

## LA INFLUENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL EN LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EUROPEO

Leonor M. MORAL SORIANO\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Servicio público como técnica de intervención pública.* III. *Intervención pública en la economía: las posturas de la UE.* IV. *Cuando los SIEG y los servicios públicos se encuentran.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

El título de esta contribución puede parecer muy pretencioso, “La influencia del derecho español” en el derecho europeo; como si el sistema jurídico del sur de Europa fuera determinante y hubiera llegado al panorama jurídico para contrarrestar la hegemonía de sistemas como el escandinavo en materia de intervención pública en la economía.

Además, es un título que puede inducir a error, porque no existe el “servicio público europeo”. El término “servicio público” se menciona en el artículo 93 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) y en relación al reembolso de determinadas obligaciones del servicio público de transportes. No se menciona más ni en el Tratado ni en los protocolos que le acompañan.

Este título, pretencioso y posiblemente erróneo, lo he elegido para llamar la atención sobre lo acaecido en una situación concreta de regulación múltiple: el encuentro de la regulación de la intervención pública en la economía para garantizar la provisión de servicios públicos (por parte de los Estados) con la regulación de la intervención pública en la economía para garantizar el mercado único de la Unión Europea (por parte de la UE).

---

\* Universidad de Granada, España.

Los servicios públicos en Estados como España, Francia e Italia vertebran el concepto mismo de Estado. El interés general protegido por el Estado justifica esta forma de intervención en la economía, normalmente protegida por medidas extraordinarias como ayudas de Estado, derechos exclusivos, o incluso monopolios públicos.

Paulatinamente a la creación del mercado único y con el refuerzo de la integración europea, las instituciones de la UE, la Comisión y el TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), consideraron que la intervención pública debía someterse a las reglas de la competencia del derecho europeo y en concreto a lo relativo a los derechos exclusivos, las ayudas de Estado y a la contratación pública. Éstos son verdaderos azotes jurídicos (con respaldo jurisprudencial) que han delimitado los contornos de los servicios públicos en países como España, donde la noción está inescindiblemente unida a la propia existencia y justificación del Estado.

Pues bien, lo sorprendente de esta situación de regulación múltiple es que no se resolvió con los consabidos principios de primacía y efecto útil, sino que dio lugar a la creación de una institución jurídica nueva que se incorporó al TFUE con el Tratado de Ámsterdam en 1997: la de *servicios de interés económico general* (SIEG en adelante). A ésta le sigue la de *servicios sociales de interés general* (SSIG en adelante), acuñada por la Comisión y amparada por el TJUE, si bien, aún no ha sido incorporada a los tratados.

Estas figuras, SIEG y SSIG, son uno de los tantos hitos de la relación de influencia mutua entre los Estados y la Unión Europea. En este sentido, coincide perfectamente con el espíritu de la actividad académica en la que se gestó este volumen: en situaciones de regulación múltiple, la de Europa con sus Estados miembros, o la del Estado federal de México con sus estados federados, la relación no es ni *top-down* (tampoco *botton-up*) sino de influencia mutua: de un lado, la noción de servicio público compartida por bastantes Estados miembros en su versión fuerte (Francia, Italia y España) ha reforzado el valor no de mercado de la integración dando lugar a los SIEG e incluso ha evolucionado hacia la creación de los SSIG. De otro lado, el derecho europeo ha desarrollado las obligaciones de servicio público, y las obligaciones de servicio universal (para la provisión de SIEG) que han influido en la noción tradicional de los servicios públicos a la vez que ha instigado cambios en el derecho público nacional.

## II. SERVICIO PÚBLICO COMO TÉCNICA DE INTERVENCIÓN PÚBLICA

El derecho público regula técnicas de intervención pública que están fundadas en la noción de interés general. Estas técnicas de intervención se dividen en tres tradicionales categorías:

- 1) Técnicas de policía administrativa. La intervención pública limita el ámbito de actuación del sector privado regulando, prohibiendo, reprimiendo o sancionando determinadas actividades.
- 2) Técnicas de promoción. El Estado apoya a empresas públicas o privadas mediante ayudas financieras para la realización de actividades de interés general.
- 3) Técnicas de servicio público. En este caso el Estado ofrece directa o indirectamente los servicios de naturaleza económica (transporte, abastecimiento de agua, recogida de residuos urbanos, etcétera) y no económica (asistencia a drogodependientes, ayuda a niños en riesgo de exclusión social, acogida de menores no acompañados, etcétera) que garantizan un mínimo estándar para los ciudadanos.

Estas técnicas han sido elaboradas en el marco del Estado social, es decir, de un Estado íntimamente relacionado con la sociedad que modela el orden social evitando, controlando y ofreciendo garantías contra los riesgos generados por el funcionamiento de la economía.

En España, cambios económicos y tecnológicos influyen en el contenido de servicio público. Desde los años setenta la forma tradicional de intervención pública directa en la economía ha acumulado demasiados errores debido a una pésima gestión pública, a la pobre planificación económica, a la falta de incentivos para las empresas privadas, y al uso político de las empresas públicas.

También los desarrollos tecnológicos han erosionado la tradicional justificación de la intervención pública en la economía. Así, mientras que inicialmente razones tecnológicas justificaban la creación de monopolios naturales para la provisión de servicios públicos —sólo el Estado podía hacer frente a los costes de las redes necesarias para el suministro de electricidad, las telecomunicaciones o el transporte ferroviario— actualmente el nivel de desarrollo tecnológico produce el efecto opuesto: las redes pueden ser establecidas por empresas privadas y la competencia entre proveedores privados genera innovación tecnológica.

La integración de España en la Unión Europea, finalmente, es un factor institucional crucial que ha alterado la importancia y el contenido de las técnicas de intervención pública. Por ejemplo, típicas técnicas de promoción y revitalización de sectores económicos como los derechos de monopolio, las ayudas de Estado o la exoneración de la contratación pública para ciertas operaciones contractuales distorsionan la competencia entre empresas por lo que la legalidad de estas formas de intervención estará sujeta ahora al escrutinio del derecho europeo de la competencia.

En definitiva, en el actual Estado social la relación entre las esferas públicas y privadas está gobernada por la hegemonía del mercado. La liberalización de servicios públicos ha promovido técnicas de policía en el mercado, de regulación de sectores y de fiscalización de su funcionamiento a la par que ha modulado la actividad de servicio público como una actividad de garantía del servicio, pero no como una garantía de prestación directa del mismo. Todo para lograr que los servicios públicos —típicamente anti-competitivos— tengan que ser ajustados a una economía competitiva.

### III. INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA: LAS POSTURAS DE LA UE

Como se ha explicado antes, la referencia al servicio público sólo aparece una vez en el TFUE en relación con el transporte. Para la Comisión, el término de servicio público es ambiguo porque a veces se alude al hecho de que un servicio se ofrece al público en general, otras hacen referencia al régimen de propiedad de la entidad que presta el servicio y otras resalta el hecho de que se ha asignado al servicio una misión específica de interés general (interés público) para lo que se vulneran las reglas de la competencia, de las ayudas de Estado o de la contratación pública. Así expresado, el servicio público suele tener escasa aceptación en un modelo económico liberal, especialmente cuando nos referimos a los servicios de naturaleza industrial o comercial.

Ahora bien, es erróneo considerar que el concepto de servicio público es ajeno al derecho europeo, especialmente si se tiene en cuenta que este ordenamiento jurídico refleja las preferencias y las opciones de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. La noción de servicio público forma parte del derecho público de los Estados miembros, si bien se otorga una relevancia muy distinta. En países como Francia, Italia y España un concepto fuerte de servicio público gobierna gran parte de la intervención pública en la sociedad y en la economía, logrando articular, igualmente, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Sin embargo, para otros Estados miem-

bros, como el caso del Reino Unido, Alemania o los Países Bajos, la noción de servicio público no tiene efectos constitucionales tan cruciales.

Cuando tradiciones jurídicas distintas se encuentran en el ámbito del derecho europeo y de la integración jurídica europea se plantea la necesidad de alcanzar compromisos. Los Estados miembros aportarán al derecho europeo el concepto de servicio público y de interés general que justifica la intervención pública en la economía; el derecho europeo debe aportar una forma de hacer compatible el servicio público con el mercado único, la competencia y la contratación pública.

El resultado de este compromiso es el reconocimiento de los SIEG (creados *ex novo*) que están expresamente mencionados los artículos 14 y 106.2 TFUE así como en el Protocolo número 26 del TFUE. En ninguna de estas fuentes jurídicas hallaremos su definición.

Hay que acudir a las Comunicaciones de la Comisión europea para encontrar una definición de SIEG: actividades económicas para la provisión de bienes o servicios que satisfacen el interés general y que no podría ser ofrecidos (o lo serían en otras condiciones de calidad, seguridad en el suministro, accesibilidad económica, igualdad, y acceso universal) por el mercado si no existiera intervención pública. A este fin, una obligación del servicio público o una obligación de servicio universal se puede imponer a los proveedores.

En definitiva, los SIEG son aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros imponen obligaciones de servicio público en virtud del interés general.

Hasta llegar a los SIEG y las obligaciones de servicio público, el recorrido fue el siguiente:

### 1. Fase 1: *integración negativa*

Inicialmente eran los Estados miembros quienes decidían cuál era el interés público a satisfacer y cuál era el contenido de las obligaciones impuestas a las entidades que prestaban estos servicios sin olvidar que también se les atribuían derechos especiales y exclusivos a fin de compensar el coste del servicio ofrecido. La UE ejercía un estrecho control sobre las empresas que prestan servicios públicos en una fase de la integración europea dominada por la idea de integración negativa (eliminación de obstáculos al mercado interior y a la competencia) y de creación de los mercados a través de la liberalización de determinados sectores económicos.

A esta fase pertenecen decisiones del TJUE como *Höfner*,<sup>1</sup> *ERT*<sup>2</sup> y *Merci*.<sup>3</sup> En los que el TJUE interpretó de manera estricta la compatibilidad con el mercado europeo y la competencia de los privilegios que los Estados conferirían a las empresas que ofrecía servicios públicos: el Estado incumple el derecho comunitario de la competencia cuando la empresa privilegiada, *por el mero hecho de ejercer su derecho, no puede sino abusar de su posición* (*Höfner* para. 29); o bien existe abuso de posición dominante cuando los derechos exclusivos atribuidos a la empresa privilegiada crean una situación tal que la *aboguen al abuso* de su posición (*ERT* para. 37) o que la *induzcan a tal abuso* (*Merci* para. 19).

Esta tendencia a favor de los valores de mercado resultaba imposible de mantener hasta sus últimas consecuencias por dos razones:

- 1) En primer lugar el derecho europeo no podía eludir que para la mayoría de los Estados miembros la noción de servicio público determina el concepto de Estado. Por ello, los Estados miembros eran muy reticentes a aceptar que el derecho europeo tuviera una influencia sobre el servicio público tal que debilitara su carácter vertebrador del derecho público.
- 2) En segundo lugar la integración negativa ayudaba al desmantelamiento de los monopolios públicos creados para la prestación de servicios públicos, pero seguía siendo necesario corregir el mercado para asegurar el servicio universal, es decir, el acceso a un servicio de calidad específica, a un precio asequible, a todos los ciudadanos e independientemente de su situación económica, social o geográfica.

## 2. Fase 2: integración positiva

Tiene lugar la segunda fase de creación positiva de mercado en la que se gestan dos aspectos fundamentales para el posterior desarrollo de la noción de SIEG. En primer lugar las obligaciones de servicio público (o de

---

<sup>1</sup> Asunto C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser vs. Macrotron GmbH*, de 23 de abril de 1991, Rep. p. I-1979.

<sup>2</sup> Asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE y Panellinia Omospondia Syllogon Prosofikou vs. Dimotiki etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolaos Avdellas y others*, de 18 de junio de 1991, Rep. p. I-2925.

<sup>3</sup> Asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA vs. Siderurgica Gabrielli SpA*, de 10 de diciembre de 1991, Rec. p. I-5889.

servicio universal) son impuestas tanto por los Estados miembros como por la Comunidad, especialmente mediante las directivas de liberalización de sectores como el de la telefonía o el de la energía eléctrica y el gas. En segundo lugar las obligaciones de servicio público (o de servicio universal) se imponen para la consecución de ciertos objetivos de interés público. Esto significa que el papel de la UE con relación a los SIEG no está dominado por la integración negativa y la creación de mercado; al contrario, la integración positiva en la forma de medidas regulativas que corrigen el funcionamiento de mercados abiertos a la libre competencia forma ya parte del concepto de SIEG.

Es entonces cuando la Comisión siguiendo la doctrina del TJCE, que dio un giro con el asunto *Corbeau*,<sup>4</sup> define los SIEG como aquellos servicios que cumplen tanto una misión económica como una misión de interés público (COM 2000/580/final). Son la combinación de valores de mercado y valores no-de-mercado porque su regulación persigue su eficiencia a la vez que su acceso universal, precios asequibles, protección ambiental y penetración social y territorial. Además, la Comisión en su comunicación sobre los SIEG ha indicado que la misión de interés público que satisfacen los SIEG se debe interpretar de acuerdo con los intereses de los ciudadanos, y en concreto con 1) el alto nivel de protección ambiental; 2) con la penetración social de los SIEG, y 3) con la completa penetración territorial de los SIEG, especialmente en áreas remotas.

El reconocimiento institucional de esta dimensión no-de-mercado de los SIEG llega con el Tratado de Ámsterdam en 1997 (entrada en vigor en 1999) que introduce en su artículo 16 (actual artículo 14 TFUE) que “Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de la aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”. Esta redacción se conserva actualmente con las correspondientes referencias a los artículos que ya han cambiado de numeración.

Este precepto es el resultado de una batalla política liderada por Francia y apoyada por España en el seno de la UE. No es una novedad apreciar que el derecho público francés está basado en la noción de servicio públi-

<sup>4</sup> Asunto C-320/91, Procedimiento penal contra P. Corbeau, de 19 de mayo de 1993, Rep. p. I-2533.

co: la realización del interés público por el Estado requiere la intervención pública mediante la provisión de servicios públicos. Francia quería que el derecho europeo participara también de esta noción fuerte, no tanto para adaptar este ordenamiento jurídico al derecho francés, sino para limitar los poderes legislativos de la Comisión en la liberalización de determinados servicios que en Francia eran ofrecidos por empresas públicas en régimen de monopolio.

El artículo 14 TUE proclama que los SIEG son uno de los valores compartidos por la Unión Europea y que tienen un papel crucial en la promoción de la cohesión social y territorial. Es decir, están estrechamente vinculados en la elaboración de políticas comunitarias y en la corrección de mercados. Esta noción sí permite abandonar el concepto de integración negativa: ahora está justificada la integración positiva, esto es, la regulación de la UE de los SIEG para crear, pero sobre todo para corregir el mercado.

También la Carta de los Derechos Fundamentales que fue solemnemente proclamada con ocasión de la firma de Tratado de Niza establece, en su artículo 36, que “La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los tratados con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”.

En el derecho europeo parece evidente que la intervención pública vía SIEG está basada en el derecho fundamental al acceso a servicios básicos (tal como recoge la Carta Europea de derechos fundamentales) más que en la obligación de suministrar el servicio. Por eso, en la regulación de los SIEG y de las obligaciones de servicio público o de las obligaciones de servicio universal, se presta atención a la protección y promoción de los derechos de los ciudadanos, superando ya el esquema más limitado de defensa de los derechos de los consumidores. Efectivamente, cuando el derecho europeo vaya a regular el contenido de las obligaciones de servicio público o de servicio universal en el marco de los SIEG, verá en el destinatario de los mismos no sólo a consumidores, sino también a ciudadanos con derechos de participación en el proceso de toma de decisiones.

Que el destinatario de los SIEG sean los ciudadanos europeos revitaliza el papel del Parlamento Europeo en la regulación europea de los SIEG que recibe de los ciudadanos su legitimidad democrática. Una muestra del interés del Parlamento Europeo en torno a los SIEG y los servicios públicos en general la ofrece su activa participación en la preparación de la cumbre que aprobó el Tratado de Ámsterdam donde se introdujo el artículo 16 (actual artículo 14 del TFUE). El Parlamento Europeo se mostró entonces de



acuerdo en incorporar los servicios públicos en el Tratado y en la creación de una “Carta Europea de los Servicios Públicos”. En una de sus resoluciones (13 de marzo de 1996) llegó a defender la inserción el Tratado de “los principios fundamentales del servicio público, a saber, accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad, calidad, transparencia y participación”.<sup>5</sup>

Junto a los valores tradicionales de los SIEG —accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad y calidad— elaborados tanto por la doctrina del TJUE como por la Comisión, el Parlamento Europeo incluye otros nuevos: los de transparencia y participación, que son típicos de la estrecha vinculación de los SIEG a los ciudadanos y no simplemente a los consumidores.

### 3. Fase 3: Los SSIG

En 2011 la UE adoptó el Marco de calidad para los SIG donde menciona otra categoría jurídica para controlar la intervención pública en la economía y limitar: los SSIG. El valor social de los servicios de interés general (especialmente al mencionar en el derecho originario europeo la distinción entre servicios de interés económico general y servicios de interés no económico general) condujo a la aprobación de la *Comunicación de la Comisión sobre los Servicios Sociales de Interés General en la UE* (COM (2006) 177). Vinculado con esta línea de actuación de la Comisión, los SSIG tienen también un antecedente en la Directiva 2006/123/CE de servicios, en su considerando 34 excluye de su ámbito de aplicación las “actividades prestadas por el Estado o en nombre del Estado sin una contrapartida económica en el marco de sus obligaciones sociales, culturales, educativas y judiciales”. Se trata de actividades conectadas con el ejercicio de los poderes públicos como el ámbito judicial. También el considerando 27 de dicha Directiva de servicios habla de excluir de su ámbito de aplicación los servicios sociales en tanto que esenciales para garantizar los derechos fundamentales a la dignidad y la integridad humana, y que constituyen una manifestación de los principios de cohesión y solidaridad social. Aparte de esta referencia, no hay base legal en el Tratado para que la UE regule una categoría como los SSIG.

Pero esta falta de base legal no evita que las actividades de naturaleza puramente social hayan sido analizadas bajo el prisma del derecho europeo de la competencia, como ha sucedido con los servicios de seguros y planes

---

<sup>5</sup> El CEEP (Centro Europeo de Empresas Públicas y de Servicios Públicos) realizó propuestas muy similares a las del Parlamento Europeo, destacando igualmente los valores de transparencia y concertación como valores nuevos que se deben incorporar a los SIEG.

de pensiones o el monopolio de oficinas públicas de empleo, o la educación pública. Esta es la estrategia de la UE, y en concreto de la Comisión: ampliar su ámbito de influencia a una suerte de política social europea a la vez que refuerza el cumplimiento del derecho de la competencia.

En este sentido cabe preguntarse si la Comisión europea quiere armonizar los modelos nacionales de Estado del bienestar. La respuesta debe ser positiva si nos atenemos a políticas como igualdad de género, inclusión social o migración puesto que tienen un marcado componente europeo. Ahora bien, los intentos de regular el núcleo del estado del bienestar a nivel europeo han encontrado la resistencia de los Estados miembros.<sup>6</sup>

Para la Comisión, los SSIG son aquellos que responden a las necesidades de los ciudadanos más vulnerables y están basados en los principios de solidaridad y de acceso igualitario. Pueden ser de naturaleza económica o no-económica.<sup>7</sup> La Comisión distingue:

- Servicios sanitarios.
- Servicios relacionados con la seguridad social, y otros que obligatoriamente están relacionados con la salud, el envejecimiento, los accidentes de trabajo, el desempleo, la jubilación o la incapacidad laboral.
- Servicios de asistencia para la inclusión social y la protección de derechos fundamentales: asistencia a personas en riesgo de exclusión, asistencia para la reintegración y el retorno al mercado de trabajo, integración de personas con enfermedades crónicas y discapacidad, vivienda social.

El tratamiento que reciben los SSIG por parte del derecho europeo, y sobre todo de la Comisión, parece orientado a valorar sus sinergias y no la contraposición entre reglas del mercado interior y de la competencia, de un lado, y cohesión social de otro.<sup>8</sup> Sin embargo, el TJUE y la Comisión examinan caso por caso si un servicio declarado social tiene o no naturaleza eco-

---

<sup>6</sup> Véase: Hay, Colin y Wincott, Daniel, *The Political Economy of European Welfare Capitalism*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2012, pp. 152-154; también Adnett, Nick y Hardy, Stephen, *The European Social Model: Modernisation or Evolution*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005.

<sup>7</sup> La diferencia entre servicios de interés económico general y servicios de interés no económico general aparece en el derecho originario por primera vez en el Protocolo adjunto al Tratado de Lisboa.

<sup>8</sup> Barutti, Sarah y Moreno, Marta, “El derecho europeo aplicable a los servicios (sociales) de interés general”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 97, 2012, p. 87.

nómica y por lo tanto queda sometido o no a las reglas de la competencia, de las ayudas de estado, de la contratación y la libertad de establecimiento. Efectivamente, cuando los servicios son prestados por el propio Estado (directamente o por servicios *in-housing*) sin que exista contraprestación nada parece indicar que exista una naturaleza económica. Sin embargo, cuando se contrata a un tercero bajo contraprestación para que ofrezca el servicio, se considera que sí existe una naturaleza económica y que las reglas del TFUE se aplican, especialmente las relativas a las ayudas de Estado, y a la contratación pública.

Los Estados se resisten a ceder competencias en el ámbito de los derechos sociales, y el TJUE y la Comisión llevan una dirección opuesta: la de examinar los derechos sociales bajo el prisma de las libertades económicas de la Unión. El resultado es el desequilibrio y la casuística excesiva a la hora de determinar la compatibilidad de los SSIG con el derecho europeo, si bien la Comisión acusa a los Estados miembros de complicar la aplicación de reglas relativamente sencillas.

#### IV. CUANDO LOS SIEG Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS SE ENCUENTRAN

Hasta ahora se ha argumentado que los SIEG y SSIG, de un lado, y los servicios públicos, de otro, son técnicas de intervención pública, la primera elaborada por el derecho europeo y la segunda por los Estados. La concepción orgánico-subjetiva de los servicios público conducía a la *publicatio* de las actividades y a su prestación directamente por el Estado o por medio de un concesionario; los SIEG tienen una concepción funcional-material ya que su finalidad no es la prestación, sino la garantía de la misión pública que estos servicios satisfacen.

Son distintas técnicas que no han impedido que haya una mutua influencia entre SIEG y servicios públicos caracterizada por la incorporación de valores no de mercado en el concepto de SIEG y por una integración positiva, de un lado, y la incorporación del carácter funcional-material a la noción de servicio público, por otro.

##### 1. *El servicio público influye al SIEG*

La influencia de la noción de servicio público sobre el SIEG y el SSIG ha operado por la vía política y judicial.

La vía política de influencia es, evidentemente, la incorporación del artículo 14 al TFUE con el Tratado de Ámsterdam. En primer lugar, el artículo 14 TFUE establece la importancia de los SIEG como valor compartido de la Unión. Como consecuencia, esta técnica de intervención ya no puede ser definida en términos negativos, es decir, no puede ser considerada exclusivamente como un instrumento que crea mercado eliminando los obstáculos a la libre competencia; ahora los SIEG deben ser definidos en términos positivos, es decir, como una técnica de intervención que contribuye a la cohesión territorial y social de la Unión.

En segundo lugar, el reconocimiento de la naturaleza no de mercado de los SIEG ha conducido a un control judicial más relajado sobre la intervención de los Estados miembros en la economía, particularmente después de los asuntos *Corbeau* y *Almelo*.<sup>9</sup> En ambos asuntos el TJCE tuvo que valorar la legalidad bajo el derecho europeo de los derechos exclusivos y especiales otorgados por los Estados miembros en el sector postal y el eléctrico respectivamente. El TJCE concluyó que los Estados miembros pueden conferir derechos exclusivos, que ciertamente constituyen un obstáculo en la aplicación de las normas de la competencia, en tanto que, “las restricciones a la competencia, o incluso la exclusión de toda competencia por otros operadores económicos, sea necesaria para asegurar la prestación de la misión asignada a las empresas titulares de los derechos exclusivos (asunto *Corbeau* para. 14)”.

## 2. El SIEG influye el servicio público

Hoy en día, contamos con un concepto de servicio público nuevo. Como sintéticamente aprecia Molina del Pozo:

La revisión conceptual consiste, fundamentalmente, en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusión, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, es decir, libertad de entrada (previa autorización reglada o comunicación responsable), con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amorti-

---

<sup>9</sup> Asunto C-393/92, Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf IJsselmij NV, de 27 de abril de 1994, Rep. p. I-1477.

zación y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial en la que hay que luchar por el cliente.<sup>10</sup>

Ariño ha indicado los caracteres de este nuevo servicio público:<sup>11</sup>

- La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto sino de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de él.
- El abandono del concepto de reserva con el régimen jurídico que lleva consigo: la titularidad a favor del Estado, la concesión como transferencia del título, etcétera.
- Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva por un régimen abierto. La imposición de obligaciones es necesaria para asegurar la prestación del servicio.

Este nuevo concepto de servicio público se ha beneficiado de la influencia del concepto europeo de SIEG. En fin, el derecho europeo tiene un efecto desarmonizador<sup>12</sup> más que armonizador porque genuinos conceptos jurídicos como el de servicio público deben adaptarse al derecho comunitario.

## V. CONCLUSIONES

La necesidad de salvaguardar la primacía del derecho europeo y el papel atribuido a los jueces y tribunales en este sentido (el juez nacional es también juez europeo) ha promovido la influencia mutua entre el derecho público interno y el europeo y entre los distintos derechos nacionales. El derecho interno se ha hecho permeable a la influencia del derecho europeo, algo especialmente cierto en la recepción de principios administrativos como el de proporcionalidad, confianza legítima, la obligación de motivar los actos administrativos y la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad del derecho europeo. Igualmente, la institución jurídica de servicio público se ha abierto a la influencia del derecho europeo, afectando a su fundamento, a

<sup>10</sup> Molina del Pozo, Carlos, “Los servicios de interés general en el derecho comunitario: especial referencia a su regulación en el Tratado de Ámsterdam”, Cuadernos Europeos de Deusto, 1999, núm. 21, pp. 125-160.

<sup>11</sup> Ariño, Gaspar, “Derecho público y mercado”, en Ariño y Asociados (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Granada, Comares, 2002, pp. 96 y 97.

<sup>12</sup> Dehousse, R., *The European Court of Justice*, Londres, MacMillan, 1998.

su naturaleza y a su contenido. Pero también el derecho europeo ha recibido una fuerte influencia del derecho interno; en concreto, los SIEG han dejado de ser un instrumento de intervención negativa para impulsar la actuación comunitaria en ámbitos ligados no sólo a la defensa del mercado interior sino a la promoción de políticas sociales comunitarias. A pesar de esta mutua influencia, no se debe hablar de convergencia: servicios públicos y SIEG y SSIG son conceptos distintos, acuñados por ordenamientos distintos y que responden a fines distintos: el interés general europeo en el caso de los SIEG y SSIG y el interés general nacional en el caso del servicio público.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADNETT, N. y HARDY, S., *The European Social Model: Modernisation or Evolution*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005.
- ARIÑO, Gaspar, “Derecho público y mercado”, en Ariño y Asociados (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Granada, Comares, 2002.
- BARUTTI, Sarah y MORENO, Marta, “El derecho europeo aplicable a los servicios (sociales) de interés general”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 97, 2012.
- DEHOUSSE, R., *The European Court of Justice*, Londres, MacMillan, 1998.
- HAY, Colin y WINCOTT, Daniel, *The Political Economy of European Welfare Capitalism*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2012.
- MOLINA DEL POZO, Carlos, “Los servicios de interés general en el derecho comunitario: especial referencia a su regulación en el Tratado de Ámsterdam”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 1999, núm. 21.