy la generosidad y amplitud de sus manifestaciones.

A su vez, los importantes cambios en el panorama económico-social con la mundialización de la economía apoyada en los avances tecnológicos y de comunicación, con

1 Vid., J.L. MEILAN GIL, "El servicio público como categoría jurídica", *Cuadernos de Derecho Público*, num.2, 1997, p.2.

2 Vid., J. CHEVALIER, "Regards sur une évolution", *AJDA*, num.especial, junio, 1997. p.8-15. M. DEBÈNE y O. RAYMUNDIE, "Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification?", *AJDA*, 1996, p.183-191; también D. LINOTTE y R. ROMI, *Services publics et Droit Public Economique*, Litec, Paris, 2001. En la doctrina española merecen destacarse los estudios generales de G. ARIÑO, J.M. DE LA CUETARA, J.L. MARTINEZ-LOPEZ MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1996. J.M. SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, cuatro tomos, Civitas, Madrid, 1998.

reducción de las distancias, mejora del transporte³, etc⁴., repercute en la prestación de los servicios públicos que no pueden permanecer ajenos ante esta nueva situación de globalización económica. Las mejoras técnicas, por ejemplo, es necesario incorporarlas a la prestación de las actividades y servicios demostrando la vitalidad de la “cláusula de progreso”⁵.

Pero no se trata únicamente de cambios relevantes en el entorno económico, político o social, sino también en el panorama jurídico en que se desenvuelven los servicios públicos⁶.

La CE de 1978 supone una nueva perspectiva desde la que abordar jurídicamente las actividades tradicionalmente calificadas como de servicio público. Las nuevas perspectivas vienen provocadas por la constitucionalización de los servicios públicos y la exigencia constitucional de eficacia y economía en la asignación del gasto público. De una parte, la consagración en sede constitucional, con diferente eficacia, de derechos de los ciudadanos a prestaciones de diferentes especie, supone analizar estas actividades prestacionales no desde el punto de vista tradicional de los servicios públicos, sino desde el de los derechos - o, en el caso de los principios rectores de la política social y económica, de las expectativas - de los ciudadanos a recibirlas. Por otro lado, no hay que olvidar la constitucionalización de los servicios públicos en el art. 128.2 CE, inciso segundo, al disponer que “mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”. Y también la exigencia constitucional de eficacia y economía en la asignación del gasto público (art. 31.2 CE) se convierte, especialmente con relación a la prestación eficaz de los servicios públicos, en verdadero elemento legitimador de la Administración en el Estado Social.

Esta nueva coyuntura constitucional, en síntesis, viene definida, en primer lugar, por el papel preponderante y destacado de los derechos fundamentales lo que impide que sobre los mismos puedan declararse un servicio público. En efecto, la consideración monopolística que en muchos casos lleva aparejada la declaración de una actividad como servicio público colisiona con el contenido esencial de determinados derechos fundamentales recogidos en la CE de 1978, fundamentalmente con los proclamados en los art. 27 (libertad de enseñanza) y 20 (libertad de expresión e información) y, más en general, con el art. 38 (que consagra la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, opción constitucional reforzada, como veremos, con el ingreso del Estado español en la Comunidad Europea). En este sentido, la declaración de determinadas actividades como servicios públicos efectuada en numerosas leyes postconstitucionales es, desde el punto de vista de las libertades, cuando menos problemática⁷.

3 De hecho, no puede obviarse que la historia del servicio público viene condicionada por avances industriales y tecnológicos, como fue en el siglo pasado el ferrocarril o como ocurre en el momento presente con las telecomunicaciones, que han conformado un nuevo entendimiento de esta categoría jurídica, introduciendo nuevos conceptos como el de servicio universal, cuyo alcance y contenido se tratará más adelante.

4 Acerca de estos cambios en el panorama internacional, vid., *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, Bruylant, Bruselas, 1997.

5 Vid., J.L. MEILAN GIL, “La cláusula de progreso de los servicios públicos”, I.E.A., Madrid, 1968.

6 Vid., en general, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, F. MODERNE y G. MARCOU, eds., L'Harmattan, 2001, Paris.

7 El profesor ARIÑO considera que es inaceptable (es decir, en términos jurídicos y según su punto de vista, inconstitucional) que “se acepte todavía la tesis de que pueden declararse servicios públicos esenciales, y por tanto, reservarse al Estado actividades que constituyen en sí mismas derechos fundamentales o libertades públicas, o que son el soporte o presupuesto necesario para el ejercicio de éstas”. La contradicción fundamental residiría en que al ser los derechos y libertades de los ciudadanos “posibilidades de acción inherentes a la persona, anteriores al Estado y a la Ley (...) no pueden pues tales actividades serle atribuidas en exclusiva al Estado y luego concedidas más o menos graciosa y discrecionalmente por éste al ciudadano”.

Asimismo, y en segundo lugar, los compromisos constitucionales de atender a la efectividad de los “principios rectores de la política social y económica” justifican una intervención pública que necesariamente no tiene porque seguir el esquema del servicio público⁸. Y ello en cuanto, la tutela del interés público admite varias formas de intervención. Tradicionalmente, la técnica del servicio público habilita la acción pública mediante una *publicatio* previa que atribuye a la Administración la titularidad de la actividad e, incluso, -en función del grado de la *publicatio*- el ejercicio que, sí así se establece, puede delegarse mediante una concesión a un sujeto particular. El mismo objetivo puede alcanzarse, sin embargo, por medio de una regulación (*ordenatio*) de la actividad sometiéndola a un determinado régimen jurídico específico vinculado a la satisfacción del interés general.⁹

La contradicción esencial deriva además, aparte de este argumento de principio, del dato más práctico de la radical diferenciación entre el régimen jurídico propio de los servicios públicos - en general, dominado por fuertes cautelas, prerrogativas administrativas, vinculaciones y dependencias de todo tipo entre el desarrollo de la actividad y la Administración - y el regulador del ejercicio de los derechos fundamentales informado por el principio precisamente contrario, es decir, el de libertad. Es pues, cuando menos, un tanto difícil sostener que una actividad como la televisión o la enseñanza pueda ser ambas cosas -servicio público y contenido de un derecho fundamental- al mismo tiempo.

El TC admite, sin embargo, su compatibilidad. Desde sus inicios (así, en la STC 12/1982, de 31 de mayo, que inauguró una doctrina más tarde confirmada por las SsTC 79/1982, de 20 de diciembre, o 106/1986, de 24 de julio) ha afirmado la compatibilidad entre servicio público y derechos fundamentales, concluyendo en definitiva, como CHINCHILLA MARÍN, que: “El servicio público es una obligación que se impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de aquellas actividades que satisfacen las necesidades de la comunidad. Cuando esas necesidades se corresponden con los derechos fundamentales, el servicio público opera como una técnica de realización de los mismos”.

Lo que ocurre es que este tipo de afirmaciones juegan con el carácter anfibiológico del término servicio público. Puede compartirse si éste se utiliza en sentido lato, como equivalente a toda actividad administrativa. Mas si se utiliza en un sentido estricto -no equiparado a cualquier actividad administrativa, tal y como fue entendido por la Escuela de Burdeos (DUGUIT, JEZÉ)-, la compatibilidad resulta a nuestro juicio imposible dada la diferenciación e incluso la oposición de los regímenes jurídicos aplicables al servicio público, por un lado, y al ejercicio de los derechos fundamentales por otro, lo que hace imposible que una misma actividad se califique simultáneamente de servicio público y derecho fundamental, debiendo prevalecer, por ser una preferencia expresada en la propia CE, la segunda consideración.

8 Tradicionalmente en el derecho español la calificación de una actividad como servicio público se caracterizaba por:

1º) *Titularidad pública de la actividad* y, si no *de iure* sí *de facto*, el desenvolvimiento de la misma en régimen de monopolio en la mayoría de los casos.

Esta *publicatio* de la actividad se realizó, en un primer momento por medio de títulos de intervención anteriores y distintos del de servicio público, principalmente a través del de dominio público -caso del gas, del tendido telefónico, ... es decir, de todas aquellas actividades que, siendo de utilidad social, precisasen de una utilización especial, más intensa, de bienes de dominio público-, para realizarse en un momento posterior directamente a través de título de intervención administrativa “servicio público”.

La titularidad pública de la actividad no implica necesariamente que la gestión haya de ser realizada directamente por la Administración. Históricamente, en un determinado estadio de la evolución del Estado burgués, incluso la propia separación rígida entre Estado y sociedad, la propia concepción que en aquel momento se tenía de los fines y funciones del Estado, imponían esta gestión de los servicios públicos a través de un contratista privado interpuesto. Actualmente conviven ambas posibilidades: gestión directa por la Administración y gestión indirecta a través de las distintas fórmulas contempladas en el art. 156 TRLCAP: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

A la cuestión de si la declaración de la actividad como de servicio público impone su gestión, pública o privada, en régimen de monopolio, la doctrina y la jurisprudencia distan en este punto de ofrecer una solución unánime. Así, para ARINO, de un entendimiento coherente del concepto de servicio público se deriva necesariamente la exclusividad de la actividad a favor del Estado, de modo que sólo podrá ser desarrollada por los particulares en caso de concesión administrativa. Por el contrario, para MEILAN, el carácter monopolístico de determinados servicios públicos responde a sus propios condicionantes técnicos o naturales y no a una condición esencial al propio concepto de servicio público. Señala el autor que esta visión permite responder más fácilmente a los retos que el servicio público como técnica y concepto jurídico tiene actualmente planteados, y él mismo cita jurisprudencia encontrada, es decir, dos resoluciones que, referidas a un

En tercer lugar, la eficacia en el desarrollo de sus actividades -del mismo modo que la economía o eficiencia, son, además de exigencias constitucionales del gasto y de la Administración Pública (art. 31 y 103 CE),- el principal criterio legitimador de los poderes públicos en un Estado Social. Pese a ello, hay que reconocer que el examen de la eficacia de los servicios públicos prestados por las Administraciones Públicas españolas, directamente o a través de contratista interpuesto, a los ciudadanos ha arrojado una nota negativa, especialmente si se examina según el parámetro proporcionado por los Estados europeos más avanzados. A esta necesaria mejora no es ajeno, desde luego, el imprescindible cambio en la cultura administrativa que ha de suponer un correcto entendimiento de la ética pública conforme a principios y opciones explícitas en el texto constitucional.

Finalmente, la incidencia de la Unión Europea y de las libertades fundamentales que la orientan tienen su proyección en el servicio público¹⁰. A pesar de no referirse a ellos de una manera expresa, los principios inspiradores del ordenamiento comunitario son directamente opuestos a la concepción de servicio público como actividad ejercida en régimen de monopolio o, al menos, conforme a unas reglas exorbitantes de las que rigen la actividad económica en un mercado libre.

Con carácter general, y como sintetiza BELLOUBET-FRIER, el Derecho derivado comunitario afecta a las prestaciones de servicio público por medio de: 1º) la

mismo supuesto (conducción de cadáveres) y con las mismas razones, llegan a soluciones radicalmente opuestas: afirmación/negación del ejercicio de la actividad en régimen de monopolio por el concesionario frente a la competencia de otras empresas de pompas fúnebres.

2º) *Actividad desarrollada bajo un régimen de Derecho Público*. La actividad calificada de servicio público se ha de prestar en régimen de Derecho Público, es decir, observando una serie de exorbitancias respecto de la gestión empresarial ordinaria, que determinan toda una serie de prerrogativas de la Administración con relación a los gestores del servicio (potestad tarifaria, por ejemplo) o, en su caso, del servicio frente a los usuarios del mismo (caso de los ferrocarriles).

Estas exorbitancias son conocidas y, en general, comunes a los diferentes ordenamientos estatales. Sin ánimo exhaustivo, su régimen fiscal, laboral, procesal, interdictal, etc., presenta evidentes especialidades respecto del empresarial ordinario.

3º) *Actividad socialmente necesaria*. La de servicio público es una actividad administrativa - directa o mediata - de prestación de bienes o servicios necesarios, que satisfacen necesidades sociales (no del Estado o de la Administración en cuanto tal, en cuanto organización). Es precisamente este carácter necesario o indispensable lo que justifica la asunción estatal de la actividad y la que explica además la variabilidad histórica de las actividades en cada momento histórico calificadas como de servicio público.

4º) *Actividad de prestación regular y continua*. Los servicios públicos son actividades de prestación regular y continua. A partir de esta exigencia se construye en gran parte el régimen de derecho peculiar de los servicios públicos al que anteriormente he hecho referencia (especialmente con relación al ejercicio del derecho a la huelga, según la interpretación del Tribunal del concepto de servicios mínimos, de sobra conocida).

5º) *Al público*. Son actividades dirigidas a la utilidad del público en general. Esto sirve para delimitar los servicios públicos frente a otro tipo de actividades que no tienen como fin primordial este de prestación al público sino otros (caso de los monopolios fiscales), o también frente a los servicios prestados a la propia Administración. Este carácter de prestación al público se corresponde con un derecho abstracto de los usuarios a la prestación, derecho exigible judicialmente con relación a los servicios ya establecidos.

En conclusión, conforme a esta concepción tradicional, a los servicios públicos se les puede definir como una "*actividad de prestación regular y continua al público que satisface necesidades sociales, que es tutelada por la Administración y que puede ser prestada por ella directamente o a través de un contratista privado interpuesto, pero siempre conforme a un régimen de Derecho Público*".

9 Da cuenta detallada de las características y significado de ambos sistemas, J.L. VILLAR EZCURRA, *Derecho Administrativo Especial*, Civitas, Madrid, 1999, p.177-435

10 Vid., M. BAZEX, "L'appréhension des services publics par le droit communautaire", RFDA num.2, 1995, p.295 y ss. R. KOVAR "Droit communautaire et Service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée", Revue trimestrielle de Droit Européenne, num.2, 1996, p.215 y ss. Aunque con una visión sectorial, vid., H. MAISL y G. MARCOU, "Le service public et la construction communautaire", RFDA num.3, 1995, p. 449-461 y 462-503.

supresión de los derechos exclusivos a la producción y distribución, que pone fin a los monopolios naturales; 2º) la supresión de los derechos exclusivos a la importación y exportación, para alcanzar una liberalización total de los intercambios comunitarios; 3º) el hacer accesible el acceso a la red prestadora a todos los empresarios, sin favorecer a ningún prestador o productor concreto (*principio del common carrier*); y 4º) el principio de separación de funciones: es decir, de separación entre la regulación y la explotación directa y también entre la producción, el transporte y la distribución.

El artículo 86.2 (antiguo 90.2) del Tratado matiza el efecto de las reglas de la competencia a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general “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”¹¹.

Con ello, y dentro de un clima de ambigüedad, se introduce un nuevo concepto de “servicios de interés económico general” y a su amparo una nueva forma de entender la actividad garantizadora de determinadas prestaciones básicas por el Estado¹². Estas misiones de interés público son necesarias en la construcción de una Unión Europea más solidaria y preocupada por lograr una cohesión económica y social, lo que se deduce de la letra y del espíritu del Tratado¹³ y se confirma en el Tratado de Amsterdam¹⁴.

Todo ello conduce a un replanteamiento del servicio público y a cuestionarse su *decadencia o renovación*¹⁵. Y en este proceso de cambio debe plantearse el alcance y las consecuencias que para los ciudadanos y usuarios puede significar este proceso de redefinición del servicio público¹⁶, dado que los usuarios se encuentran en el corazón de las reformas¹⁷.

11 En palabras del TJCE “al permitir, con sujeción a determinados requisitos, algunas excepciones a las normas generales en el Tratado, el apartado 2 del art.90 pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y el mantenimiento de la unidad del mercado común”. Sentencia del TJCE de 19 de marzo de 1991, (As.C-202/88), *Francia c. Comisión*, apartado 12, Rec.1991 p.I-1223. Vid., ampliamente sobre la cuestión, SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

12 Vid., J.E. SORIANO GARCÍA, “Expropiación y competencia: coincidencias y diferencias. La ruptura retroactiva de contratos lícitamente celebrados”, RAP num.159, 2002, p.45-86, en especial pp.57-61.

13 Vid., C. STOFFAËS, “Services publics. Question d’avenir”, *Documentation Française*, Paris, 1995, p.256 y ss.

14 Así, el actual art.16 (antiguo art.7 D) del Tratado destaca el lugar que tales servicios “ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial”. Vid., también la Declaración num.13 aneja al Acta final. Sobre la incidencia del Tratado de Amsterdam en los servicios de interés general, vid., “La problemática de los servicios de interés general” en *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Dir. M. OREJA AGUIRRE, MacGraw-Hill, vol.I. Madrid, 1998, p.408-416. P. NIHOUL, “Les services d’intérêt général dans le Traité d’Amsterdam” en *Le Traité d’Amsterdam. Espoirs et déceptions*. Dir. YVES LEJEUVE, Bruylant, Bruselas, 1998, p.341-355. P. BAUBY y J.C. BOUAL, *Quelle modernisation*, cit., p. 331-332.

15 Vid., el Rapport Public de 1994 del Conseil D’Etat en el num.46 de *Etudes et Documents*. M.LONG, “Service public, services publics: déclin ou renouveau”, RFDA, num.3, 1995, p. 497 y ss.

16 Por ejemplo, en el momento de redactar este trabajo se está a la espera de que el TJCE se pronuncie en el asunto *Altmark* (As. C-280/00) sobre la posibilidad de que las compensaciones estatales por obligaciones de servicio público tengan la consideración de ayudas de Estado, reconsiderando su jurisprudencia anterior explicitada en el asunto *Ferring* (STJCE de 22.11.2001, Rec.2001, p.I-9067), tal y como le insta a hacerlo el Abogado General Léger en las conclusiones presentadas en el asunto mencionado.

17 Como señala P. WARIN: “Les usagers constituent par conséquent autre chose qu’un prisme reflétant les changements en cours. Ils deviennent aussi un enjeu fondamental dans la mesure où la réévaluation de leur place et de leur rôle conditionne en partie la redéfinition ou la reconquête de l’idée même de service public”. Vid., “Usagers et réformes des service public” en *Quelle modernisation des services publics*, La découverte, Paris, 1997, p.24. Como señala en otro trabajo este mismo autor “Si l’usager constitue un prétexte commode pour modifier l’organisation générale des service publics, au-delà cette transformation le concerne très directement comme citoyen, puisque c’est une des principales formes de la solidarité collective qui est en jeu”. Vid., “Les services publics: modernisation, découverte de l’usager et conversion libérale”, en *Quelle modernisation des services publics*, cit, p.100-101.

B. EL CIUDADANO COMO USUARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS:

a) Introducción:

El usuario es la razón de ser del servicio público. La existencia de necesidades públicas y de su cobertura está en la base de la categoría del servicio público, como se manifiesta en los grandes principios o leyes que lo rigen¹⁸. Estas necesidades sociales y su atención son las que han justificado la universalidad, igualdad, continuidad, mutabilidad o adaptación de cada servicio en concreto, sin que, por otra parte, pueda considerarse que el interés general se identifica absolutamente o satisface exclusivamente mediante el servicio público.

Pese a aquélla posición de principio -de que es el usuario quien justifica la existencia del servicio público- la visión que éste tiene de cada servicio en particular y la valoración que del mismo realiza no es, sin embargo, enteramente positiva¹⁹. Se cuestiona la deficiencia de las prestaciones, la incorporación tardía de innovaciones tecnológicas, que se carguen determinados servicios no solicitados o el alto coste al que se presta²⁰. Hay que tener en cuenta, también, que para el usuario o cliente del servicio presenta una mayor importancia la prestación que el elemento organizativo encargado en suministrarla²¹.

Al disfrute de estas prestaciones acude, además, amparado en el reconocimiento de determinados derechos básicos que le confieren normas constitucionales. Así, en el Derecho francés, a raíz de una decisión del Consejo Constitucional de junio de 1986 (*Décision Privatisations*) existen los “servicios públicos constitucionales” para hacer mención a aquellos servicios necesarios para el desarrollo de principios o reglas de valor constitucional y que, por ello, no pueden transferirse al sector privado²².

Ante esta diferente coyuntura se hace necesario examinar cómo queda en el nuevo servicio público la posición del usuario siendo preciso analizar de forma genérica la naturaleza de esta categoría novedosa.

18 Vid., el *Rapport public*, cit., p. 27. En términos similares se expresa la Comunicación “Los servicios de interés general en Europa” (96/C 281/03) al referirse a los servicios de interés general y su disposición “al servicio del conjunto de la sociedad y, por lo tanto, de todos los ciudadanos. Lo mismo sucede en la Comunidad con el servicio universal”. Cfr., su punto octavo.

19 Vid., el informe de la OCDE “La Administración al servicio del público”, publicado por el MAP, Madrid, 1991, 2ª edición, especialmente p.35

20 Como ejemplo de estas críticas, vid., la sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 1991, *Porto di Genova*, As. C-179/90, Rec. 1991, p.I-5889.

21 Vid., el documento de la OCDE *La Transformación de la gestión pública. Las reformas emprendidas en los países de la OCDE*, BOE, Madrid, 1997. En el resumen de las reformas emprendidas en la gestión pública de los países de la OCDE se dice: “prestar un servicio más abierto a las necesidades de los usuarios constituye un objetivo primordial de la reforma en todos los países. Se han realizado grandes progresos en el seno de las instituciones públicas a fin de afianzar más la idea de un servicio orientado hacia el usuario. Entre las iniciativas dirigidas a mejorar la accesibilidad y la transparencia, figuran una mejor información sobre los servicios y las vías de recurso disponibles, una mayor comodidad en los horarios de apertura y la disposición de los locales, así como un servicio mejor integrado, basado más específicamente en las necesidades de los clientes. Existe una creciente voluntad de lograr una participación más activa de los ciudadanos, permitiéndoles escoger en su condición de consumidores, y consultándoles sobre sus necesidades y sobre lo que piensan acerca de los servicios prestados” (p.107).

22 Vid., L. FAVOREU, “Service public et Constitution”, AJDA, num. especial, junio 1997, p.16-19. Respecto a la naturaleza de las prestaciones en Derecho español, vid., A. GARCÉS SANAGUSTIN, *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

a'). El nuevo servicio público:

El empuje de la libre competencia también se ha manifestado en los servicios públicos, propugnándose la apertura de éstos a aquélla con el fin último de mejorar la productividad y la eficacia social²³.

Ha sido la acción del Derecho comunitario quien más ha incidido en este proceso. Este Derecho ha obviado la expresión servicio público utilizando la categoría de servicios de interés económico general para hacer referencia a aquéllas actividades que satisfacen necesidades colectivas que es preciso prestar de forma universal y continua²⁴. Ello se debe a que la protección y desarrollo de la libre competencia encuentra en los servicios públicos su excepción. Excepción interpretada de forma estricta en un principio por el TJCE en cuanto la existencia de servicios públicos constituye una excepción a la regla general de la libre prestación de servicios y de limitación de las normas de competencia que prohíben el abuso de posición dominante²⁵.

Esta interpretación restrictiva se ha modificado en sentencias posteriores y más próximas en el tiempo -las conocidas *Courbeau* y *Commune D'Almelo*²⁶- donde se permite un mayor juego y una mayor amplitud de la cláusula de misión de interés general y se ha confirmado en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia que interpreta el art.90.2 (actual art.86.2) no sólo como excepción del Derecho de la competencia sino, incluso, y con sujeción a determinados requisitos²⁷, de las libertades fundamentales²⁸.

23 Este proceso de apertura de los mercados a la competencia también se ha manifestado en el ámbito de la contratación pública. Una muestra lo constituye la Ley 48/1998, de 30 de diciembre que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que incorporan al ordenamiento español las Directivas 93/38/CEE, de 14 de junio, y 92/13/CEE, de 25 de febrero.

24 En la Comunicación *Los servicios de interés general en Europa* (2001/CE 17/04, DOCE de 19 de marzo de 2001) se distinguen y explican las expresiones de "servicios de interés económico general", "servicio público" y "servicio universal". Como se indica en su punto 28: "La noción de servicio universal se basa en el interés de garantizar un servicio de calidad a un precio asequible para todos. Los criterios de servicio universal se basan en los principios de igualdad, universalidad, continuidad y adaptación así como en líneas de funcionamiento sanas: transparencia de gestión, de tarificación y financiación, y control a cargo de instancias distintas de los gestores. La totalidad de estos criterios no está siempre presente a nivel nacional, y su introducción en virtud del servicio universal europeo ha conducido a desarrollar los servicios de interés general". La noción de servicio universal es evolutiva y debe adaptarse a los cambios tecnológicos, a las nuevas exigencias de interés general y a las necesidades de los usuarios. Cfr., el punto 29 de la Declaración.

25 De la jurisprudencia recaída sobre el antiguo art.90.2 del TCE (previa al cambio interpretativo que se señala en el texto) debe destacarse la sentencia del TJCE de 19 de marzo de 1991, As.C-202/88, *Francia c. Comisión*, Rec.1991 p.I-1223 y de 10 de diciembre de 1991, As.C-179/90, *Porto di Génova*, Rec.1991 p.I-5889.

26 Sentencias del TJCE de 19 de mayo de 1993 y 27 de abril de 1994, Rec.1993 p.I-2553 y Rec.1994 p.I-1477, respectivamente. Vid., un comentario sobre la primera por A.WACHSMANN y F.BERROD, "Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Courbeau" en *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, 1994, p.39 y ss. En la doctrina española, A. JIMÉNEZ-BLANCO, "Servicio público, interés general, monopolio: recientes apuntes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", REDA num.84, 1994, p.600 y ss.

27 En este sentido, de la jurisprudencia del TJCE se recoge lo siguiente:

1. *Cumplimiento de la misión asignada.* Para que las normas del Tratado no sean aplicables a una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general en virtud del apartado segundo del artículo 90 del Tratado basta con que la aplicación de dichas normas impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de las obligaciones específicas de dicha empresa. No es necesario que la propia supervivencia de la empresa esté amenazada (punto 59). Basta con que a falta de los derechos controvertidos se impida el cumplimiento de las misiones específicas confiadas a la empresa, tal como están precisadas mediante las obligaciones de servicio público que recaen en ella (punto 95).

2. *Necesidad de un reconocimiento público.* Para poder considerar que una empresa está encargada de la gestión de un servicio de interés económico general en el sentido del apartado 2 del art.90 del Tratado es preciso que tal gestión le haya sido encomendada mediante un acto del poder público. No es necesario que se trate de un acto legislativo o reglamentario, admitiéndose que esa gestión se encomiende en virtud de una concesión de Derecho público (punto 66).

Se produce, por lo tanto, una reducción del ámbito cubierto por el servicio público. Las declaraciones de servicio público se limitan ahora a actividades o servicios específicos y puntuales, concretos, (servicios de base, sin incluir los de “valor añadido”) sin que aquélla declaración se proyecte genéricamente sobre todo un sector económico²⁹. Estos son, por lo tanto, servicios en los que la necesidad de atender a un interés público va a amparar la concesión de derechos exclusivos. Concesión que, en todo caso,

3. *Necesidad de una relación directa.* Para que las obligaciones impuestas a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés general pueda considerarse que forman parte de la misión específica confiada es preciso que tales obligaciones guarden relación con el objeto del servicio de interés general de que se trate y que tengan como objetivo directo contribuir a satisfacer este interés. No sucede así en el caso de obligaciones en materia de medio ambiente y de ordenación del territorio impuestas a empresas encargadas del suministro de electricidad y de gas al país, a menos que se trate de obligaciones que sean específicas de estas empresas y de sus actividades (puntos 68 y 69).

La explicación a esa necesidad de relación directa la aporta F.DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO. En su misma expresión, “no parece razonable fundar una excepción a la aplicación de las reglas de la competencia en obligaciones que se impongan por igual, tanto a empresas a las que se encarga la gestión de servicios de interés económico general, como a las que no tienen asignado ese cometido. Sólo si la obligación se impone por razón del servicio cabría fundar en la dificultad para su cumplimiento, una excepción a la aplicación de las reglas de la competencia. Sólo las obligaciones específicas pueden dar lugar a excepciones de la competencia, pues sólo éstas pueden verse dificultadas en su cumplimiento. Otros factores pueden impedirlo o dificultarlo, pero no el sometimiento a las normas sobre la competencia” (“Alcance y aplicación del art.90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria” REDA num.102, 1999, p.308).

4. *Onus probandi.* La carga de la prueba de los requisitos señalados en el art.90.2 recae en el Estado miembro que invoque esta disposición, si bien “esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que, al exponer de manera detallada las razones por las cuales considera que, en caso de suprimirse las medidas cuestionadas, se pondría en peligro el cumplimiento de las misiones de interés económico general en condiciones económicamente aceptables, el Estado vaya aún más lejos y demuestre de forma positiva que, en términos hipotéticos, ninguna otra medida imaginable permitiría garantizar el cumplimiento de dichas misiones en las mismas condiciones.

5. Las excepciones al derecho de la competencia propiciadas por la aplicación de este precepto pueden verse limitadas en cuanto “el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad” (cfr., art.90.3). La verificación de esa posibilidad corresponde a la Comisión, que es la encargada de “definir, bajo el control del Tribunal de Justicia, el interés de la Comunidad respecto al cual debe evaluarse el desarrollo de los intercambios” (punto 113). Por lo tanto, este interés de la Comunidad corresponde definirlo a la Comisión y no al Tribunal, quien se ciñe “a examinar la procedencia de los fundamentos jurídicos” que la Comisión pueda exponer. “No corresponde al Tribunal de Justicia, basándose en observaciones de carácter general (...), proceder a una apreciación, que implica necesariamente la valoración de elementos económicos, financieros y sociales, de los medios que un Estado miembro podría adoptar para garantizar el suministro de electricidad y de gas en el territorio nacional, la continuidad del abastecimiento y la igualdad de trato entre los clientes y abonados” (punto 106).

La existencia de una política común o de un marco normativo comunitario permite apreciar más nítidamente los caracteres de este interés comunitario. De no existir esta positivización legislativa en el derecho derivado la Comisión debe demostrar cómo “a falta de una política común en el ámbito de que se trata, habría sido posible un desarrollo de los intercambios directos entre productores y consumidores, paralelamente al de los intercambios entre grandes redes, sin la existencia de un derecho de acceso de dichos productores y consumidores a las redes de transporte y de distribución” (punto 115).

Un estudio de esta jurisprudencia y de las excepciones al Derecho comunitario de la competencia centrado especialmente en los servicios públicos se realiza en el *Rapport Public del Conseil d'Etat* de 1994, cit., p.38. Vid., también S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El Derecho comunitario ante el servicio público y la competencia”, *Gaceta Jurídica de la UE*, junio 1997, B-124, p.17-21. En el ámbito de los servicios locales, F. TROGER, *Service publics: faire ou déléguer?*, Unibert, Paris, 1995.

28 Vid., el apartado 32 de la sentencia Comisión c. Países Bajos, en el que se afirma: “De la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del art.90 (...), resulta que el apartado 2 puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, de los derechos exclusivos contrarios, en particular, al artículo 37 del Tratado, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad”. Cfr., Rec.p.I-5777. En el mismo sentido, apartado 49 de la sentencia Comisión c. Francia, Rec.p.I-5833 y Comisión c. Italia apartado 43, Rec. p.I-5806.

debe respetar el principio de proporcionalidad de forma que las limitaciones a la libre competencia se justifiquen en las necesidades que haya que atender³⁰.

Ha sido fundamentalmente en el ámbito de las telecomunicaciones donde se ha producido esta colisión entre servicio público y libre competencia, acuñándose la expresión de servicio universal, con un significado y contenido diferente al de servicio público. Por servicio universal se entiende el suelo o base mínima de las prestaciones que en cada caso se han de determinar concretamente su extensión por país y por sector³¹. Su prestación efectiva se deja en manos de operadores privados que, en un contexto de competencia y por libre iniciativa, intervienen en su satisfacción. Atender a estas prestaciones puede resultarle, sin embargo, imperativo para el caso de que se establezcan “obligaciones o cargas de servicio público”. En estos casos, el operador se ve obligado a prestar un concreto servicio o suministro que se considera indispensable desde la perspectiva del interés general.

Se trata, pues, de limitar la intervención del Estado que se considera un elemento distorsionador del progreso económico, lo que hace necesario que se tienda a “des-públicar” los servicios públicos tradicionales, devolviendo al mercado y a las empresas privadas la titularidad de estas actividades.

b') Caracteres del servicio universal:

La diferencia entre el servicio público, categoría tradicional de los ordenamientos francés y español, y el servicio universal propugnado por la Unión Europea se puede comprobar fácilmente a través del análisis de los caracteres propios de este “servicio universal”. Estos pueden sintetizarse en los siguientes:

1º) Desintegración vertical del sector y separación de actividades:

Deben separarse las actividades competitivas de las no competitivas, para ser prestadas las primeras en régimen de libre competencia y las segundas, sólo ellas, en régimen de servicio universal.

Asimismo, se deben separar las diferentes fases del negocio (lo cual ya depende de condicionantes físicos inherentes a cada actividad prestacional concreta). Así, se deben considerar separadamente la infraestructura o red (que pueden ser comunes a varios prestadores) y los servicios que se presten sobre o a través de esa red.

Los objetivos de esta separación o “*unbundling*” son, en primer lugar, la aplicación de regímenes jurídicos diferentes a las actividades competitivas y a las no competitivas; se persigue también, en segundo lugar, una mayor transparencia evitando, en especial, las subvenciones cruzadas o perecuación que dentro de los servicios públicos monopolizados se produce entre las actividades rentables y las no rentables.

29 La Constitución española ha consagrado un concepto de “servicio esencial” como justificante del establecimiento de limitaciones al derecho de huelga y como presupuesto de su reserva al sector público en régimen de monopolio. Vid., F. GARRIDO FALLA, “El concepto de servicio público en Derecho español”, RAP num.135, 1994, p.19-20.

30 Como señala T. DE LA QUADRA SALCEDO, “la liberalización no es el acta de defunción de los fines de interés público que el servicio público pretende conseguir; en realidad es otra forma de conseguir esos mismos fines en un contexto de competencia. La dificultad está en lograr que el afán de lucro que inspira la competencia en el mercado sea encauzado de forma que también se satisfagan las necesidades de interés general que justificaban el servicio público”. Vid., *Liberalización de las telecomunicaciones. Servicio público y Constitución Económica Europea*, CEC, Madrid, 1995, p.159

31 En este sentido, la Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994, define al servicio universal como un conjunto mínimo de servicios que con una calidad determinada deben ser prestados a todos los usuarios independientemente de su situación geográfica y, a la vista de las condiciones nacionales concretas, a precio asequible.

2º) Régimen jurídico de las actividades competitivas, basado en cuatro libertades:

a) Libertad de entrada: la apertura de la actividad a la iniciativa privada supone que cualquier operador pueda construir, explotar, comprar o vender las instalaciones necesarias para el desarrollo de la actividad.

b) Libertad de acceso al mercado (es decir, a la red): las redes físicas sobre las que se prestan muchas de estas actividades tienen las características de un monopolio natural, por lo que se impone la elaboración de un estatuto jurídico de las redes que garantice la posibilidad de acceso a las mismas en condiciones objetivas y no discriminatorias.

c) Formación competitiva de los precios (en oposición a la potestad tarifaria que la Administración posee todavía en relación con los servicios públicos concedidos). Los precios pueden ser diferentes dependiendo de los consumidores o de las zonas en que el servicio se preste (lo que rompe el tradicional principio de igualdad en el acceso a los servicios públicos).

d) Libertad de inversión (en oposición a la planificación administrativa), con la única limitación de que las nuevas inversiones no produzcan un encarecimiento del servicio en su conjunto.

3º) Régimen jurídico de las actividades no competitivas:

a) Instalación y gestión de las redes, que debe reunir ciertas características:

- Gestión autónoma, de acuerdo con criterios empresariales.
- Garantía de la libertad de acceso, en cuanto al estatuto jurídico de las redes.

b) Prestación del servicio universal: actividad de interés general a la que el mercado, por sí sólo, no daría respuesta. Las obligaciones de servicio universal se imponen a los operadores (a todos o sólo a alguno de ellos, normalmente el llamado “operador histórico”, decir, el antiguo prestador del servicio en régimen de monopolio) como prestaciones obligatorias para todos los ciudadanos y a precios “asequibles”.

La determinación de cuáles sean en concreto estas actividades es una cuestión histórica y contingente, si bien en cualquier caso debe englobar aquellas que han devenido indispensables para el funcionamiento de la vida social. En este punto, el servicio universal asume una de las líneas maestras del régimen jurídico tradicional del servicio público³².

Respecto a las actividades cubiertas por el servicio universal se va a producir una reglamentación detallada y específica con el fin de satisfacer las necesidades a cubrir. El servicio universal procura asegurar una *garantía* de determinadas prestaciones de servicio público definidas en torno a unos niveles mínimos de calidad para todo usuario y a un precio razonable, debiéndose precisar en cada sector su contenido.

Así considerado el servicio universal presenta importantes repercusiones en el plano de la prestación. Las prestaciones que se regularán en cada ley del servicio van a

32 Vid., sobre las mismas, G. ARIÑO ORTIZ, “El servicio público como alternativa”, REDA num.23, 1979, p.537 y ss. Lo que se produce, en definitiva, es una “crisis de la técnica, auge de la idea”, en expresión de L. MARTÍN REBOLLO, “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, RAP num.100-102, 1983, p.2471-2542, la expresión figura en la p.2506. Vid., también, M.Y. POULLET, “Service universel ou public dans la politique européenne” en *Vers un service public européen*, Ape, Paris, 1996, p.333 y ss.

ser de contenido concreto, básico -como, por ejemplo, asegurar el acceso a la red a todos los usuarios-, universales y garantizadas en su existencia y continuidad por el poder público. Supone, asimismo, un precio razonable o asumible.

Relacionado con lo anterior una cuestión a plantearse es si pueden los ciudadanos exigir judicialmente un servicio universal con un determinado contenido. Es sabido que las prestaciones que protege el servicio universal son de carácter básico debiéndose determinar en cada modalidad de servicio su extensión. Si se produce una reducción sustancial de estas prestaciones básicas -algunas de ellas encuadrables en los principios rectores de la política social y económica y, por tanto, no configurables como derechos judicialmente exigibles sino en los términos de su configuración legal- el ciudadano dispondría de escasas posibilidades jurídicas de exigir su aumento.

El servicio universal supone, pues, una revisión y modulación de una figura característica del Estado de bienestar lo que no ha dejado de provocar fuertes resistencias en algunos países -Francia en particular- para los que los servicios públicos, más allá de una mera opción organizativa, constituyen un elemento irrenunciable de su ordenamiento jurídico y de su modelo de sociedad.

Como manifestación jurídica de esta resistencia, el Consejo de Estado francés ha propuesto en su informe anual para 1994 retomar los caracteres tradicionales de los servicios públicos (igualdad, continuidad, universalidad) en cuanto que régimen de prestación de servicios y bienes independiente del mercado. Para el alto órgano consultivo y jurisdiccional francés, la noción comunitaria de "servicio universal" no es sino "*un servicio público mínimo en un entorno competitivo; sin duda poco para cumplir el papel de instrumento de cohesión social y de lucha contra la exclusión que se espera de los servicios públicos en su concepción francesa*"³³.

b). El ciudadano como usuario potencial:

En el Proyecto de Carta Europea de servicios públicos aparecen definidos los principios generales de funcionamiento que resultan aplicables al conjunto de los servicios públicos³⁴. Así se hace mención a la proporcionalidad (referida a la ponderación de las restricciones del Tratado y los objetivos perseguidos, lo que afecta a las declaraciones de servicios públicos), continuidad o mantenimiento sin interrupciones irregulares del servicio, igualdad de acceso o equidad, adaptación, universalidad, participación y calidad.

Desde la perspectiva del ciudadano interesan aquellos principios más conectados con los derechos de los usuarios y que se examinan a continuación.

33 Vid., en este sentido, LONG, "Service public, services publics: déclin ou renouveau?", en RFDA n°11/1995, pág. 497 y ss.

34 Vid., el texto traducido y anotado de J.A. GARCIA DE COCA, RAP, num.136, 1995, p.523-535. Sobre la relación entre estos principios y los tradicionales del servicio público sintetizados en las "leyes de ROLLAND", vid., D. TRUCHET, "Unité et diversité des 'grandes principes' du service public", AJDA num.especial, p.38-46. La existencia de estos principios proporciona una visión unitaria del servicio público superadora de la diversidad de servicios sectoriales y permite garantizar el funcionamiento de actividades indispensables al país y al progreso social. Pese al enriquecimiento de la lista de estos principios duda el autor que en el Derecho comunitario pueda sostenerse que todos los servicios públicos vayan a sujetarse a esos principios, lo que constituye uno de los puntos principales de fricción entre la concepción francesa del servicio público y la noción comunitaria de servicios de interés económico general (cfr., p.45). Renunciar a la continuidad, la igualdad y a la adaptación continua sería abandonar toda ambición de servicio público y constituiría una regresión inadmisibles (cfr., p.46).

a') El acceso al servicio:

Un mérito reconocido del servicio público ha sido su validez como instrumento de integración y cohesión social³⁵. Este valor se ha conseguido de forma principal por la aplicación del principio de igualdad junto con el de universalidad. Se trata de proporcionar prestaciones idénticas y de la forma más universal posible a todos los usuarios que tienen derecho a beneficiarse de las mismas. Ello supone poner a disposición de todos una serie de bienes y de servicios, sin discriminaciones en perjuicio de grupos social o geográficamente desfavorecidos³⁶.

El servicio público ha actuado, pues, como factor de redistribución y de cohesión social³⁷. Así, en el caso de los servicios públicos en red (postal, transportes, telecomunicaciones) permiten asegurar el acceso de todos a la misma, dando satisfacción a necesidades fundamentales en todo el territorio (de electricidad, agua, gas, teléfono), concibiéndose el sistema tarifario de tal forma que no entrañe un efecto de exclusión. Esta herencia de solidaridad es la que recibe el nuevo servicio público que también hace suyos estos principios pero donde es necesario confrontar su acción en las leyes reguladoras de cada servicio en concreto para determinar su operatividad real.

b') El coste de los servicios:

En relación con lo anterior, también cobra importancia el precio de los servicios, fundamentalmente de los de carácter industrial y comercial que, por definición, excluyen la gratuidad. Ha sido precisamente la razón económica una de las que ha cuestionado el tradicional servicio público. En él, se ha venido desarrollando una perecuación o compensación de costes entre prestaciones deficitarias y aquellas donde se obtenía beneficios y que actúa como una manifestación del principio de solidaridad³⁸.

35 Esta vinculación entre servicio público y cohesión social es especialmente subrayada por la doctrina francesa. El servicio público "constitue l'un des moteurs de la cohésion sociale" (cfr., B. STIRN, *La conception française du service public*, CJEG, 1993, p.299). Idea que también recoge el *Rapport R. Denoix de Saint Marc sur le service public* (La Documentation française, 1996, p.1), donde se señala que los franceses esperan de sus servicios públicos "une prestation de bonne qualité, fournie dans le respect des principes de continuité et d'égalité. Pareille exigence s'enracine dans l'idée que, par eux, les services publics sont fondement de la cohésion de la société". Lo mismo ocurre desde la perspectiva de ordenación del territorio que supone "une revalorisation du service public qui devient l'un de moyens essentiels d'assurer a chaque citoyen, l'égalité des chances sur l'ensemble du territoire". Vid., Y. MADIOT, "Service public et aménagement du territoire", AJDA num.especial, p.83-94, la cita es de la p.84. También C. BOITEAU, "Concept communautaire de service public et service publics locaux", RFDA, num.2, 1995, p.321. Asimismo, en el *Rapport Public de 1994 del Conseil d'Etat* se achaca al servicio universal la falta de ambición en la política de reducción de desigualdades y de prevención de la marginación social, cfr., p.124. No obstante, el Proyecto de Carta Europea de servicios públicos hace referencia a un "servicio público mínimo para todos que sea expresión de un derecho económico y social que prevenga la exclusión social o territorial".

36 De hecho el servicio público se justifica como un medio de lograr la "ciudadanía social de los europeos". Vid., ampliamente, S. GONZALEZ VARAS, *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, p. 436-438. Sobre las dificultades en la aplicación de este principio, vid., J. AFFICHARD, "Management public et traitement des usagers" en *Le service public? La voie moderne*, L'Harmattan, Paris, 1995, p.286 y ss.

37 Por todos, J. CHEVALLIER, *Regards sur...*, cit., p. 14. En la doctrina española MARTIN REBOLLO se refiere al auge del servicio público como vector de solidaridad, "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", RAP num.100-102, 1993, y T.R. FERNANDEZ, "Empresa pública y servicio público", REDA, num.89, 1996.

38 La importancia de la perecuación como medio de financiar las actividades no rentables y rentables es generalmente destacada. Por todos, vid., M. DEBENE y O. RAYMUNDIE, "Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification?", AJDA, número especial, p.189, donde se afirma que renunciar a la perecuación sería como renunciar al desarrollo de ciertas regiones desfavorecidas.

La introducción del servicio universal supone la reducción del nivel de prestaciones globales y, con ello, de la lógica interna compensatoria de costes del servicio.

Respecto de los bienes cubiertos por el servicio universal se plantea el problema de su financiación³⁹. Son varias las soluciones posibles, bien acudir a un sistema de precios de mercado que permita la rentabilidad a quienes lo proporcionan teniendo en cuenta el encarecimiento que supone la continuidad y la regularidad, o bien establecer un régimen de precios políticos subvencionando vía impuestos las diferencias de costes⁴⁰. Dicotomía entre precios e impuestos que, sin embargo, queda superada al ser preciso emplear ambas formas de financiación para cubrir los costes del servicio⁴¹.

c') La calidad y el mantenimiento de las prestaciones:

El mantenimiento de las prestaciones es la consecuencia inherente a su condición de servicios esenciales y por ello de indispensable cobertura. El acceso al servicio a un coste razonable implica necesariamente el disfrute de las prestaciones que éste ofrece en unas condiciones de regularidad (continuidad del servicio), de actualidad (adaptación a las necesidades de los usuarios e incorporación de los adelantos técnicos) y con unos niveles adecuados de calidad del servicio.

La preocupación por la calidad procura introducir una “mentalidad ‘de servicio para el consumidor’”⁴² y se manifiesta en el intento de alcanzar objetivos de mejora de los servicios -por ejemplo, reducción en el tiempo de espera de las prestaciones-, tanto de forma general como particular en cada servicio⁴³. Debe producirse una “búsqueda permanente de la mejor solución a las necesidades cambiantes y variadas de los usuarios y clientes”, por medio “de un esfuerzo constante tendente a mejorar las respuestas a las demandas de los usuarios”⁴⁴.

En este sentido, la Carta del ciudadano del Reino Unido (publicada en julio de 1991) procura mejorar el nivel de calidad en la prestación de los servicios públicos y hacerlos más abiertos a las necesidades de los ciudadanos. Así se definen los niveles de calidad en las prestaciones del servicio, los derechos de los ciudadanos (como por ejemplo, transparencia en la gestión, información clara y completa de los servicios, libertad de elección cuando sea factible, no discriminación (por ejemplo mediante la redacción de impresos en idiomas minoritarios), accesibilidad con horarios flexibles de apertura y puntos telefónicos de consulta, derecho a obtener explicaciones, etc. Esta Carta se ha

39 Vid., R. HERTZOG, “Le prix du service public”, AJDA, num. especial, p.55-68, también M. DEBINE y O. RAYMUNDI, *Sur le service universel...*, cit. p.190.

40 La tensión entre el precio y el servicio público trae causa del conflicto entre la ley económica y la voluntad política. El establecimiento del precio afecta de lleno al servicio público en su concepción política. Vid., R. HERTZOG, “Le prix du service public”, cit., p. 67.

41 La legislación española ha optado hasta el momento por establecer un sistema de fondos de compensación como medio de financiación de los servicios declarados de interés general. Hay que tener en cuenta que en el servicio público tradicional el reconocimiento de una potestad tarifaria de la Administración supone que ésta determine el precio o contrapartida económica que el usuario debe abonar por beneficiarse de estos servicios. En las actividades reguladas la Administración no determina el precio del servicio. Su papel consiste en establecer los conceptos o elementos del coste del servicio supervisando los precios que fijen -en función de aquellos parámetros- los operadores del sistema, que serán controlados por Comisiones establecidas en cada sector específico.

42 Cfr., el Proyecto de Carta de servicios públicos, cit.

43 Vid., la Carta del ciudadano del Reino Unido, o en Italia “Los principios acerca de la prestación de servicios” y en concreto los servicios escolares o los servicios públicos sanitarios. Se recogen estos textos en Documentos INAP, Madrid, 1995.

44 Cfr., el proyecto de Carta de Servicios públicos, cit.

completado con otras sectoriales referidas a diferentes ámbitos de los sectores públicos, entre las que se han publicado se encuentran las de los padres, los enfermos, los usuarios del transporte (ferrocarril, el metro de Londres), exámenes de conducción, áreas de servicio de autopistas, usuarios de las instituciones judiciales, incluyendo en este ámbito a las prisiones.

En igual sentido, la Carta del usuario de los servicios públicos de Bélgica de diciembre de 1992 identifica los principios que rigen los servicios públicos como son el de transparencia, flexibilidad, accesibilidad y seguridad jurídica.

En Portugal, la Ley 23/1996, de 26 de julio, establece algunos mecanismos destinados a proteger al usuario de servicios públicos esenciales. Tienen este carácter y, por ello, quedan afectados por la Ley los servicios de suministro de agua, de energía eléctrica, de gas y de teléfono. Los derechos que se reconocen al usuario se apoyan sobre la base que proporciona el principio general de que el prestador del servicio debe proceder de buena fe y “em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger”. En concreto, los principios son los de participación, información, de un nivel de calidad, de transparencia y de claridad en la facturación -prohibiéndose la imposición y cobro de consumos mínimos- y de garantías en el cobro y en la suspensión de la prestación del servicio. Estos derechos son irrenunciables y nulas, por lo tanto, las disposiciones que excluyan o limiten los derechos atribuidos a los usuarios por la presente Ley. El usuario puede optar, no obstante, por el mantenimiento del contrato cuando alguna de sus cláusulas sea nula.

d') La participación en su gestión:

Tradicionalmente, el usuario no ha tenido la posibilidad de intervenir en la organización del servicio al considerarse como una medida de orden interior no susceptible de recurso. Actualmente, sin embargo, se han abierto las posibilidades de recurso ante las medidas individuales susceptibles de afectar a la situación jurídica de los usuarios⁴⁵.

Así, en el proyecto de Carta de los servicios públicos se indica que “teniendo en cuenta el carácter de interés general que reviste el servicio público y el papel de colaboradores de los usuarios/clientes y de los agentes del servicio, parece eficaz asociarles con los poderes públicos en la definición de la misión de servicio público, modalidades de organización y gestión del servicio e incluso hasta en la propia gestión material del servicio”. Su operatividad supone el abandono del estatuto pasivo de simple consumidor o beneficiario de la prestación y el reconocimiento del usuario investido de un derecho a intervenir, mediante procesos de concertación en la determinación, programación y contenido de la prestación de los servicios. Y ello, no sólo desde una vertiente individual sino también en cuanto colectivo, permitiendo a las asociaciones de usuarios participar en la gestión de los servicios o en la definición de las misiones de servicio público, por ejemplo.

Ahora bien, la liberalización de los servicios sino se acompaña de una regulación que lo garantice puede repercutir en una reducción de estas posibilidades por la fragmentación que puede producirse de operadores encargados de atender las obligaciones de servicio público y de la dificultad en el acceso a los órganos directivos de las empresas a quienes se encomienda la gestión de estos servicios.

⁴⁵ En el Derecho francés, vid., R. SCHWARTZ, “Le pouvoir d’organisation du service”, AJDA num. especial, p.47-54, especialmente p.51-52.

c) La perspectiva del ciudadano como usuario individual :

Lo anteriormente tratado se refiere a la situación de los servicios públicos contemplados desde una perspectiva general *uti universi*; es decir, desde la visión del interés general de la colectividad y que indirectamente se relaciona con la situación de cada usuario particular al poder beneficiarse de los servicios creados⁴⁶.

Es también oportuno examinar la situación individualizada de cada usuario en relación con el servicio, *uti singuli*, tal y como resulta del proceso de redefinición de la categoría. Desde este plano -del particular- son varios los aspectos a tratar.

En primer lugar su posición jurídica. En la relación jurídica que se establece con el titular de cada servicio público va a ocupar una diferente posición jurídica siempre dentro de un esquema común de derechos en que se concreta el servicio público. Es decir, resumidamente, de ostentar la condición de usuario, no impidiéndole el acceso al servicio, a su utilización y disfrute, a que el servicio se preste en unas condiciones regulares y continuas, a que se le indemnice por los daños que se cause en su desarrollo y a que se le aplique una tarifa en la cuantía determinada reglamentariamente. Posición que se ve reforzada con el reconocimiento de determinados derechos constitucionales que le hacen ostentar un derecho subjetivo al disfrute de determinadas prestaciones, fundamentalmente de carácter social o asistencial.

En aquellos otros ámbitos no cubiertos por ese reconocimiento de derechos -en los servicios de naturaleza económica- la situación del usuario se determina o configura en la ley del servicio. Situación de naturaleza legal, definida de forma general pero en la que también se tienen en cuenta aspectos particularizados que impiden añadir el calificativo de impersonal a esta relación jurídica. Cumpliendo pues los requisitos establecidos normativamente tiene garantizado el derecho al servicio, a su uso y utilización⁴⁷.

El reconocimiento del derecho al servicio lleva aparejado el derecho a las prestaciones que de él se deriven. Es decir, la posibilidad de disfrute del conjunto de bienes o funcionamiento de los servicios que la ley hace objeto de ese servicio mínimo en las condiciones de calidad específicas. Prestaciones que deben figurar establecidas de forma detallada en la ley reguladora del servicio y cuyo suministro se impone necesariamente al operador privado mediante la técnica de las obligaciones o cargas de servicio público mediando la oportuna compensación económica. En este caso, el usuario puede contratar con el operador, además, otros servicios ya no cubiertos por la obligación o carga del servicio público.

La prestación obligatoria debe sujetarse a determinados estándares (de cantidad, calidad, lugar, tiempo y plazo) detalladas en la ley del servicio pues, de lo contrario, carece de un derecho de prestación en condiciones predeterminadas debilitando su posición jurídica.

46 Vid., P. ESCRIBANO COLLADO, "El usuario ante los servicios públicos: Precisiones acerca de su situación jurídica", RAP num.82, 1987, p. 113-152. También J.M^a. SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, cit., p.522-534

47 Vid., en la legislación española el artículo 18.1 de la LBRL donde se establece el derecho a "utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales conforme a las normas aplicables"; el artículo 128.1.2 del RSCL, que extiende la misma obligación respecto a los servicios prestados por los concesionarios. En la legislación histórica española, el Real-Decreto Ley de 12 de abril de 1924 -que declaró servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas- se establecía en su art. 2 que "a partir de la publicación de este Decreto, todas las empresas de distribución de energía eléctrica, agua y gas (...) quedan obligadas a efectuar el suministro a todo abonado que lo solicite, en tanto tenga medios técnicos para ello".

d) La relación operador-usuario:

Otra cuestión de indudable trascendencia es determinar y calificar el marco de relaciones que se van a establecer entre el operador obligado a la prestación de determinadas cargas de servicio público y el usuario.

La determinación jurídica de estas relaciones en el tradicional servicio público ha sido compleja⁴⁸.

De un lado, la ley reguladora del servicio establecía una posición jurídica legal y reglamentariamente fijada (estatutaria), mientras que la existencia de un vínculo contractual entre prestador del servicio -normalmente un concesionario- y el usuario era un elemento modulador del contenido de esa relación⁴⁹, planteándose la cuestión de la posible existencia de relaciones jurídico-administrativas entre particulares o de la necesidad de considerar que sólo son posibles estas relaciones si el concesionario es un delegado de la Administración⁵⁰.

Existe una controversia doctrinal a si el usuario de los servicios y el prestador de los mismos (no en el caso de gestión directa por la propia Administración) mantienen una relación equiparable íntegramente a una relación jurídico-privada entre un cliente y suministrador privado de servicios.

La concepción que tenga sobre la posición jurídica del usuario como jurídico público o privada va a condicionar la posible aplicación o no del régimen jurídico de protección general de los consumidores. El reconocimiento de una situación estatutaria rechazaría la aplicabilidad de esta regulación mientras que su identificación como relación privada supondría, precisamente, su plena recepción en este ámbito⁵¹.

La reducción del ámbito cubierto por los servicios público también incide en este ámbito y produce una ampliación de las técnicas de protección del Derecho del consumo. Este acercamiento conduce a una equiparación entre ambas figuras, el usuario del servicio público y el consumidor privado, cuya posición jurídica se protege al amparo del art.51 de la Constitución. En esta tutela de los usuarios, además del citado precepto constitucional, es de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios cuyo ámbito de aplicación incluye a los usuarios de servicios públicos. El apartado segundo de su artículo primero establece que “a los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas y jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”⁵².

48 Vid., J. PEMAN GAVIN, *Régimen jurídico del servicio de Correos*, INAP, Madrid, 1983, p.205-218

49 El relativismo que caracteriza al régimen jurídico general del servicio público hace que haya de examinar cada sector en concreto y ocurre que la situación del usuario del servicio puede ser simultáneamente -según el aspecto de la relación de que se trate- estatutaria y contractual. La realidad administrativa puede ofrecer, sin embargo, ejemplos de situaciones puras, es decir, totalmente reglamentarias o totalmente contractuales. Cfr., F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, cit., p.382

50 Vid., J. SALAS, “Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias”, REDA num.4, 1975, p.29-47, también E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, octava edición, Civitas, Madrid, 2002, p.34 y siguientes.

51 La Corte Costituzionale italiana ha llegado a imponer la asimilación del régimen jurídico aplicable a los usuarios de ciertos servicios públicos al de los clientes de los servicios que se prestan en el ámbito del libre mercado. Vid., L. MIGUEZ MACHO, cit., p. 131 y ss.

52 Sobre el ámbito de aplicación subjetivo de esta Ley, vid., J. ALFARO AGUILA-REAL, quien excluye una aplicación de esta ley cuando no exista una actuación en el mercado, de manera que no hay consumo frente a la Administración cuando ésta actúa sometida al Derecho administrativo. Cfr., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p.155 y ss.

Debe introducirse, sin embargo, un matiz a este acercamiento de posiciones jurídicas, toda vez que no puede establecerse una equivalencia jurídica absoluta entre la situación del usuario y el consumidor.

El usuario en un servicio público, aunque sea liberalizado, aparece protegido, por los menos en lo que respecta a la garantía en la debida prestación del servicio, por la acción de los poderes públicos quienes deben garantizar la realización efectiva del contenido de las prestaciones declaradas como de servicios públicos⁵³. La garantía de las prestaciones respecto a su mantenimiento, calidad, continuidad y progreso vienen dadas por su condición de servicio público, lo que refuerza la situación jurídica del usuario por encima de la del consumidor.

Actualmente, el régimen del servicio universal presenta novedades. El nuevo sistema emplea la técnica reguladora para garantizar servicios esenciales sin someterlos a *publicatio*. La reglamentación de actividades supone la preferencia del título autorizatorio cuya menor intensidad respecto a la concesión influye en la naturaleza que presenta el operador privado. La liberalización y reducción del servicio universal impone la conversión de antiguas relaciones de servicio público en una relación jurídico-privada. Será cuando se encomienden prestaciones obligatorias cuando se limite el poder de disposición sobre el servicio y se produzca una incidencia jurídico-pública entre el usuario y prestador de servicios siendo el contrato que en su caso se firme un instrumento necesario para el suministro o el acceso a las prestaciones pero cuyos elementos mínimos vendrán marcados en la ley reguladora del servicio.

Va a existir, pues, una regulación general que procura proteger al usuario mediante el establecimiento de un contenido contractual mínimo de Derecho necesario que se impone en las relaciones jurídico-privadas entre el prestador y el usuario. Lo que se produce, en definitiva, es un acercamiento del consumidor en general -que se protege controlando las condiciones generales de contratación- al usuario de los servicios públicos.

En los supuestos en que se hayan establecido unas cargas u obligaciones de servicio público la relación establecida se encuentra sujeta al Derecho privado aunque exista un encuadramiento de esta relación en cuanto la intervención pública impone determinadas obligaciones, por ejemplo la de suministrar el servicio con garantías de continuidad en la prestación, o la de seguir un cauce para su suspensión por falta de pago, etc., que tienen de público aspectos concretos que aparecen identificados en cada regulación sectorial donde se señalan las obligaciones de servicio público.

Estos aspectos públicos no son suficientes para convertir en jurídico-pública la relación que se establezca entre el operador y el usuario, si bien, sobre este fondo de Derecho privado, condicionan el contenido del contrato y matizan la autonomía de voluntad de las partes contratantes. Las reclamaciones que se produzcan por incumplimientos contractuales o por daños en la prestación del servicio se ventilarán ante la jurisdicción ordinaria, con independencia de que pueda existir un cauce de naturaleza pública para resolver determinados litigios que traigan causa de cuestiones amparadas en las obligaciones de servicio público y cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Paralelamente, esta limitación del espacio del servicio público supone que la relación especial de poder a la que se sujetaba el usuario se vea mermada también en su

53 Da cuenta de esta polémica, E. RIVERO YSERN, "La protección del usuario de los servicios público", RAP num.87, 1978, p.205 y ss. También L. MIGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios de los usuarios*, cit., p.127-137, quien concluye con que la situación jurídica del usuario de los servicios públicos presenta siempre rasgos jurídico públicos que la hacen sustancialmente diferente de la posición de los clientes de los servicios que se prestan en el ámbito del libre mercado (p.133).

extensión. En la parte afectada por esta declaración se encuentra bajo el poder organizativo del prestador quien actúa, con los límites de respeto de las condiciones de la obligación de servicio impuesta, y especialmente las de calidad. Por otra parte, también se produce una repercusión en la esfera de la responsabilidad al reducirse, por esa menor intervención pública, las posibilidades de exigir responsabilidades administrativas si se ocasionan daños como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, ahora reducidos en su extensión.

e) Confrontación con la realidad: la nueva regulación de determinados servicios públicos:

Establecidos de forma general los caracteres de la nueva situación del usuario ante el servicio universal es necesario confrontar lo expuesto con las leyes que regulan determinados servicios espigando en el contenido de la recientes regulaciones del sector eléctrico, telecomunicaciones y en el sector postal.

a'). La regulación del sector eléctrico:

a) Introducción:

El examen de la regulación jurídica del sector eléctrico evidencia su conexión con la categoría jurídica del servicio público. Incluso, puede afirmarse que este sector analizado desde su evolución normativa sirve para explicar todos los avatares que el servicio público ha experimentado desde su formación y el replanteamiento que de esta institución jurídica se produce en la actualidad, como muestran las disposiciones actualmente aplicables al sector eléctrico.

Justificar la estrecha relación entre sector eléctrico y servicio público, como se ha afirmado anteriormente, conduce a abordar un doble orden de cuestiones. Partiendo de los caracteres que definen al servicio público analizar, en primer lugar, el porqué de su aplicación al sector eléctrico y cuál es, en el estado actual del régimen jurídico de la electricidad, el lugar que ocupa el servicio público.

b) Sector eléctrico y servicio público tradicional:

Desde el comienzo de la explotación de la energía eléctrica en España la intervención reguladora de los poderes públicos ha recurrido a diferentes técnicas jurídicas que fundamentasen su actuar. La necesidad de la búsqueda de estos títulos que les atribuyen potestades de actuación surge al estar vigente en España el principio de la libertad de industria⁵⁴.

De la diversidad de títulos que se manejan -entre los que puede citarse el orden público, protección de la seguridad- uno es, en especial, cuyo empleo produce mayor juego. La naturaleza de dominio público de las vías por donde es necesario que transcurran las redes eléctricas, el tendido eléctrico necesario para su transporte o el aprovechamiento de las aguas de los ríos para la construcción de centrales hidroeléctricas precisa también de concesión demanial.

54 Tal y como se reconoce en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1813: "Todos los españoles, extranjeros y avecinados o que se avecinen en los pueblos de la monarquía, podrán libremente establecer las fábricas o artefactos de cualquier clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal de que se sujeten a las reglas de policía adoptadas o que se adopten para la salubridad de los pueblos. También podrán ejercer libremente cualquier industria u oficio útil sin necesidad de examen, título o incorporación a los gremios respectivos, cuyas ordenanzas se derogan en esta parte".

La necesidad de la industria eléctrica para desarrollarse de ocupar bienes de dominio público permitió que su titularidad se convirtiese en el cauce más adecuado para incidir no sólo en la protección de los bienes públicos afectados, sino también en las actividades que sobre ese espacio se desarrollaban que quedaban, de esta forma, sujetas al mismo régimen de control.

Se produce, pues, un *lien indivisible*, una vinculación no separable entre ocupación del dominio público y las actividades que en él se ejercían por requerir un asiento físico sobre el mismo. “Lo fundamental y casi exclusivo, para el ejercicio de estas nuevas industrias es la concesión de dominio público que permite el uso de los bienes públicos necesarios”⁵⁵.

Mediante la utilización expansiva de la concesión demanial es como comienzan a formarse las competencias estatales y las municipales, siendo paradigmático como muestra de asunción de competencias en el ámbito municipal el alumbrado de las poblaciones.

Una resolución del Consejo de Estado de 1859 declaraba:

“Las facultades que el artículo 72 de la Ley municipal otorgó a los ayuntamientos para todo lo relativo al alumbrado sólo se refieren, conforme se declaró en la Real Orden de 17 de abril de 1877, al alumbrado público..., puesto que los intereses cuya gestión y dirección se encomienda a aquellas corporaciones son las peculiares de los pueblos, no las particulares de sus habitantes”⁵⁶.

Unicamente se permitía una intervención municipal respecto del alumbrado público. Al amparo, sin embargo, de la canalización de la vía pública -que se concedía en exclusiva- la competencia de los ayuntamientos se extiende también al alumbrado de los particulares, al suministro de electricidad a los vecinos.

En este ámbito de las competencias municipales -fundamentales en esta nueva industria por ser en las ciudades donde se producía y consumía el grueso del suministro eléctrico- es donde se perfilan notas importantes que caracterizan al servicio público como título fundamental de intervención y, con ello, la intervención preferente de la Administración local, en detrimento de la estatal que empleaba otros títulos de intervención y control fundamentalmente al servicio de la seguridad de las explotaciones y la garantía del suministro y que irán perfilando un régimen de autorizaciones que se completará en los años treinta con la implantación definitiva de la autorización industrial que será precisa para desarrollar cualquier actividad en el sector⁵⁷.

La declaración formal de servicio público del sector eléctrico se producirá con el Real Decreto-Ley de 12 de abril de 1924. Son cuatro las razones que justifican tal declaración:

- Las necesidades de la vida moderna que aparecen comprometidas por el buen funcionamiento del servicio eléctrico.
- Las exigencias de la industria.
- Las deficiencias en la prestación de los servicios que han llegado a producir conflictos de orden público.
- La necesidad de ocupar terrenos de dominio público con las instalaciones.

55 Vid., MUÑOZ MACHADO, cit, p.13.

56 Recogida por MEILAN GIL, cit, p.152.

57 Vid., MUÑOZ MACHADO, cit, p.24.

Esta *publicatio* que en principio se realiza únicamente sobre la actividad de suministro va a significar una nueva legitimación de la intervención administrativa que venía desarrollándose en todas las fases, pero no va suponer un agravamiento de las condiciones de intervención⁵⁸, toda vez que el régimen que venía aplicándose a la producción, transporte y distribución de electricidad, permitía concluir que todas esas actividades se encontraban al margen de la libertad de iniciativa privada⁵⁹. Como expresa SALAS, la ventaja de tal declaración es que bastará “para justificar la ampliación y consolidación de las potestades administrativas, sin necesidad de buscar títulos más concretos”⁶⁰.

Esa declaración ha sido mantenida en vía reglamentaria por los sucesivos reglamentos de verificaciones eléctricas y leyes más recientes han reiterado esa declaración, incluso de forma más acusada que el precedente RD-Ley de 1924. Así, la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, de explotación unificada del sistema eléctrico, declara de servicio público la explotación unificada a través de las redes de alta tensión. La finalidad que persigue es la de “superar los criterios individuales de las empresas en la explotación del sistema eléctrico, con criterios de optimización legal” nacionalizándose la red de alta tensión como medio para conseguirlo.

Esta declaración, sin embargo, afectaba únicamente a la explotación unificada del servicio público, sin extenderse a la producción, transporte y la distribución. Actividades sujetas a autorización y que se encontraban bajo el principio de la libertad de empresa y no para gestionar un servicio de titularidad administrativa.

Sin embargo, esta declaración de servicio público presentaba unas notas llamativas. La calificación de servicio público se centra en el suministro de electricidad y no se asume la titularidad de la actividad ni se emplea la técnica concesional como instrumento que habilite a los particulares para gestionar el servicio. Pero, y respecto a la explotación unificada la intervención pública se hace tan intensa que llega a cuestionar las virtualidades del principio de libertad de empresa que respalda el artículo 38 de la Constitución⁶¹. El resultado final era el de limitar considerablemente la libre competencia en el sistema eléctrico español.

Este caminar legislativo ha continuado con la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del sistema eléctrico nacional, antecedente inmediato del régimen actual y que regula de una forma general y sistemática el sector eléctrico⁶². Esta Ley se justifica por perseguir “la consolidación de los principios básicos de regulación que han ido delimitando la normativa eléctrica -obligación de suministro, planificación conjunta de las necesidades de capacidad a largo plazo, tarifa única y explotación unificada- y el perfeccionamiento de determinados aspectos de ordenación como el sistema de retribución de las empresas eléctricas y el proceso de integración de la energía eléctrica”.

Se ha mantenido la calificación de servicio público y así el artículo 2 en su párrafo primero establece que “las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica desarrolladas en el sistema integrado constituyen un servicio público que se extiende a la garantía del suministro que dicho sistema presta en favor de los usuarios que en el territorio nacional utilicen energía del sistema independiente”, añadiendo su artículo

58 Vid., MUÑOZ MACHADO, cit p.29

59 Vid., SALAS, cit, p. 35 y 36

60 Vid., SALAS, cit, p.33.

61 Vid., MUCHOZ MACHADO, cit, p. 52 y 53.

62 Así, en su exposición de motivos se califica a la Ley como una “norma compiladora, ordenadora y sistematizadora de la legislación y de la normativa vigente, que modifica, reforma e innova de acuerdo con criterios de razonable y necesaria convergencia con las iniciativas comunitarias y con el paralelo desarrollo de otras reformas legales en sectores eléctricos de diferentes países comunitarios”.

tercero que “la explotación unificada del sistema eléctrico es un servicio público esencial de titularidad estatal que tiene por objeto la optimización del conjunto de actividades de producción y transporte realizadas en el ámbito del sistema integrado”.

Como se aprecia el servicio público, tal y como determina la Ley, únicamente comprende la actividad de suministro -y no las de producción, transporte y distribución, necesarias para que aquella se lleve a cabo- y a las de explotación unificada, sin que entre las mismas exista alguna conexión sino, más bien, señaladas diferencias. Así, por ejemplo, en el caso de esta última se advierte que se trata de un servicio público de titularidad estatal cuya gestión se atribuye a una sociedad mercantil en cuyo control será mayoritaria la participación pública, directa o indirecta. Diferente es para el suministro, cuya titularidad, no se atribuye a ninguna Administración pública y donde “se reconoce la libre iniciativa de las empresas para el ejercicio de las actividades sometidas al régimen establecido de acuerdo con la presente Ley” (art.2.2).

Estas declaraciones se mueven en un ámbito diferente al que establece la regulación del Derecho comunitario y, en especial, respecto a la libre competencia que aquél -el ordenamiento jurídico comunitario- protege de una forma especial.

Se produce, además, una alteración de aquellos presupuestos políticos, sociales y económicos que justificaron las declaraciones de servicio público y se cuestiona la vigencia de éstas. Todo ello, no de una forma aislada en un sector concreto, sino englobado en un contexto más amplio, de apertura de los servicios públicos a la competencia y de liberalización de los sectores así declarados (de servicio público) que lleva a un replanteamiento del tradicional servicio público y a hablar de un nuevo servicio público.

c) Sector eléctrico y nuevo servicio público:

La introducción en general de la libre competencia en los servicios públicos va a presentar importantes consecuencias en el servicio público eléctrico, toda vez que comienzan a introducirse en la regulación del sector aspectos que favorezcan la concurrencia. No obstante, y en un primer momento, en la LOSEN de 1994, todavía es muy limitada la apertura a la competencia.

En el preámbulo de la Ley se declara que “introduce elementos de concurrencia y competitividad en la implantación de nuevas instalaciones eléctricas y crea el sistema independiente”, a lo que debe sumarse la introducción de la figura del comercializador y la posibilidad de acceso a las redes eléctricas por parte de terceros interesados.

La regulación actual se contiene en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de regulación del sector eléctrico. Esta Ley tiene unos claros antecedentes inmediatos. Uno es el Protocolo de 1996, firmado por el Ministerio de Industria y Energía y las principales industrias eléctricas para el establecimiento de una nueva regulación del sistema eléctrico nacional y la aprobación de la Directiva 96/92/CE (del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para el mercado interior de la publicidad), además de la Ley anterior cuya corta aplicación hace que se mantengan en vigor determinados preceptos no incompatibles con esta regulación.

A continuación se va a realizar un examen rápido del sistema implantado por esta Ley, ciñéndose en los caracteres generales de la regulación que se establece y concluir con una referencia a la superación de la tradicional declaración de servicio público.

a. La separación de actividades:

Como se explica en el preámbulo de la Ley⁶³, la regulación específica de las diferentes actividades que integran el suministro de energía eléctrica y la separación inclu-

63 Art.14 de la Ley de 1984 y mantenida sustancialmente en la Ley actual.

so societaria de algunas actividades se realiza “siempre con el objetivo de hacer transparentes los recursos consumidos y las rentas generadas en las diferentes fases del suministro para contribuir a la mayor eficacia de la función reguladora del Estado y a la más equilibrada gestión empresarial de los negocios implicados. Todo ello debe favorecer un desarrollo armónico y eficiente del sector eléctrico español en el que los incentivos a la eficiencia de la función empresarial encuentren en la señales del mercado sus fundamentos esenciales”.

- Se exige la separación societaria de las actividades de producción y de distribución. En el caso de que alguna empresa desarrolle también funciones de transporte debe proceder a la separación contable y de gestión de esta última.

- Las actividades jurídicamente separadas pueden ser ejercidas por sociedades integradas en un único grupo de empresas. En este caso, sólo una de ellas puede desarrollarlas directamente, las demás deberán incorporarse a la actividad del grupo mediante la simple participación o tenencia de acciones o participaciones en las otras sociedades.

- Es necesaria la autorización de la Comisión del Sistema Eléctrico de las transacciones entre sociedades del mismo grupo cuando afecten a una sociedad que desarrolle actividades eléctricas. También debe aprobar las participaciones de sociedades eléctricas en cualquier otra entidad que realice actividades de carácter mercantil. Esta autorización se otorgará teniendo en cuenta “la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley”⁶⁴. El objetivo que persigue esta separación de actividades e incluso también de las sociedades que las desarrollen es la autonomía de sus negocios eléctricos respecto a otros que pueden llevar a cabo y que, en última instancia puedan condicionar las decisiones que adopten estas sociedades. Se trata, pues, de buscar la especialidad de su objeto societario y la independencia en la gestión del mismo⁶⁵.

b. Las actividades reguladas:

1. La producción de energía eléctrica:

La actividad de construcción, explotación y modificación sustancial de las instalaciones de producción energética se encuentra sujeta a un régimen de autorización administrativa que, aunque de carácter reglado, incluye una valoración por la Administración de la eficiencia energética, técnica y de seguridad de las instalaciones propuestas, sus condiciones de emplazamiento, de protección del medio ambiente y la capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto. Una vez autorizadas estas instalaciones deben inscribirse en el registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica.

Los titulares de instalaciones de producción y por cada una de ellas -siempre que superen unos niveles de potencia determinados (hasta 50MW)- deben por exigencia de la Ley intervenir en el mercado efectuando ofertas económicas de venta de energía a través del operador del mercado. Se parte de aquella cuya oferta haya sido la más barata hasta igualar la demanda de energía en ese período de programación⁶⁶.

64 Vid., la DT quinta de que la separación de actividades y su ejercicio por sociedades mercantiles diferentes se efectuará mediante RD aprobado por el Gobierno antes del 31 de diciembre del año 2000.

65 No obstante, y como señala MUÑOZ MACHADO, bajo la apariencia jurídica de separación el riesgo que existe es un control sobre la propiedad, pues, es posible que sociedades distintas sean controladas por un mismo paquete accionario dominante y que tal dominio se muestre en las Juntas Generales y en los Consejos de Administración (vid., p.169).

66 Vid., el art.23.3, y ello, sin perjuicio de las posibles restricciones técnicas de la red o del sistema.

También se establece cuándo pueden entrar en funcionamiento cada una de las unidades de producción. Este orden puede sufrir alteraciones para favorecer el funcionamiento de las unidades de producción que empleen fuentes de energía o combustible autóctono.

2. Las actividades de transporte:

En el caso de las instalaciones de transporte el régimen es similar al anterior, con la posibilidad de que las autorizaciones sean otorgadas por un procedimiento que asegure la concurrencia. Se entiende que la red de transporte se constituye por las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos por tensiones iguales o superiores a 220Kw, y aquellas otras instalaciones cualquiera que sea su tensión que cumplan funciones de transporte o de interconexión internacional y, en su caso, las interconexiones con los sistemas eléctricos españoles insular y extrapeninsulares (art.35.1).

La propiedad de las redes -como indica el preámbulo de la Ley- no garantiza su uso exclusivo. El acceso a las redes se regula en el artículo 38 donde se preceptúa que “las instalaciones de transporte podrán ser utilizadas por los sujetos y consumidores cualificados y por aquellos sujetos no nacionales autorizados” y que el “gestor de la red de transporte sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá ser motivada. La falta de capacidad necesaria sólo podrá justificarse por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros”. Los conflictos que pueda originar el acceso a la red serán resueltos por la Comisión del Sistema Eléctrico y el precio por el uso de las redes -el peaje- será fijado por el Gobierno.

3. Su distribución:

En términos similares a los anteriores también se reglamenta la instalaciones de distribución. Una novedad es que la Ley permite que los productores y los consumidores cualificados pueden solicitar autorización administrativa para la percepción de líneas directas de transporte o distribución quedando su uso excluido del régimen retributivo que la Ley establece para las actividades de transporte y distribución.

c. La organización del mercado:

Con la finalidad de favorecer la libre competencia en el sector se introduce un nuevo sistema de organización del mercado que corresponde a tres entidades básicas: gestor de la red de transporte, operador del mercado y operador del sistema.

- Gestor de la red de transporte (art.35.2 y 38.2). A él se le atribuyen la responsabilidad del desarrollo y ampliación de la red de transporte, debiendo asegurar, asimismo, su mantenimiento y mejora. Controla, igualmente, el acceso a la red en los términos antes vistos. Controla, igualmente, el acceso a la red en los términos antes vistos. Esta función desde 1994 la desempeña actualmente Red Eléctrica Española (REDESA)⁶⁷.

- Operador del mercado. Es el responsable de la gestión económica del sistema (art.33) debiendo actuar con transparencia y objetividad. Se le encarga la gestión de las ofertas de compra y venta de energía ejecutando el sistema de adquisiciones y transmisiones que establece la Ley. El operador del mercado debe ser una sociedad mercantil de cuyo accionariado puede formar parte cualquier sujeto que realice actividades en el sector eléctrico y también los consumidores cualificados, si bien con limitaciones en el nivel de participación de su accionariado⁶⁸.

67 Vid., la Disposición Transitoria novena.

68 Vid., el art.33.1

- Operador del sistema. Es el responsable de la gestión técnica del sistema (art.34) y, por ello, debe asegurar “la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y de transporte”. Sus funciones se concretan en el artículo 34.2, y todas ellas se relacionan con la garantía de abastecimiento de electricidad y la explotación en condiciones óptimas de las instalaciones eléctricas en general.

La sociedad mercantil responsable de actuar como operador del sistema debe cumplir semejantes requisitos que los explicados para el operador del mercado.

c. La ausencia de declaración de servicio público:

En esta Ley se produce el tránsito de considerar el sector eléctrico como servicio público a ser una actividad económica regulada donde ya no se hace necesario esta calificación siendo el título jurídico de intervención de naturaleza policial.

Se produce, pues, el fin de esta declaración antigua en nuestro Derecho. En el artículo segundo de la Ley se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica. Estas actividades -añade este precepto- se ejercerán garantizando el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de servicio universal.

Como se explica en su exposición de motivos:

“A diferencia de regulaciones anteriores, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresada garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional (...).

Se configura un sistema eléctrico que funcionará bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, en el que la libre iniciativa empresarial adquirirá el protagonismo que le corresponde. Todo ello sin perjuicio de la necesaria regulación propia de la características de este sector, entre las que destacan la necesidad de coordinación económica y técnica de su funcionamiento”.

Los objetivos tradicionales que perseguía la declaración de servicio público se mantienen en cuanto a su formulación; esto es, el objetivo de garantizar el suministro eléctrico, la calidad del mismo y al menor coste posible, mantienen su vigencia, si bien van a intentar lograrse mediante una regulación del sector, sin acudir al instituto del servicio público.

La función de regulación la va a llevar a cabo tanto la Administración General del Estado como la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (art.6), ejemplo de Administración independiente, cuyo objeto principal es el de “velar por la competencia efectiva en el sector eléctrico y por la objetividad y transparencia y funcionamiento en beneficio de todos los sujetos que operan en el sistema y de los consumidores” (art.8.7).

El examen del nuevo régimen jurídico matiza, sin embargo, el alcance de esta falta de declaración pues aquella calificación nunca le acompañaron los efectos jurídicos inherentes, como se ha visto, la titularidad no se desplazaba a la Administración, ni las empresas que intervenían en el sector lo hacían en condición de beneficiarios de una concesión de la Administración titular.

La trascendencia más importante, sin embargo, se desarrolla en el ámbito de la explotación unificada, cuyas funciones las desarrollaba directamente el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y que a partir de esta Ley se ejercerá por dos sociedades mercantiles privadas encargadas cada una respectivamente de la gestión económica y técnica del sistema -operador del mercado y operador del sistema, respectivamente-. La participación accionarial en estas sociedades se limita para impedir que determinadas concentraciones de capital condicionasen la competencia del sector.

No cabe duda que la introducción de la competencia en el servicio público eléctrico -trasfondo de la regulación actual- presenta un alcance todavía limitado, como se explica a continuación.

- El acceso al mercado no se encuentra plenamente liberalizado. En la Ley se determinan los sujetos que están en condiciones de acceder (art.9) siendo necesaria, además, una autorización administrativa previa y una inscripción registral.

- La liberalización afecta únicamente a los grandes consumidores -consumidores cualificados, en expresión de la Ley- determinándose por el Gobierno los volúmenes de consumo anual para ostentar tal condición. Ello hace que para el resto de consumidores perviva el régimen tarifario⁶⁹. Las tarifas que deberán ser satisfechas por los consumidores del suministro eléctrico, excepto los acogidos a la condición de cualificados serán únicas en todo el territorio nacional, sin perjuicio de sus especialidades. La cuantía de lo que cada usuario debe abonar por su consumo no va ser negociado sino que se determina anticipadamente incluyendo los costes de cada uno de los sujetos que intervienen y los que generan las subvenciones a otros sectores complementarios como el carbón y otras compensaciones derivadas de regulaciones anteriores y que han generado unas expectativas económicas que es necesario respetar⁷⁰.

Pero existen, además, otras dificultades para la entera liberalización del sector. Pueden citarse como ejemplos los costes de transición a la competencia (DT 6) o determinadas rigideces estructurales de compleja superación.

- Los costes de transición a la competencia. Aquellas empresas titulares de instalaciones de producción eléctrica que se acogieran al marco estable y, por tanto, al régimen aplicable por el RD 1538/1987, de 11 de diciembre, sobre la determinación de la tarifa de las empresas gestoras del servicio público, se les reconoce una retribución fija, expresada en pesetas por Kw como forma de compensar “la diferencia entre los ingresos medios obtenidos por estas empresas a través de la tarifa eléctrica y la retribución reconocida para la producción en el artículo 16.1 de la presente Ley”. Estos costes se repercuten a los consumidores en la tarifa como costes permanentes del sistema. También y de la misma forma, los incentivos que se establecen al consumo del carbón nacional.

- Como muestra de rigidez para la competencia puede citarse la que resulta de la diferencia de las distintas fuentes de producción de la energía, toda vez que los costes que se originen varían sensiblemente en función de la fuente primaria que se emplee. La energía resultante de aprovechamientos hidráulicos es más barata que la térmica o nuclear. La consecuencia es que aquellas empresas que cuenten con más concesiones de aprovechamientos de esta naturaleza parten con una situación más ventajosa⁷¹.

- Debe destacarse la figura del comercializador como impulsor de la competencia y dinamizador del mercado (ceñido de momento al suministro de electricidad a los consumidores cualificados). Pero para que pueda negociar en el mercado con possibili-

69 Vid., art.17.

70 Vid., el artículo 16 de la Ley.

71 Vid., MUÑOZ MACHADO, p.150.

dades de alterar los precios precisa que no tenga que competir directamente con empresas vinculadas a productores que puedan llegar a ocupar una posición dominante en el mercado y, por otra parte, facilitar sus posibilidades de adquisición de energía cuya procedencia sea comunitaria.

Desde la perspectiva de la prestación dos son las cuestiones a destacar: el reconocimiento de un servicio universal y la vigencia actualizada de la cláusula de progreso.

Así, de un lado, en el artículo décimo de la Ley se reconoce el derecho de todos los consumidores al suministro de energía eléctrica en el territorio nacional, si bien en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan⁷². De otro, y respecto a la cláusula de progreso, se impone que las empresas eléctricas y, en particular, las distribuidoras y comercializadoras promoverán la incorporación de tecnologías avanzadas en la medición y para el control de la calidad del suministro eléctrico⁷³.

En el art.45 de la Ley al hacer referencia a las obligaciones y derechos de las empresas distribuidoras y comercializadoras en relación al suministro se incluyen condiciones de adecuada prestación y calidad del servicio que benefician al usuario⁷⁴. Se regula, asimismo, en el art.50, la suspensión del suministro que únicamente podrá realizarse “cuando conste dicha posibilidad en el contrato de suministro que nunca podrá invocar problemas de orden técnico o económico que lo dificulten, o por causa de fuerza mayor o situaciones de las que se pueda derivar amenaza cierta para la seguridad de las personas o las cosas”. También se adelanta un procedimiento en los casos de falta de pago donde reglamentariamente podrán determinarse las condiciones en las que se suspenda el suministro de energía eléctrica “a los consumidores privados a tarifa cuando hayan transcurrido al menos dos meses desde que les hubiera sido requerido fehacientemente el pago, sin que el mismo se hubiera hecho efectivo”⁷⁵.

b. El sector de las telecomunicaciones:

El desarrollo tecnológico y económico hizo quebrar el modelo tradicional de servicio público que caracterizaba al sector de las telecomunicaciones. La reducción del coste de las redes y sistemas de telecomunicaciones permitió la aparición de nuevos agentes en el sector, al tiempo que la demanda por parte de los usuarios de la aplicación de los avances tecnológicos que se estaban produciendo en el sector no podían ser atendidos debidamente por los operadores existentes⁷⁶.

En este contexto se produce una liberalización del sector de las telecomunicaciones propiciado por la Unión Europea -que da forma al actual ordenamiento español- y que, como se ha visto, supone un nuevo entendimiento de la categoría del servicio público. Al amparo de este cambio de paradigma es oportuno plantearse el tratamiento que esta nueva regulación realiza de los usuarios⁷⁷.

72 Vid., art.10.

73 Vid., art.48.

74 Al igual que en el art.51.

75 Vid., art.50.3

76 Cfr., P. LLANEZA GONZÁLEZ, *Telecomunicaciones. Régimen general y evaluación normativa*, Aranzadi, 1998, p.39. Vid., ampliamente, G. ARIÑO, J.M. DE LA CUÉTARA, L. AGUILERA, *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p.103 y ss.

77 Vid., en general, además de las obras anteriormente citadas, J.F. MERINO MERCHÁN y M. PÉREZ-UGENA COROMINA (Coord.), *Régimen de las telecomunicaciones*, Tecnos, Madrid, 1998 y, en especial desde la perspectiva de este trabajo G. ARIÑO ORTIZ, “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones” p.757-776. J. CREMADES (Coord), *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997. A. ARPÓN DE MENDÍVIL ALDUMA y A. CARRASCO PERERA (Dir), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, 1999, en especial p.603-692. S. MUÑOZ MACHADO,

La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones se enmarca en el contexto del nuevo servicio público. En este sentido se produce una liberalización de este sector procurando sin embargo como una finalidad esencial la de “garantizar a todos un servicio básico a precio asequible, el denominado servicio universal”. Este sector se va a desarrollar ahora en un marco de competencia aunque reservando a la Administración “facultades suficientes para garantizar que la libre competencia no se produzca en detrimento del derecho de los ciudadanos al acceso a los servicios básicos, permitiendo a aquélla actuar en el sector, con el fin de facilitar la cohesión social y territorial”.

Se define un servicio universal que garantiza una prestación mínima a los usuarios, a aquellos “sujetos, incluidas las personas físicas y jurídicas que utilizan o solicitan los servicios de telecomunicaciones disponibles para el público”⁷⁸ y cuya prestación obligatoria puede imponerse a alguno de los operadores del sector.

La Ley muestra una preocupación por la defensa de los intereses de los usuarios. Dentro de los objetivos de la Ley se incluyen el de “defender los intereses de los usuarios asegurando un derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones, en adecuadas condiciones de calidad y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el del respeto de los derechos al honor, a la intimidad y al secreto de las telecomunicaciones y el de la protección a la juventud y a la infancia. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de estos derechos”⁷⁹.

En el Título III se establecen unas obligaciones de servicio público para garantizar la protección del interés general en un mercado liberalizado (art.2.). Así, el artículo 35 delimita las obligaciones de servicio público, detallándose en el artículo 37 -aunque a falta de un desarrollo reglamentario- el contenido del servicio universal, que puede ser exigido por los usuarios y cuya falta por el operador supone la comisión de una infracción grave o muy grave. Se establece, en definitiva, un derecho de acceso a estos servicios cuyo contenido en su vertiente mínima -también de calidad (art.79.1)- se asegura mediante la técnica de las obligaciones de servicio universal, estableciendo un sistema de compensación del coste de aquéllas.

Asimismo, el art.54.2 establece -dentro de los derechos de los usuarios- que las normas básicas de utilización de los servicios de telecomunicaciones accesibles al público en general y que determinarán los derechos de los usuarios se aprobará por reglamento que, entre otros extremos, regulará: la responsabilidad por los daños que se les produzcan; los derechos de información de los usuarios; los plazos para la modificación de las ofertas; los derechos de desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario; y el derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio.

Por su parte, el RD 1736/1998, de 31 de julio, que desarrolla el Título III de la Ley dedica su Título IV a los derechos de los usuarios. Sin perjuicio de los que con un carácter general establece la Ley para la defensa de consumidores y usuarios, los derechos de los usuarios que, descriptivamente expuestos, son los siguientes:

- Al uso de los servicios de telecomunicaciones en los términos que se establecen en la normativa vigente y, en su caso, en los contratos que celebren con los operadores que deberán respetar unos niveles de calidad determinados.

Servicio público y mercado. Las telecomunicaciones, Civitas, Madrid, 1998. J.M. SOUVIRON MORENILLA, *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, Granada, 1999. GARCIA DE ENTERRÍA y DE LA QUADRA SALCEDO, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999.

78 Vid., el Anexo de la Ley donde se contiene esta definición.

79 Vid., art.3 f).

- De acceso a la red pública telefónica en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación. Las personas que lo soliciten tendrán derecho a conocer la fecha prevista para atender a su solicitud.
- De acceso gratuito al servicio de atención de llamadas de urgencia (a través del número 112) y a otros servicios que normativamente se determinen.
- A una información de guía telefónica actualizada y de precio asequible.
- A una facturación que detalle los servicios prestados.
- A una información adecuada y actualizada sobre las condiciones normales de acceso y utilización de las redes telefónicas, en particular la relativa a sus tarifas y a los períodos contractuales de vigencia mínima y de renovación.
- A la suspensión temporal del servicio por un período de más de un mes y menos de tres meses.
- En el caso de suspensión temporal del servicio telefónico por falta de pago mantener las llamadas entrantes y las llamadas salientes de urgencia.

La particular situación jurídica de los usuario también queda afectada. Sujetos a una relación jurídico-mercantil de consumidores, aunque existente también un control jurídico-público a tenor de la ley reguladora del servicio de telecomunicaciones que asegura un servicio universal de telecomunicación accesible a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible. Lo anterior se manifiesta en la posibilidad -ante el surgimiento de controversias- de acudir a lo previsto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre defensa de los consumidores y usuarios, sin que ello prive de la posibilidad de acudir ante el Ministerio de Fomento que asume de esta forma una posición arbitral y cuya resolución se puede impugnar posteriormente en vía contencioso-administrativa.

c') El servicio de correos:

El nuevo enfoque del servicio público también se manifiesta en el servicio de correos. Este servicio tradicional surgido sobre la base del Correo del Rey en las monarquías europeas tardó en configurarse como un verdadero servicio público. Inicialmente, su finalidad básica era la de obtener un ingreso para el Estado teniendo carácter un fiscal, configurándose su naturaleza como la de una Renta del Estado (Renta de Correos)⁸⁰. Será en el siglo pasado cuando se establezca una organización estatal que presta un servicio público con carácter de monopolio⁸¹ y que se mantuvo hasta fechas recientes⁸².

Actualmente, la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal sigue un esquema similar al relatado respecto a la Ley General de Telecomunicaciones. Una ley de regulación del sector postal, como advierte su exposición de motivos, que se justifica especialmente por “la necesidad de reconocimiento explícito del derecho de todos

80 Vid., J. PEMÁN GAVÍN, *El servicio de correos*, INAP, Madrid 19—, p.21

81 Sobre esta evolución, vid., J. PEMÁN GAVÍN, cit, p.30-59

82 Así, la Ley de 22 de diciembre de 1953 de reorganización del Correo, caracterizaba a éste como “servicio público inherente a la soberanía del Estado y auxiliar indispensable de las actividades personales, culturales y comerciales del país”. Calificación que se contiene en el art.1 de la Ordenanza Postal aprobada por Decreto de 19 de mayo de 1960 cuyo tenor literal indica que: “El Correo es un servicio público inherente a la soberanía del Estado, que lo rige y administra. Auxiliar indispensable de las actividades personales, culturales y comerciales del país, realiza en todo el territorio nacional y en el ámbito internacional, según la cooperación establecida en los convenios postales vigentes, la admisión, curso y entrega de la correspondencia. Tiene, asimismo, a su cargo las prestaciones similares o bancarias que el Gobierno le confie”.

a acceder a las comunicaciones postales a un precio asequible”, lo que se plasma en su artículo primero.

Es en el Título III donde se define el servicio postal universal -concretamente en su artículo 15.1- adelantándose los servicios que lo integran (apartado segundo) e incluso las prestaciones necesarias. Se regulan de forma detallada los derechos y deberes del operador en relación al servicio universal estableciendo también la reserva de servicios que se le efectúa (art.16, 18 y 24) y la concesión de derechos especiales y exclusivos (art.19).

En relación con los usuarios la ley reguladora de este servicio concreta los principios en que se apoyan los derechos de los usuarios, con independencia de los que le corresponden por imperativo constitucional, como es el del secreto de las telecomunicaciones.

En este sentido, derecho de acceso al servicio y a su funcionamiento de forma debida y continua (art.16.1, 23.5), en régimen de igualdad (art.16.4) y no discriminación (art.6), adaptación al progreso técnico, responsabilidad del operador (art.21) y calidad en el servicio (art.17). La relación entre operador y usuario se rige por las mismas reglas y sistema que en la Ley General de telecomunicaciones.

Este régimen ha sido concretado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley, y cuyo capítulo segundo del título primero pormenoriza las garantías de los usuarios postales y los límites de las mismas.

C. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores se ha reflexionado sobre la incidencia que para los ciudadanos y usuarios supone la reformulación actual de la categoría del servicio público. Una categoría de carácter eminentemente histórico, inserta en un contexto ideológico, sujeta al vaivén de la relación siempre dinámica entre Estado y Sociedad y que ha servido como factor de cohesión social y de garantía de acceso a los bienes esenciales sin discriminaciones personales o geográficas.

El nuevo servicio público debe mantener el mismo espíritu que ha caracterizado al tradicional servicio público y orientarse al servicio de una sociedad más justa en beneficio de la libertad y la dignidad humana.