

# SERVEI PÚBLIC I DRET COMUNITARI EUROPEU\*

Jaime Rodríguez Arana\*\*

## Sumari

- I. Introducció
- II. Servei públic i dret administratiu constitucional
- III. El servei públic en la historia
- IV. Servei públic i dret comunitari europeu

---

\* Text de la intervenció de l'autor en el Seminari Internacional de l'Associació de Dret Públic de MERCOSUR, el dia 23 d'abril de 2004, a Salta (Argentina).

\*\* Jaime Rodríguez Arana, catedràtic de dret administratiu de la Universitat de la Corunya. President del Fòrum Iberoamericà de Dret Administratiu. Article rebut el 15.09.2005.

## I. Introducció

El servei públic, ho sabem prou bé, és un tema clàssic del dret administratiu, que va servir com a punt cardinal per explicar el significat mateix de la nostra disciplina. El servei públic, per a Duguit i la seva Escola de Bordeus —precisament del *servei públic*—, va constituir el fonament i el límit de la sobirania, el centre neuràlgic del dret públic.

La pretensió de cercar un criteri únic, de validesa universal i de caràcter intemporal per fonamentar el dret administratiu posa de manifest la impossibilitat real d'aixecar tot l'edifici del dret administratiu a partir d'un sol i únic concepte: el servei públic. Es tracta, a més a més, d'un concepte que s'elabora des de la posició del privilegi i de la prerrogativa. Aquesta tasca ens convida, més aviat, a situar-nos en altres paràmetres i, així mateix, ens interpel·la sobre la caracterització de la nostra àrea de coneixement com a temporal, relativa i profundament integrada en el context constitucional de cada moment. Potser, per això, Otto Mayer va sentenciar allò tan repetit i reiterat: «El dret constitucional passa, el dret administratiu roman».

La mateixa mutabilitat de les institucions, les categories i els conceptes del dret administratiu segons el marc constitucional i l'enteniment que es tingui de l'interès general, demostra que les tècniques jurídiques del dret administratiu poden tenir un abast i una funcionalitat diferents en cada moment.

Potser per aquest motiu, durant la dècada dels cinquanta del segle passat es va admetre la tesi de la *noció impossible* per assenyalar les dificultats òbvies i insalvables per perfilar un concepte estàtic i unilateral del servei públic com a paradigma del dret administratiu.

La constitució de l'Estat social va situar de nou el servei públic, ara des d'una perspectiva més àmplia, en el lloc central. És el temps de l'expansió de les activitats estatals en la societat i apareixen, per això, sota la direcció de l'Estat, els serveis d'educació, sanitat i transports, entre d'altres.

Simplificant molt les coses, una pràctica necessària en una intervenció d'aquesta naturalesa, es pot afirmar que la constitució del concepte del servei públic sempre va despertar una penetrant i viva polèmica amb les llibertats públiques i els drets fonamentals. És més, la tensió entre poder i llibertat sempre va estar al mateix nivell que el binomi, a vegades en greu confrontació dialèctica, Estat-societat. I, és el més probable, d'aquesta dicotomia van néixer tant la tècnica autoritzadora com la institució concessional, uns fidels reflexos del diferent grau d'intervenció que l'Estat es reservava amb relació a la vida social. En efecte, el naixement de la concessió administrativa com a forma indirecta de gestió dels serveis públics s'inscriu en el procés de delimitació, des del marc de l'exclusivitat, de titularitat i gestió de l'activitat, per tal com va arribar un moment en ple estat liberal en què l'Estat no es considerava digne d'intervenir en el món de l'economia, un sector que s'havia de gestionar més enllà del mateix Estat.

En fi, la crisi de l'Estat del benestar, per situar-nos en dates més properes per a nosaltres, juntament amb les ja conegudes explicacions fiscals, obeeix també al fet que es posa en qüestió un model d'Estat que, segons diu Forsthoff, tot ho envaeix i tot ho controla «des del bressol fins a la tomba». Certament, si més no des del meu punt de vista, la institució que en altre temps configurava l'ordre social, com va ser la subvenció, s'ha de replantejar, com totes les tècniques del foment en conjunt. Aquest model estàtic a l'Estat del benestar va situar els serveis públics i el mateix Estat com a finalitat, no com a mitjà per al benestar dels ciutadans. D'aquí ve el seu esgotament i, per això, la seva crisi.

La confusió entre finalitats i mitjans ha tingut molt a veure amb les aproximacions unilaterals i tecnoestructurals de l'interès general, que en aquest enfocament es redueix a l'autocontrol i la conservació de l'*statu quo*.

Veurem que, des dels postulats de l'Estat dinàmic del benestar, el servei públic en sentit tecnicojurídic actualment amb prou feines compta, però,

no sé si en lloc seu, la realitat manifesta l'emergència dels serveis d'interès general o els serveis d'interès econòmic general i, per tant, es produeix un retorn al dret administratiu, naturalment diferent del que hi havia al segle passat, més desafiador encara en el seu paper essencial de construir tècniques jurídiques que garanteixin el benestar integral dels ciutadans. Dit d'una altra manera, es tracta de construir un dret públic que faci possible el lliure desenvolupament dels ciutadans i, per això, el ple exercici dels drets fonamentals per part de totes les persones. Apareix, així, segons el meu parer, l'Estat garant, juntament amb tota una sèrie de nous conceptes, categories i institucions que neixen d'una nova manera d'apropar-se al dret administratiu: el pensament obert, plural, dinàmic i complementari, que no és res més que la dimensió jurídica dels nous enfocaments que actualment s'imposen en les ciències socials.

L'Estat, per tant, ja no s'encarrega només de portar a cap els serveis públics. L'Estat és, sobretot i abans que res, un garant de drets i llibertats ciutadanes, per a la qual cosa gaudeix d'un conjunt de noves tècniques jurídiques que li permeten complir perfectament aquesta funció.

Per tant, el concepte de *servei públic*, deutor d'una manera ideològica concreta i peculiar d'entendre les relacions Estat-societat, perd el seu sentit juridicoadministratiu quan s'esvaeix el marc general que li servia de suport. Es redueix notablement en la seva configuració, ja que és normal i corrent dur a terme determinades activitats de rellevància pública en règim de llibertat i en règim de competència. Per aquest motiu, insisteixo, en un nou marc apareixen nous conceptes que posen en qüestió la versió clàssica de la noció de *servei públic*.

## **II. Servei públic i dret administratiu constitucional**

A Espanya aquesta aproximació pròpia del temps en què vivim és conseqüència de la projecció de l'Estat social i democràtic de dret sobre la funcionalitat de l'Administració pública i troba suport en el que José Luis

Meilan Gil anomena des de fa bastant temps *dret administratiu constitucional*.

Aleshores, quines han de ser les bases constitucionals d'aquest nou dret administratiu? Al meu entendre, la Constitució de 1978 ens ofereix elements suficients per poder edificar el modern dret administratiu.

L'article 9.2 planteja el que s'ha anomenat la *funció promocional dels poders públics* en la mesura que el seu paper constitucional consisteix precisament a promoure la llibertat i la igualtat dels ciutadans i dels grups en què s'integren i, sobretot, a eliminar els obstacles que dificultin aquesta tasca. Aquí ens trobem, clarament, amb la funció constitucional per excel·lència de l'Administració pública en l'Estat social i democràtic de dret del nostre temps, que és la de garantir l'exercici de tots els drets a tots els ciutadans, d'una manera especial als més necessitats.

En l'article 10.1, la Constitució proclama que els drets fonamentals i el lliure desenvolupament de la personalitat constitueixen el fonament de l'ordre públic i de la pau social, i estableix molt clarament cap on s'orienta l'interès general en l'Estat social i democràtic de dret.

L'article 24.1 proclama la tutela judicial efectiva i prohibeix tota situació d'indefensió, la qual cosa suposa la necessitat de rellegir i repensar, des de la Constitució, molts dels dogmes i els principis que han aixecat l'edifici del dret administratiu i que, avui dia, cal que siguin clarament replantejats.

També trobem un vector constitucional rellevant en l'article 31.2, quan caracteritza la despesa pública en un context d'economia i planteja que l'acció administrativa en l'Estat social és limitada i s'ha de produir en un context d'austeritat, perquè el pressupost públic no és propietat de l'Administració, sinó dels ciutadans, i els funcionaris són, ni més ni menys, agents d'interessos públics.

Finalment, tenim l'article 103.1, que és el precepte principal de l'opció constitucional en aquesta matèria. Val la pena, encara que sigui breument,

fer-ne una petita glossa. Doncs bé, en el seu primer paràgraf el precepte en qüestió diu:

«L'Administració pública serveix amb objectivitat els interessos generals [...] i actua amb plena submissió a la llei i el dret.»

En primer lloc, cal subratllar de nou la naturalesa instrumental de l'Administració, ja que la utilització del terme *serveix* alimenta aquesta explicació sense dificultats. En efecte, entre les moltes caracteritzacions possibles, el constituent va voler deixar ben clar que l'Administració pública és una persona jurídicopública que es realitza en la mesura que està al servei de l'interès general. En veritat, es podia haver optat per algun altre terme que també encaixés en l'Administració amb relació a l'interès general: *representar*, *defensar*, *gestionar*, etc., però la realitat és que es va voler configurar deliberadament l'Administració pública des d'aquest punt de vista.

Segon, val la pena cridar l'atenció sobre la manera en què l'Administració ha d'efectuar la seva funció essencial de servei a l'interès general. Per tant, el servei ha de ser objectiu. És a dir, l'Administració pública és una organització imparcial i neutral que es limita a la tasca, gens senzilla, de l'execució de la llei. Per això, en matèria de contractació, es regeix pel principi de publicitat i concurrència, i, en matèria de personal, d'acord amb els criteris de mèrit i capacitat. Es tracta, per tant, de criteris essencials als quals s'ha de sotmetre l'Administració pública, ja sigui en les seves actuacions directes o per mitjà de fórmules instrumentals, actualment molt de moda.

En tercer lloc, el precepte constitucional assenyalava la finalitat pública de la funció administrativa —*servei objectiu a l'interès general*—, que, aplicada a l'Estat social i democràtic de dret que defineix la Constitució espanyola, ens situa en aquesta dimensió promocional i garant anteriorment assenyalada.

Quart, cal tenir en compte que l'article 103.1 de la Constitució de 1978 es refereix a l'Administració pública en singular, per la qual cosa hem d'entendre que el sistema que dissenya s'ha de predicar tant des de l'Administració de l'Estat com des de l'Administració autonòmica, provincial o local.

I, finalment, el precepte assenyalava que l'Administració pública actua amb «plena submissió a la llei i al dret». Ordinàriament, el dret administratiu és la seva matriu normativa de referència, però, a vegades, l'aparell públic actua segons el dret privat. Ara bé, en aquests casos en què el seu dret regulador és el privat, en cap cas no significa, només caldria, que els criteris essencials de l'actuació administrativa quedin al marge. En altres paraules, l'objectivitat, que és una nota constitucional, exigeix que els principis i els vectors jurídics que li són consubstancials s'apliquin sempre que siguem davant de fons públics.

L'articulació del dret administratiu constitucional sobre el servei públic requereix analitzar, encara que sigui breument, dos preceptes de la Constitució aparentment contradictoris i, tanmateix, complementaris. Em refereixo, és clar, a l'article 38 i al 128.

L'article 38 estableix:

«Es reconeix la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat. Els poders públics garanteixen i protegeixen el seu exercici i la defensa de la productivitat, d'acord amb les exigències de l'economia general i, si escau, de la planificació.»

Per la seva banda, l'article 128 estableix:

«1. Tota la riquesa del país en les seves diferents formes, sigui com vulgui la seva titularitat, està subordinada a l'interès general.

»2. Es reconeix la iniciativa pública en l'activitat econòmica. Per mitjà de lleis es pot reservar al sector públic recursos o serveis essencials,

especialment en cas de monopoli, i, així mateix, acordar la intervenció d'empreses quan l'interès general ho exigeixi.»

És a dir, el principi és el de la llibertat econòmica en el marc de l'Estat social i democràtic de dret, per la qual cosa els poders públics tenen la tasca garant a què abans he fet referència, que, en determinats casos, pot aconsellar, per llei, reservar a l'Estat en exclusiva determinats serveis anomenats *essencials*. Evidentment, aquesta possibilitat s'ha de basar en la llei que operi la reserva com a exigència de l'interès general. Penso que, en tot cas, el règim ordinari és el de llibertat en el marc de l'Estat social, la qual cosa suposa, certament, que el règim clàssic del servei públic amb les seves notes tradicionals —titularitat i exclusivitat— ja no encaixi en el marc constitucional com a fórmula ordinària de prestació dels serveis públics. Encara que, repeteixo, en determinats casos es puguin reservar en exclusiva al sector públic determinats serveis essencials, quan les raons d'interès general ho aconsellin.

Per tant, encara que avui continuïn tenint vigència els motius de la *publicatio*, en la versió de solidaritat social (Duggit) o procura existencial (Forsthoff), l'expressió real de la prestació dels serveis ja no és la tècnica de la *publicatio* —tret d'excepcions—, sinó la tècnica autoritzadora —*ordenatio*—, o simplement la certificació per part de l'Administració de la idoneïtat tècnica del particular per portar a terme el servei.

El principi és la llibertat, però modalitzat o contextualitzat per la dimensió solidària que li és inherent. Aleshores, l'Administració pública, insisteixo, garanteix la llibertat en la prestació dels serveis d'interès general de conformitat precisament amb la seva pròpia funcionalitat. Les exigències del principi de llibertat solidària en la prestació dels serveis d'interès general, convé no oblidar-ho, es deriven de la llibertat d'elecció de serveis que tenen els ciutadans, és a dir, els usuaris.

La referència a l'usuari com a centre de gravetat del règim dels serveis d'interès general i els postulats del pensament obert, plural, dinàmic i



complementari, dibuixen un nou mapa, és a dir, un nou full de ruta en el qual cal situar el règim actual dels anomenats *serveis d'interès general*.

Cal no oblidar que, en aquest ambient, s'ha plantejat una de les tensions principals, que la teoria dels serveis d'interès general sembla que pot solucionar. Em refereixo a la polèmica tradicional entre servei públic i drets fonamentals o llibertats públiques. Des de la teoria del servei públic, és evident que la titularitat pública topa frontalment amb el nucli essencial de la llibertat econòmica i que, per contra, la teoria del servei d'interès general permet el joc del binomi *llibertat – interès general* des de la perspectiva garant de la funció de l'Estat.

A més a més, no podem perdre de vista una cosa molt important i que per al dret administratiu és essencial: la realitat. Actualment, agradi o no agradi, s'està produint un procés gradual de despublicació, de desregulació o, si es vol, de privatització, que planteja el gran desafiament comú de definir el paper de l'Estat amb relació als serveis públics. A Europa, després dels tractats fundacionals i Maastricht, és necessari tenir en compte que la realitat del mercat únic s'anomena *lliure competència* i que, per aquest motiu, l'Administració pública no pot mirar cap a una altra banda. Això no vol dir, insisteixo, que l'Administració pública hagi de cedir com aquell qui res davant dels encants del mercat, no, però tampoc és bo alimentar versions caduques que parlin de l'Estat com l'encarnació de l'ideal ètic, tal com pretenia Hegel.

### III. El servei públic en la història

Alguns autors pensen que la pèrdua de sentit, avui, de la noció clàssica del servei públic és gairebé una traïció al dret administratiu. Els qui pensen així, amb tots els meus respectes —només caldria—, no són conscients que, precisament per mitjà de l'emergència de nous conceptes com ara el del *servei d'interès general* o el del *servei d'interès econòmic general*, el dret administratiu, la nostra disciplina, està reprenent el pols i un protagonisme inusitat, tal com miraré de demostrar quan exposi breument

la situació del règim jurídic de les telecomunicacions a Europa i, especialment, al meu país, Espanya.

No es tracta, doncs, de certificar només, per al temps present, la mort d'una categoria juridicoadministrativa que al seu dia va tenir un paper molt destacat en la recuperació del Vell Continent després de la Segona Guerra Mundial; es tracta de registrar el naixement d'un nou dret administratiu que, per mitjà de noves institucions, continua cercant, tal com anhelava Ihering, la millor regulació de la gestió de l'interès general.

Avui en dia, per tot el que hem dit, reapareix amb tota la seva força el dret administratiu, en la matèria que estem tractant, en forma de servei d'interès general o servei econòmic d'interès general: justament la categoria que utilitza el dret comunitari europeu per definir aquesta especial posició jurídica de l'Estat amb relació als que abans s'anomenaven *serveis públics*.

Com tothom sap, en els anomenats *serveis econòmics d'interès general* — després examinaré el cas de les telecomunicacions—, la funció de garant de l'Estat apareix plenament per mitjà de les anomenades *obligacions de servei públic*, entre les quals el servei universal és la més típica i característica i on millor es percep aquesta nova funció de l'Estat garant.

Això no obstant, davant dels nostàlgics del servei públic, que són els mateixos que ens han inundat de pessimisme enarborant la bandera de la fugida del dret administratiu, m'atreveixo, amb modèstia, a afirmar que avui assistim a un retorn al dret administratiu, això sí, des dels postulats del pensament obert, plural, dinàmic i complementari i a partir de la superació necessària d'apriorismes i prejudicis metodològics del passat.

Els qui ens dediquem a l'estudi del dret administratiu hem comentat tantes vegades que la nostra disciplina es caracteritza per ensorrar les seves arrels en les arenes movedisses de la realitat que sabem, i en som testimonis qualificats, que els diferents sentits i interpretacions que acompanyen els conceptes de la nostra disciplina són deutors precisament

del marc constitucional canviant en què es mouen. Potser, per això, el procés de liberalització i desregulació que actualment ens toca viure és una oportunitat per continuar defensant el dret administratiu com aquell dret del poder per a la llibertat, de manera que la funció de garantia d'aquesta llibertat, en el marc de l'Estat social, és el seu principal senyal d'identitat.

Per a alguns, les conseqüències de la realitat, que és —valgui la redundància— la que és, han comportat un procés (em sembla que injust) en el servei públic, tal com assenyala Regourd. Malgrat tot, no és una venjança metodològica o conceptual —Déu me'n guard— a la tradició del dret administratiu francès, de la qual, per cert, tots hem après moltes coses. Durant una època, com volia Duguit, sí que el servei públic era la pedra angular que justificava l'existència mateixa de l'Estat. Més tard, alguns, com ara Alessi, van assenyalar que hi havia tantes nocions del servei públic com autors s'han apropiat a la seva conceptualització. Vedel va cridar l'atenció sobre l'elasticitat i la flexibilitat d'una noció que, per a ell, era perversa precisament per la seva impossibilitat de definició. Waline ens va alertar sobre la condició d'*etiqueta* del servei públic. En fi, no neguem la seva transcendència en el passat, però afirmem que en el present gairebé ja no té raó de ser, tret que sigui en els casos, realment excepcionals, de reservar al sector públic en exclusiva serveis essencials.

Abans de la crisi definitiva del concepte, es pot parlar de dos moments difícils per a la nostra categoria. La primera crisi es produeix en la segona meitat del segle XIX, quan a l'Estat no li queda altre remei que assumir les prestacions assistencials bàsiques com ara la sanitat i l'educació. I, a més a més, aconseguix la titularitat dels serveis econòmics de més transcendència, especialment el que avui anomenaríem *grans inversions públiques*. Apareix, llavors, amb el seu proverbial magisteri al capdavant de l'Escola de Tolosa, Hauriou, que ens va deixar, segons el meu parer, la millor definició de servei públic: «Servei tècnic que una organització pública porta regularment a terme per al públic». Era el moment d'aquella polèmica fenomenal sobre l'essència del dret administratiu entre els grans: Jeze, seguidor de Duguit, del grup de Bordeus —el servei públic—, i

Vedel, al capdavant de l'Escola de Tolosa —el poder públic o les famoses clàusules exorbitants.

Pel que fa a l'activitat econòmica, l'Estat n'assumeix la titularitat i renuncia a la seva gestió en virtut de la coneguda doctrina del concessionari interposat. D'aquesta manera, la declaració del servei públic implica des del principi la titularitat pública, mentre que la gestió es confia als particulars. Més endavant, l'espai local, que sempre és el millor laboratori del dret administratiu, ens porta, de la mà dels fabians al Regne Unit, als casos de municipalització de serveis públics municipals. El 1929, la gran depressió provoca la fallida dels grans concessionaris, per la qual cosa l'Estat és, especialment a Europa després de la Segona Guerra Mundial, qui ha d'assumir la responsabilitat, també, de la prestació directa dels serveis.

La segona crisi, en la qual en certa manera encara estem instal·lats, ve de la mà del nou ídol del pedestal de les idees públiques, tal com assenyala el professor Tomás Ramón Fernández: la competència. En efecte, la competència; la *liberalització* és la paraula que utilitzen les fonts originàries i derivades del dret comunitari europeu. És, es diu, el domini de l'economia. És, es diu, l'apogeu dels economistes i de les escoles de Friburg —la competència és la clau del creixement econòmic (Eucken)—, de Viena —principi de no intervenció pública (Hayek)—, de Chicago —guerra als monopolis (Friedman)— o de *Public Choice* —la realitat, en cada cas, ha d'aconsellar si és procedent la iniciativa pública o la privada (Buchanan).

Certament, si alguna cosa pot aturar el fonamentalisme econòmic en la vida social és un dret administratiu per al qual la clau, en matèria de serveis públics —en sentit ampli—, sigui portar a terme serveis que millorin les condicions de vida dels ciutadans. Aquest és el *punctum dolens* de la nostra reflexió: la qüestió decisiva no és qui porta a cap el servei, sinó que el servei promogui la llibertat solidària dels ciutadans o, si es vol, possibiliti un exercici millor dels drets per part de les persones. És

a dir, que incideixi favorablement en les condicions de vida de les persones i promogui l'elecció dels serveis.

En aquest context es pot comprendre l'afirmació de Pierre Devolvé quan diu categòricament que el servei públic és l'amenaça principal per a les llibertats públiques. Per tant, el nou concepte de *servei econòmic d'interès general* que neix en el marc del dret comunitari europeu és l'expressió del modern dret administratiu i el concepte des del qual cal considerar la posició de l'Estat en la nova economia.

D'una banda, l'avenç científic i tecnològic ha fet trontollar aquesta versió estàtica de la *publicatio* que anys enrere justificava l'existència del servei públic en la insuficiència de capital privat per assumir els grans serveis econòmics i socials. I, de l'altra, no podem negar, ens agradi o no ens agradi, que la globalització econòmica ha comportat que hi hagi grans empreses amb un potencial superior al d'alguns estats que, a més a més, a vegades poden gestionar millor els serveis públics tradicionals.

#### **IV. Servei públic i dret comunitari europeu**

En aquest ambient, el dret comunitari europeu suposa per al servei públic, en sentit estricte, el cop de gràcia principal en favor de la lliure competència, que es converteix en el cor de la integració econòmica que dirigeix el mercat únic europeu. Privatització, desregulació, liberalització o *despublicatio*, són simplement termes juridicoeconòmics o economicojurídics que han certificat la defunció de la titularitat pública de molts serveis.

Finalment, vull assenyalar que el jurista no ha de romandre, ni pot romandre, insensible davant de l'intent de domini del dret públic per part de l'economia. No. Els qui cultivem el dret administratiu hem d'alçar la veu i clamar que l'interès general no ha mort a mans de l'eficàcia del mercat. El mercat s'ha d'entendre, més aviat, des del pensament obert,

plural, dinàmic i complementari, en un marc d'interès general que garanteixi l'equilibri entre poder i llibertat.

Lògicament, la incidència de les noves nocions de la política econòmica han comportat aquesta segona i definitiva crisi del servei públic i l'aparició de nous conceptes, entre els quals cal destacar el de *servei econòmic d'interès general*, que, tal com sabem, prové del dret comunitari.

En efecte, és curiós, i fins i tot sorprenent, que en el dret comunitari europeu no aparegui l'expressió *servei públic*, excepte en l'article 73 de la versió consolidada del dret originari. Per què? Probablement, per la disparitat de règims jurídics utilitzats en els drets nacionals amb vista a assegurar als ciutadans peticions essencials amb caràcter general, regular i continu. En síntesi, els països de la Unió Europea es divideixen entre els que segueixen, en aquest punt, servei amb *publicatio* i règim exorbitant d'encunyació francesa, i els que segueixen les anomenades *public utilities* garantides per la regulació —sense més ni més— de l'activitat dels subjectes privats que porten a cap aquests serveis, d'orientació clarament anglosaxona.

Doncs bé, per no haver d'optar per una tradició jurídica o l'altra, el dret comunitari utilitza el metaconcepte de *servei econòmic d'interès general* o el de *servei d'interès general*. Per això, en el vigent article 86.2 del Tractat de la Unió Europea, es pot llegir que «les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general queden sotmeses a les normes d'aquest Tractat, en especial a les de la competència».<sup>1</sup>

Per tant, el dret de la Unió Europea és un dret que ha comportat la liberalització, que, al seu torn, ha afectat l'organització institucional dels serveis públics dels estats membres de la Unió.

---

<sup>1</sup> Vegeu, a més a més, els articles 31 i 295 del Tractat.

Això no obstant, convé fer èmfasi sobre el sentit que té l'aparició del qualificatiu *interès general*. D'aquesta manera, la Comunicació de la Comissió sobre els serveis d'interès general a Europa, de setembre de 1996, va vincular explícitament els serveis d'interès econòmic general als principis de solidaritat i igualtat de tracte com a *objectius fonamentals de la Comunitat*.

En el mateix sentit, el Tractat d'Amsterdam va introduir en el text dispositiu del Tractat de la Unió el nou article 16 de la versió consolidada, que estableix el següent:

«[...] en vista del lloc que els serveis d'interès econòmic general ocupen entre els valors comuns de la Unió, com també del seu paper en la promoció de la cohesió social i territorial, la Comunitat i els estats membres, d'acord amb les seves competències respectives i en l'àmbit d'aplicació d'aquest Tractat, han de vetllar perquè aquests principis actuïn de conformitat amb els principis i les condicions que els permetin complir la seva comesa.»

La jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea, que inicialment va combatre, potser excessivament, les potestats públiques en aquesta matèria a partir de la interpretació de l'article 90.2 del Tractat en l'àmbit d'ajuts públics, ha passat a una línia en la qual la qüestió decisiva és que cada vegada es portin a terme millor els serveis públics, en una orientació clarament relacionada amb la funció de l'Estat de garantir l'interès general. Per exemple, en la Sentència 320/91, de 19 de maig de 1993, en matèria de servei postal, es va reconèixer que en aquest servei d'interès econòmic general calia comprovar si l'aplicació de les regles de la lliure competència impediria el compliment de les regles d'interès general. D'aquesta manera, el Tribunal va entendre en aquest cas que la realització de l'interès general comportava «la gestió de manera rendible del servei i, per tant, que la necessitat de compensar pèrdues del servei públic en sectors no rendibles per mitjà dels beneficis obtinguts d'altres sectors econòmicament rendibles justificués que en aquests darrers sectors es limités el joc de la competència en favor dels particulars».

En la Sentència de 27 d'abril de 1994, assumpte 393/92, el Tribunal, en un cas de distribució d'electricitat i d'una clàusula de compra exclusiva en benefici d'una empresa regional de distribució elèctrica d'Holanda, va recordar la necessitat de valorar el criteri de l'equilibri econòmic, no tan sols entre sectors rendibles i no rendibles, sinó que també calia tenir en compte les obligacions d'interès general, com ara les reglamentacions que ha de suportar en matèria de medi ambient, d'ordenació del territori o de seguretat, entre d'altres.

Doncs bé, l'obligació principal d'interès general en aquests casos és la del servei universal, que assegura la prestació en tot cas i la qualitat allà on el mercat no funciona bé, per manca de rendibilitat o com a conseqüència d'una competència mal entesa. Tal com analitzarem tot seguit, aquestes obligacions neixen en el marc del dret europeu de les telecomunicacions. D'aquesta manera, en els serveis d'interès econòmic general cal distingir prestacions susceptibles de ser realitzades en règim de mercat i prestacions no susceptibles de prestacions competitives. En aquest cas, l'autoritat imposa la prestació obligatòria a algun operador per a la qual s'arbitri algun sistema de compensació econòmica.

Per exemple, en consideració al fet que els serveis de telecomunicació compleixen una funció molt rellevant en la societat de la informació, la Comissió Europea va dictar una Comunicació el 1999 al Consell, al Parlament, al Comitè Econòmic i Social i al Comitè de les Regions sobre el servei universal de les telecomunicacions davant de la perspectiva d'un entorn plenament liberalitzat.

Però, ja que hem entrat en un servei econòmic d'interès general concret, em permetré aplicar a aquest sector la doctrina que, amb caràcter general, hem plantejat fins al moment.

La Llei 32/2003, de 3 de novembre (BOE núm. 264, de 4 de novembre) —recentment aprovada a l'Estat espanyol—, porta la rúbrica «general de telecomunicacions» i substitueix la Llei 11/1998, de 24 d'abril, del mateix



nom. Com tothom sap, el motiu va ser la necessitat d'incorporar al dret espanyol un conjunt de directives comunitàries que s'han elaborat recentment amb l'objectiu de consolidar, tal com diu l'exposició de motius de la Llei de 2003, el marc harmonitzat de lliure competència en les telecomunicacions assolit als estats membres.

En essència, les directives comunitàries dictades el 2002 es refereixen al marc regulador de les comunicacions electròniques i a les xarxes i els serveis de comunicacions electròniques. És especialment interessant la Directiva 2002/22 CE del Parlament Europeu i del Consell, de 7 de març de 2002, relativa al servei universal i els drets dels usuaris amb relació a les xarxes i els serveis de comunicacions electròniques. Una qüestió, la del servei universal, que ha suposat, ni més ni menys, una forta sotragada als intents —a vegades vacil·lants, o, si més no, dubitatius— que ha produït la desregulació d'un sector tradicionalment subjecte a monopoli. El desconcert és tan gran que els enterradors del concepte clàssic del servei públic han començat a sospitar que el retorn d'aquest concepte té molt a veure amb l'anomenat *servei universal* i, sobretot, amb les anomenades *obligacions de servei públic*. Amb tot, la realitat és que ara l'Estat intervé en la vida econòmica des d'enfocaments oberts, no unilaterals. El servei públic, per tant, queda per als casos, que es poden donar en circumstàncies especials, de reserva, exclusivitat i titularitat de l'activitat de què es tracti.

Les institucions, els conceptes i les categories de dret administratiu —i ho sabem prou bé— estan en una relació estreta, molt estreta, amb la realitat que els ha tocat. És més, sóc dels qui pensen que no ens hem d'escandalitzar, ni metodològicament ni científicament, pel fet que les manifestacions principals del dret administratiu es presentin d'una manera diversa segons les circumstàncies socials, polítiques i econòmiques de temps i de lloc. En efecte, és lògic que sigui així, perquè després dels diversos avatars pels quals ha passat aquesta disciplina, el cas és que som testimonis qualificats del canvi de les seves institucions, sense que, per això, hagi desaparegut el dret administratiu.

Doncs bé, en aquesta tasca em sembla que és convenient recordar que el dret administratiu es pot definir com el dret del poder per a la llibertat o, si es vol, el dret que regula els interessos generals que serveix amb objectivitat l'Administració pública. En aquest sentit, totes les categories, les institucions i els conceptes centrals del dret administratiu s'han d'orientar cap a l'interès general. És a dir, han d'estar oberts a fer possible i visible aquest metaconcepte de l'*interès general* que, en un Estat social i democràtic de dret, està vinculat a la tasca promocional i garant dels poders públics orientada a l'exercici lliure i efectiu dels drets fonamentals per part dels ciutadans. Per tant, la sanitat, l'educació o l'habitatge s'han de gestionar de manera que la ciutadania pugui disposar d'un accés general a aquests béns. L'àmbit públic ha d'estar obert a la ciutadania i les necessitats públiques s'han de tractar de manera que, efectivament, l'Administració pública tendeixi al benestar general de tothom.

Al nostre país, la simple lectura, per exemple, dels articles 9.2, 10.1, 31.2 o 103.1 de la Constitució, tal com he exposat anteriorment, ens invita a estudiar el dret administratiu en el marc constitucional i, per això, a tenir molt presents els paràmetres i els vectors constitucionals. Per aquest motiu, ara com ara, ens trobem situats en un model d'Estat social i democràtic de dret en el qual els drets fonamentals de la persona ocupen un lloc central; en el qual l'exercici dels poders i les funcions públiques s'ha d'operar tenint en compte la llibertat i la igualtat dels individus i dels grups en què s'integren, tenint en compte que és un objectiu constitucional; en el qual els fonaments de l'ordre polític i la pau social rauen en el lliure creixement de les persones i en els drets que els són inherents; en el qual la despesa pública s'ha de gestionar amb criteris d'economia, i en el qual l'Administració pública serveix amb objectivitat els interessos generals. En definitiva, l'Administració pública, en gestionar el sector públic, no es pot oblidar del benestar de tothom, això sí, fent del benestar un concepte dinàmic, no estàtic, al servei de les persones.

En aquest context, penso que és imprescindible, també per a l'estudi del dret administratiu, situar-se en els postulats del pensament obert, plural,

dinàmic i compatible. Perquè cal interpretar l'interès general fora del pensament únic: tant del que intenta aïllar l'interès general en el santuari del tecnosistema com del que intenta tant sí com no desmantellar el sector públic per lliurar-lo *in toto* al sector privat. Sobretot, perquè el sector públic, insisteixo, en un Estat social i democràtic de dret, s'ha de definir obertament entre el poder i els agents socials, ja que s'ha acabat una manera autoritària i vertical d'entendre l'Administració i el poder.

Arribats a aquest punt, en l'àmbit de servei públic, la contemplació de la realitat ens pot deixar una mica confosos o perplexos, sobretot si intentem aplicar els criteris i les categories del passat. Es pot mantenir la noció clàssica de *servei públic* avui? La resposta a aquesta pregunta no és difícil. El que passa a vegades és que les exigències del mercat, o de les liberalitzacions, les desregulacions o les privatitzacions, han dibuixat un nou panorama en el qual hem d'explicar els vells conceptes. No és que hagi mort el servei públic o que hagi nascut una nova noció que el substitueix, no. El que ha passat i continua passant és que la realitat de les coses fa emergir noves caracteritzacions de conceptes centrals, en aquest cas, per exemple, del servei públic i del nou dret europeu en la matèria. Tot seguit estudiarem aquesta qüestió.

Com sabem, la Comissió Europea distingeix, a l'inici del seu Llibre verd, cinc conceptes:

- a) Servei d'interès general
- b) Servei d'interès econòmic general
- c) Servei públic
- d) Obligació de servei públic
- e) Empresa pública

Amb tot, al llarg del *Llibre verd* es refereix a un altre concepte de gran transcendència, el concepte de *servei universal*, i sorprèn que no hagi estat inclòs juntament amb les altres definicions. L'omissió d'una definició inicial del concepte de *servei universal* posa de manifest les dificultats extraordinàries per distingir aquest concepte dels altres cinc definits, de la mateixa manera que és difícil distingir amb precisió entre el servei

d'interès (econòmic) general, l'obligació de servei públic i el servei públic, a causa de les divergències terminològiques, la confusió semàntica i les diverses tradicions existents als estats membres. El servei universal és un principi de l'ordenament jurídic comunitari que garanteix l'accés a un servei de qualitat especificada, a un preu assequible, a tots els ciutadans, independentment de la seva situació econòmica, social o geogràfica.

Segons el dret comunitari, tots els serveis que les autoritats nacionals considerin d'interès general tenen obligacions de servei públic, siguin o no de contingut econòmic. En el dret espanyol, després que el 1987 les telecomunicacions es configurassin com a serveis essencials de titularitat estatal reservades al sector públic, avui, la Llei de 2003 reconeix la seva condició de serveis d'interès general. Això és molt important perquè desapareix la titularitat estatal, tot i que no ho fa la seva presència, ja que és necessari també vetllar per la millor satisfacció de l'interès general. Per aquest motiu, actualment aquest sector està regulat. Aquesta regulació aconsella, d'una banda, que s'evitin les posicions de domini, i, de l'altra, que determinades prestacions arribin al conjunt de la ciutadania en condicions d'igualtat i qualitat. Doncs bé, aquesta dimensió positiva de la tasca administrativa que garanteix l'accessibilitat, la igualtat i la qualitat comporta l'existència de les anomenades *obligacions de servei públic*, entre les quals es troba el servei universal. El sentit d'aquestes obligacions és ben senzill: garantir un mercat lliure de posicions dominants entre els empresaris i d'usuaris mal atesos.

Les telecomunicacions són, per tant, un servei econòmic d'interès general, amb unes obligacions de servei públic, de les quals el servei universal n'és —em sembla— la més destacada.

En el dret comunitari, desafortunadament, no es distingeixen amb prou claredat els conceptes de *servei econòmic d'interès general* i *servei públic*. Potser perquè, tal com passa en la polèmica doctrinal referent al concepte de *servei universal*, per a molts continua pesant bastant la noció clàssica de *servei públic* i, per això, no resisteixen la desaparició del concepte i es feliciten perquè el *nou servei públic* sigui el servei universal.

D'acord amb l'article 22.1 de la nova Llei de 2003, el servei universal es defineix com «el conjunt definit de serveis la prestació dels quals es garanteix per a tots els usuaris finals amb independència de la seva localització geogràfica, amb una qualitat determinada i a un preu assequible». Qualitat, accessibilitat i assequibilitat podrien ser les tres notes que avui caracteritzen el concepte de *servei universal* en matèria de telecomunicacions i que podrien comportar obligacions de servei públic en la mesura que l'Administració ha de garantir-ne l'efectivitat.

L'obligació de servei universal és una obligació de servei públic. Efectivament és així, però —insisteixo— en un context en el qual el servei públic s'utilitza en sentit ampli. D'altra banda, el concepte de *servei universal* sorgeix en els models liberalitzats de les telecomunicacions europees i en el marc dels anomenats *serveis bàsics de telecomunicacions* (com a contraposats als serveis de valor afegit),<sup>2</sup> que passen de ser serveis públics *stricto sensu* a ser serveis econòmics d'interès general, sense que per això es negui —només caldria— l'accés de qualsevol ciutadà a determinades prestacions bàsiques. La clau, doncs, rau a determinar en concret quines són aquestes prestacions bàsiques. Amb caràcter general, es pot afirmar que la qüestió se centra a garantir, almenys, el servei telefònic que aleshores s'anomenava *bàsic* i que ara podríem identificar com el servei telefònic fix.

De fet, el servei universal només s'aplica en entorns liberalitzats, per la qual cosa és un error considerar-lo com l'encarnació del vell concepte de *servei públic*. Una altra qüestió ben diferent, insisteixo, és que, en efecte, s'admeti que la representació del nou concepte de *servei públic* transcorri per nous camins i renunciï a dogmes i criteris rígids que, ara com ara, no es compaginen bé amb un ambient que entra considerablement en conflicte amb la noció de *monopoli* —per cert, originalment associat al concepte de *servei públic*—, fins a constituir una nota essencial i inevitable de la figura jurídica. Això no obstant, el servei públic continua

---

<sup>2</sup> C. Martínez García, *La intervención administrativa en las telecomunicaciones*, Madrid, 2002, p. 209.

sent allò que va ser. El que ha passat és que la realitat ens ha conduït a nous conceptes, actualment molt utilitzats, com ara el de *serveis d'interès econòmic general*.

Certament, el servei universal implica una presència de l'Administració pública que, si bé no pot ser la pròpia i privativa del règim de servei públic, comporta, en certa manera, una determinada intervenció pública. Tal com ha assenyalat Rapp, «no es tracta del concepte de *servei públic* en el sentit tradicional del terme. És una espècie de síntesi entre l'objectiu d'un mercat més comercial i la preocupació d'una certa continuïtat del servei, una espècie d'intent de conciliació dels principis del servei públic amb els de l'economia de mercat».<sup>3</sup> Em sembla una formulació exacta, encertada i actual. Exacta, perquè planteja en termes justos la funcionalitat del servei universal en el context dels principis del sistema de servei públic i de l'economia de mercat; encertada, perquè aconsegueix contextualitzar la qüestió, i actual, perquè és un problema, indubtablement, del nostre temps.

El concepte de *servei universal* és l'expressió en el món del dret administratiu dels postulats del pensament obert, dinàmic i complementari. A més a més, demostra, d'una manera clara i neta, que el relativisme i la instrumentalitat són notes que acompanyen el mateix dret administratiu en el seu llarg camí. Per què? Perquè es complementen elements del règim de servei públic —continuïtat i regularitat— i del món del mercat —no-monopoli— en el seu exercici d'integració que, de veritat, reflecteix l'actualitat de les tècniques del dret administratiu aplicades a la realitat del moment, sense que calgui enyorar el passat i intentar veure el que ja no existeix, perquè no pot existir.

La Llei de 2003, que aprofundeix en la lliure competència del sector, introdueix, com sembla lògic una vegada transcorregut cert temps des de la liberalització, mecanismes correctors que garanteixin l'aparició i la viabilitat d'operadors diferents dels titulars de l'antic monopoli. És una

---

<sup>3</sup> Extret de C. Martínez García, *op. cit.*, p. 211.

mesura de sentit comú i de sentit jurídic rellevant per evitar que la lliure competència pugui ser fictícia o aparent. A més a més —i això és el que m'interessa destacar ara— es reforça la protecció jurídica dels usuaris i s'amplia l'elenc d'elements de l'obligació del servei universal.

En efecte, com es reconeix en l'exposició de motius, la Llei de 2003 «recull l'ampliació de les prestacions que, com a mínim essencial, s'han de garantir a tots els ciutadans, sota la denominació de servei universal». En concret, en l'article 22 s'inclouen, juntament amb les que ja establia el legislador del 1998, l'accés funcional a Internet i la possibilitat que s'ofereixin opcions tarifàries especials que permetin un control més gran de la despesa per part dels usuaris.

El contingut mínim del servei universal el fixa el Reglament i es resumeix en els extrems següents: *a)* tots els ciutadans poden rebre connexió a la xarxa pública telefònica fixa i accedir a la prestació del servei telefònic fix disponible per al públic; *b)* tots els abonats al servei telefònic han de disposar gratuïtament d'una guia telefònica, actualitzada i impresa i unificada per a cada àmbit territorial, que, com a mínim, sigui d'àmbit provincial; *c)* hi ha d'haver una oferta suficient de telèfons de pagament en el domini públic, a tot el territori nacional, i *d)* els usuaris discapacitats o amb necessitats socials especials han de tenir accés al servei telefònic fix disponible per al públic en condicions equiparables a les que s'ofereixen a la resta dels usuaris. Ara, d'acord amb la nova Llei, s'afegeixen —com he comentat anteriorment— dues noves obligacions per als operadors que (article 23) el Ministeri designi per atendre el servei universal.

Actualment, agradi més o menys, s'acaben els monopolis i la reserva en exclusiva cau sola, la qual cosa no vol dir, ni de bon tros, que s'hagi de considerar el mercat des de la unilateralitat. No. El mercat ni és ni pot ser la font del dret, sinó que és el context en el qual hem de treballar i en el qual hem d'interpretar el dret públic perquè en cap moment no claudiqui davant del sentit i la missió que té: garantir el benestar de tothom.

Avui dia, l'Administració ha de complir perfectament la seva funció garant per tal que es respectin les regles del joc. Això comporta reconèixer el paper central en matèria de serveis regulats de l'usuari, al qual cal facilitar l'accessibilitat, la qualitat i l'assequibilitat, precisament les tres característiques que defineixen el servei universal.

Certament, sense la història del servei públic avui no podríem trobar solucions en els contextos regulats. La regularitat, la continuïtat, etc., són notes del servei públic que també són vàlides per a serveis d'interès general, tal com s'anomenen actualment els serveis públics liberalitzats.

Per tant, la tasca de l'Administració pública és molt important per preservar el servei universal. Ni pot abusar de la seva posició per sotmetre l'empresari a situacions irracionals, ni ha de tolerar que el mercat castigui els més febles. Per aquest motiu, avui més que mai, el dret administratiu es presenta com el dret del poder per a la llibertat.