

# Usuarios y Servicios de Interés General Energéticos

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz\*

## Resumen:

El Derecho Administrativo moderno debe enmarcarse en el Estado Social y Democrático de Derecho. Los ciudadanos, usuarios de los servicios de interés general, ocupan un lugar central en todas las categorías del Derecho Regulatorio. Disponen de un estatuto jurídico que les permite estar presentes en las decisiones que le afectan y poder impugnar las decisiones que lesionen sus derechos.

## Palabras clave:

Derecho Administrativo Económico – Derecho Regulatorio – Interés general – Ciudadanos – Usuarios

## Abstract:

Modern Administrative Law must be considered within the Social and Democratic Rule of Law. Citizens, as users of services of general interest, are at the centre of all the categories of Regulatory Law. They have a legal status that enables them to be present in the decisions that affect them and they can contest decisions that harm their rights.

## Keywords:

Economic Administrative Law – Regulatory Law – General Interest – Citizens – Users

## Sumario:

1. Introducción – 2. Los ciudadanos y el Poder público – 3. El nuevo Derecho Administrativo y los ciudadanos – 4. Los Servicios de Interés General – 5. Reflexión final: Los usuarios y los Servicios Públicos

\* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña y Director de su departamento de Derecho Público Especial (desde 1992). Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (1986). Doctor Honoris Causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua (2009). Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Española de Ciencias Administrativas (desde 2004). Presidente honorario de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo (2011). Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas (desde 2001).

## 1. Introducción

Los nuevos enfoques y aproximaciones que podemos encontrar al tratar sobre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración pública suelen coincidir en la centralidad de la persona, del ciudadano, del particular, o del administrado. Es, me parece, la consecuencia de poner en orden un marco general en el que por bastante tiempo prevaleció una idea de la Administración como poder conformador y configurador de lo público desde esquemas de unilateralidad. También en materia de servicios públicos y de servicios de interés general, donde el usuario se ha convertido, afortunadamente, en el centro de atención de su tratamiento jurídico, llegándose a proponer –como veremos– que el interés general en la materia se encuentra en la existencia de mejores precios a mejores servicios, consagrándose la libertad de elección de los usuarios como un criterio central del sistema que permite una mayor calidad en la prestación de estos servicios.

La filosofía política de este tiempo parece tener bien clara la consideración del papel de la persona en relación con el poder público. Desde este punto de vista, la persona no puede ser entendida como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones y resoluciones públicas. Definir a la persona, al ciudadano, como centro de la acción administrativa y del ordenamiento jurídico-administrativo en su conjunto supone considerarlo como el protagonista por excelencia del espacio público, de las instituciones y de las categorías del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración. Es decir, a la hora de construir las políticas públicas, a la hora de diseñar los conceptos del Derecho Administrativo debe tenerse presente la medida en que a su través se pueden mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. En materia de servicios públicos y de servicios de interés general, esta reflexión es evidente pues éstos existen y se justifican precisamente para atender mejor a los ciudadanos en sus necesidades colectivas.

Afirmar el protagonismo de la persona es colocar el acento en su libertad, en su participación en los asuntos públicos, y en la solidaridad, en su libertad solidaria. Si nos atenemos al sentido promocional del poder público, el que sigue el artículo 9.2 de la Constitución española, podemos afirmar que, en efecto, la promoción de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, es una de las finalidades constitucionales de la Administración pública. En este sentido, las decisiones en materia de servicios públicos y de servicios de interés general deben estar presididas por este medular precepto constitucional, pues de lo que se trata es

conformar los servicios públicos y los servicios de interés general como entornos de humanización y de ejercicio de la libertad solidaria por parte de todos los ciudadanos. Los países con mejores servicios suelen ser países donde se facilita la libertad, donde se puede elegir entre diversas opciones.

Desde la perspectiva del usuario de dichos servicios se comprende mejor, mucho mejor, la naturaleza y la funcionalidad de los principios de continuidad y regularidad, que son además de una obligación de los operadores y de la Administración pública, un derecho del usuario de estos servicios. Si se quiere, se puede expresar esta idea con otras palabras: el interés general, en cuya virtud se ha establecido el correspondiente servicio, reclama que se garantice durante toda la vigencia del mismo la universalidad, la asequibilidad; y la calidad, en un marco de continuidad y regularidad en la prestación. Estos parámetros legales van a hacer posible la vuelta al Derecho Administrativo, a un nuevo Derecho Administrativo, menos pendiente del privilegio y de la prerrogativa y más centrado en la mejora de las condiciones de vida de los usuarios, de los ciudadanos.

## 2. Los ciudadanos y el Poder Público

En realidad, la cuestión de la centralidad del usuario de los servicios, sean públicos o de interés general, constituye una cuestión que nos aproxima al nudo gordiano de las relaciones entre el poder y la persona, entre el poder y el ciudadano. Por eso, pienso que algunas consideraciones sobre la naturaleza del poder en la democracia y la centralidad de la persona ayudan sobremedida a situarnos en el plano general del encuadramiento del tema que tiene, como es obvio, notas y connotaciones propias de la filosofía moral o política.

En efecto, las recientes transformaciones en el orden conceptual, metodológico y práctico que hoy están transformando la realidad del espacio público, nos ayudan a profundizar precisamente en el protagonismo de la persona para el Derecho Público en general, y para el derecho de los servicios públicos y de los servicios de interés general en particular.

Primera y principal reflexión: el poder, el Gobierno, la Administración pública, es de las personas, de los ciudadanos, que deben ser más conscientes de todo lo que supone la definición, análisis, ejecución y evaluación de políticas públicas. La ciudadanía, el pueblo, si se quiere utilizar esta expresión, debe tomar conciencia de su papel central en el sistema político y debe, además de reclamar y exigir una mayor eficacia en la prestación de los servicios generales, asumir su

función central y protagonista en el conjunto del entramado social y organizarse de verdad, con libertad, profesionalmente, para la defensa de sus intereses colectivos. Desde este punto de vista, cobra especial relevancia la inteligente alianza que se ha hecho en muchos países para que servicios de naturaleza social, siendo de responsabilidad pública, sean prestados efectivamente por instituciones sociales realmente preparadas para ello debido a su acreditada profesionalidad y eficacia. Edgar MORIN demostró años atrás las bondades de abrir las políticas sociales a la libre asociación de los poderes públicos con las instituciones sociales realmente preparadas para tratar humanamente con los excluidos, los desfavorecidos.

El ciudadano está en el centro, en el corazón del sistema político, por lo que el poder público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas, sino como un instrumento de servicio objetivo a la entera sociedad, como un instrumento encaminado al bienestar integral y permanente de los ciudadanos. El pueblo y el poder, o el poder y el pueblo, son realidades cada más abiertas que plantean un cambio profundo en el esquema de fundamentación y de funcionamiento de la ciudadanía en su conjunto. Pero, para ello, es menester tener bien presente que –hoy en día– esta tarea pasa por intentar que el poder se oriente a la humanización de la realidad y a la efectividad de los derechos humanos, de todos sin excepción.

El poder público, bien lo sabemos, se justifica en función de hacer posibles los fines existenciales del ser humano. Es más, el poder público se legitima en la medida en que su ejercicio se orienta hacia este objetivo. El fundamento jurídico del poder público reside en la constitución natural del orden colectivo necesario para el cumplimiento de las funciones sociales fundamentales. Dicho orden, y por tanto su autoridad, se funda en la naturaleza del hombre. Así, se encuentra perfectamente que el poder político se encuentra subordinado al bien general de todos los ciudadanos.

Vivimos, no obstante, una situación en la que este modelo, guste más o menos, está en crisis. La crisis de los valores morales unida a la crisis del llamado Estado del bienestar, han afectado al funcionamiento del sistema, desvirtuando algunos de sus elementos esenciales. Efectivamente, hemos asistido al desmoronamiento de un sistema basado en el intervencionismo, en el que el Estado y la administración pública estaban presentes en todos los rincones de nuestra vida. El sistema, a pesar de los pesares, continua vigente, si bien con más o menos presencia e intensidad según países y regímenes políticos. En efecto, rara es la situación en la que no tenemos que contar, hasta

para las más pequeñas tareas, con la presencia del gobierno de España, de la Comunidad Autónoma, del Ayuntamiento, o de alguna empresa o ente dependiente de éstos. El resultado es que, finalmente, el Estado, omnipresente para todo, se muestra incapaz para responder a las cuestiones esenciales que necesita la ciudadanía debido a que se le encomienda toda una panoplia de actividades que exceden con mucho de sus posibilidades y auténticas funciones. Esa ineficacia obedece a múltiples razones, pero la que me interesa destacar en este momento es que el tiempo de la definición unilateral del interés público pasó. Hoy el interés general se define desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

En realidad, esta crisis, de la que se venía hablando hace años, sólo ha tomado verdadero cuerpo en el momento en que se ha producido un crecimiento desmedido del gasto público, porque se pensaba que la solución a los males sociales era más Estado, más funcionarios, más decretos, más gasto público, como si el sector público fuese la solución mágica para cualquier problema social. Hoy la sociedad ha tomado conciencia de esta situación y reclama nuevas fórmulas, nuevos enfoques y nuevas soluciones desde una consideración más abierta y plural del interés general.

No se trata más que de dar cumplimiento a los principios que están recogidos en nuestra Constitución, que proporciona el marco normativo y de valores suficiente para devolver al ejercicio del poder político su sentido originario. En efecto, los modelos políticos y administrativos deben construirse a partir del ciudadano, de la persona, en función de sus necesidades colectivas, porque –como dispone la Constitución Española–:

*“...la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales (...) y actúa de acuerdo con el principio de eficacia y descentralización (...), con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 Constitución Española). Además, la programación y ejecución del gasto público, “responderá a los principios de eficacia y economía” en el marco de “una asignación equitativa de los recursos” (artículo 31.2 Constitución Española).*

La configuración del Estado social y democrático de Derecho supone una nueva funcionalidad de la administración pública. En efecto, la Administración pública, al gestionar los intereses colectivos, no tiene ya que imponerse a los ciudadanos. Más bien, debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad y, por tanto, del pueblo en la elaboración de los criterios rectores que impulsen los intereses colectivos. En otras palabras, la administración

ya no es dueña del interés público, sino que está llamada, por su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para definir las políticas públicas.

Quiere eso decir que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración Pública, de manera que tengan una decisiva participación en la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. Desde esta perspectiva, puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos. Esta aproximación, no lo oculto, se apoya en la consideración, prevista en la Constitución, de que los derechos fundamentales y la dignidad de la persona son los fundamentos del orden político y la paz social (artículo 10.1 Constitución Española). De esta manera, se puede entender que los poderes públicos tengan la misión de crear un clima en el que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales y colaborar con la propia administración en la definición de los intereses públicos. Los derechos fundamentales ya no son solamente ámbitos exentos de la actuación de los poderes públicos, como ha reconocido reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, sino elementos y líneas directrices del conjunto de la actividad de la Administración. En este contexto, en esta dirección, pienso que estaremos más cerca de un aparato público que oferte servicios de calidad y que promueva los derechos fundamentales de los ciudadanos.

### 3. El nuevo Derecho Administrativo y los ciudadanos

La caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo, en España, necesarios replanteamientos de dogmas y criterios que han rendido grandes servicios a la historia del Derecho Público y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado Social y Democrático de Derecho, por cierto bien diferentes en su configuración, y en sus consecuencias, a los del nacimiento del Estado-Providencia y a las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, conceptual e institucionalmente, a los nuevos tiempos, pues de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia, o, en otros términos, el Derecho del poder

para la libertad, como ha señalado atinadamente González Navarro. En materia de servicios públicos y de servicios de interés general, este punto de vista es fundamental, porque introduce una nueva manera de acercarse a este sector del Derecho Administrativo.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado al arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, a la objetiva y a la consideración mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático. Desde este punto de vista, es menester sobrevolar, y superar, la atalaya, el observatorio, desde el que se construyó un Derecho Administrativo, especialmente en materia de servicios públicos, en el que lo capital y central eran los privilegios o las prerrogativas del poder público.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual. *El Derecho Constitucional pasa; el Derecho Administrativo permanece*, es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto MAYER, que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Hoy, el interés general se define, no ya unilateralmente por el Estado, sino a través de una justa e inteligente alianza entre el poder y los agentes sociales que, en cualquiera de sus modalidades, deben tener como elemento central la garantía de los derechos de los ciudadanos desde parámetros de solidaridad.

Es decir, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario (y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente que dirigió con manos de hierro la burocracia) hoy ya no es compatible

con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración Pública (y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su “status quo”) deben estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados –hasta no hace mucho– como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional.

Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta, sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea. Y es también el caso de los servicios públicos, en los que las exigencias de universalidad, asequibilidad y calidad, determinan nuevas fórmulas que subrayen la posición central de los usuarios, como tendremos ocasión de examinar en el conflicto jurídico planteado con ocasión de la reciente OPA (oferta pública de adquisición de acciones) de Gas Natural sobre Endesa, que vamos a glosar en estas líneas.

El papel y funcional del interés público general, analizado desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Esta tarea debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución “in toto” de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías por otro radicalmente distinto, sino de estar pendientes de la realidad constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones que componen el Derecho Administrativo. Desde este punto de vista, el Derecho Público se nos presenta ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado Social y Democrático de Derecho que denomino dinámico, abierto, plural y complementario.

De ninguna manera estamos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho

Administrativo. Más bien, hemos de afirmar que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que haga buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo, anteriormente referida, como el Derecho del poder para la libertad. En este marco conceptual encuentra su explicación el nacimiento de los servicios de interés general y la posición central del usuario como correlato necesario de la relevancia que ha adquirido en el Derecho Administrativo la función de garantía de los derechos de los ciudadanos como tarea fundamental a la que hoy está convocado.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía –finales del siglo XVIII– que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución “sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son gestores de funciones de titularidad ciudadana y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en una capital sentencia de 7 de febrero de 1984 a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la autoridad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y la sumisión del aparato administrativo a los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla, porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo –a veces– socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, “potestas variandi”,

potestad sancionadora, etc., requieren de nuevos planteamientos, pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos del actual y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la administración pública sino, más bien, hacer posible y facilitar.

En este sentido, la perspectiva central del ciudadano nos lleva también a buscar y encontrar nuevas figuras jurídicas que pongan al día la teoría de los servicios públicos en relación con los derechos fundamentales. De esta tarea surge el servicio de interés general que elimina la titularidad pública de determinados servicios, salvo los que en cada momento puedan ser esenciales para la comunidad, facilitando la entrada a las iniciativas sociales. Es decir, tanta libertad como sea posible y tanta intervención pública como sea imprescindible.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio, por parte de la burocracia, llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático y cerrado que se agotó en sí mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares.

En esta dimensión unilateral y cerrada del Estado de Bienestar, los servicios públicos eran la prolongación de la larga mano del Estado en la sociedad: su titularidad era pública en todos los casos, fueran de contenido social o económico. Y, sobre todo, esta perversa manera de entender el Estado de Bienestar buscaba, ahora lo sabemos bien, hacerse cargo de todos los aspectos de la vida del ciudadano, desde la cuna hasta la tumba. En el fondo, se trataba de tener a la sociedad a merced del aparato público a partir de la máxima: tanta intervención como sea posible y tanta libertad como sea imprescindible. Ahora las cosas suceden, al menos teóricamente, de otra forma

y se apuesta por la centralidad de la persona, de manera que la titularidad de los servicios públicos de naturaleza económica ha caído a manos de los servicios de interés general, y los de contenido social probablemente no muy tarde seguirán el mismo camino.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y la de los derechos fundamentales se estén salvando a partir de un nuevo Derecho Administrativo desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas sobre la base del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo Von IHERING, el gran problema de las reformas administrativas se halla en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de los dirigentes, no tanto en los cambios normativos. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad, hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo, insisto, es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester citar, aunque sea de pasada, los artículos 9, 10, 24, 31, 53 y 103 de la Constitución del Reino de España, como los preceptos en los que encontramos un conjunto de elementos constitucionales que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual. Cualquiera

que se asome a la bibliografía española del Derecho Administrativo, encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina, que a las claras demuestra como la doctrina tiene bien presente esta tarea.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

La referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy relevante sobre cuál pueda ser el elemento clave para caracterizar la administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una administración autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y de, escrito en castellano castizo, ordeno y mando. Por eso, como señalé en el epígrafe anterior, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremanera a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratándose del artículo 103 de nuestra Constitución, que la Administración pública está sometida a la Ley y al Derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio que era la principal característica que acompañaba a los monarcas de entonces. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que sigamos, lo cierto es que la administración pública debe actuar en el marco de la Ley. Además, con buen criterio se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el Ordenamiento Jurídico en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las Leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a Derecho o no de

la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del Derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo.

Además, la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el Ordenamiento a que puede someterse la administración pública es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada, porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el Ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral, el Civil o Mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cuál sea el Derecho elegido, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está insito en la utilización de fondos de tal naturaleza para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del Derecho Privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos siempre que la Administración Pública justifique racionalmente por qué en determinados casos acude al Ordenamiento privado. El caso, por ejemplo, de los servicios de interés general, calificado por determinado sector doctrinal como manifestación de la huida del Derecho Administrativo, acaba resultando sorprendentemente un ejercicio de vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que existen núcleos básicos en los que es menester seguir los criterios públicos de mérito y capacidad, de publicidad y concurrencia y, sobre todo, de garantía de principios como los de regularidad y continuidad así como la garantía de determinadas características que trae consigo, en materia de servicios públicos, la posición central del usuario: universalidad, asequibilidad y calidad.

La caracterización como objetivo de ese servicio es otra nota constitucional de gran alcance que nos ayuda a encontrar un parámetro al cual acudir para evaluar la temperatura constitucional de las reformas emprendidas. La objetividad supone, en alguna medida, la ejecución del poder con arreglo a determinados criterios encaminados a que resplandezca siempre el interés general, no el interés personal, de grupo o de facción. Lo cual, a pesar del tiempo transcurrido desde la Constitución de 1978, no podemos decir que se

encuentre en una situación óptima, pues todos los gobiernos han intentado, unos más que otros, abrir los espacios de la discrecionalidad y reducir las áreas de control, por la sencilla razón de que erróneamente se piensa tantas veces que la acción de gobierno para ser eficaz debe ser liberada de cuantos más controles, mejor. Es más, existe una tendencia general en distintos países a que el gobierno vaya creando, poco a poco, estructuras y organismos paralelos a los de la Administración clásica con la finalidad de asegurarse el control de las decisiones que adoptan. En el fondo, en estos planteamientos late un principio de desconfianza ante la Administración Pública que, en los países que gozan de cuerpos profesionales de servidores públicos, carece de toda lógica y justificación.

#### 4. Los servicios de Interés General

El servicio público es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para DUGUIT y su escuela de Burdeos, precisamente del "servicio público", éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello durante la década de los cincuenta del siglo pasado se admitió la tesis de la "noción imposible" para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría

del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, se puede afirmar que la constitución del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado y Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica *autorizatoria* como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de FORSTHOFF todo lo invade y todo lo controla "desde la cuna hasta la tumba". Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución pública configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático de Estado de Bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecno-estructurales del interés general que, en este enfoque se reduce a autocontrol y la conservación del "status quo".

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del Bienestar veremos como el servicio público en sentido técnico- jurídico apenas cuenta y, no sé si en su lugar, pero la realidad manifiesta la emergencia de los denominados servicios de interés general, o servicios de interés económico general y, por ende, produciéndose una ilusionante vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el

pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con él, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales.

El Estado, ya no es un mero prestador de servicios públicos, sino sobre todo y ante todo, un garantizador de derechos y libertades ciudadanas para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado - Sociedad, pierde su sentido jurídico - administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuánto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

La articulación del Derecho Administrativo Constitucional sobre el servicio público requiere analizar, siquiera sea brevemente, dos preceptos de la Constitución aparentemente contradictorios y, sin embargo, bien complementarios. Me refiero, claro está, al artículo 38 y al 128 de la Constitución española.

El artículo 38 constitucional dispone:

*“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*

Por su parte, el artículo 128 de la Constitución establece:

*“1.- Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general”.*

*2.- Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.*

Es decir, el principio es el de la libertad económica en el marco del Estado Social y Democrático de

Derecho, por lo que los poderes públicos tienen la tarea preservadora, garantizadora a la que antes he hecho referencia que, en determinados casos, puede aconsejar, por ley, la reserva al Estado en exclusiva de determinados servicios denominados esenciales. Evidentemente, esta posibilidad debe ser motivada en la Ley que opere la reserva como exigencia del interés general. Pienso que, en cualquier caso, el régimen ordinario es el de libertad en el marco del Estado Social, lo que supone, ciertamente, que el régimen clásico del servicio público con sus notas tradicionales: titularidad y exclusividad, ya no encaje en el marco constitucional como fórmula habitual de prestación de los servicios públicos. Aunque, repito, en determinados casos, se pueda reservar en exclusiva al sector público determinados servicios esenciales, cuando razones de interés general, que habrán de concretarse y puntualizarse convenientemente, lo aconsejen.

Por tanto, aunque hoy sigan teniendo vigencia los motivos de la “publicatio”, en la versión de solidaridad social o procura existencial, sin embargo la expresión real de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la “publicatio” –salvo excepciones– sino la técnica autorizadora –“ordenatio”– cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio.

El principio es la libertad, pero modalizado o contextualizado por la dimensión solidaria que le es inherente. Entonces, la Administración Pública, insisto, garantiza la libertad en la prestación de los servicios de interés general con arreglo precisamente a su propia funcionalidad. Las exigencias del principio de libertad solidaria en la prestación de los servicios de interés general, no se pueden olvidar, derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos, a los usuarios.

La referencia al usuario como centro de gravedad del régimen de los servicios de interés general y los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, dibujan un nuevo mapa, una nueva hoja de ruta en la que situar el régimen actual de los denominados servicios de interés general.

No se puede olvidar que, en este ambiente, se ha planteado una de las principales tensiones que la teoría de los servicios de interés general parece solucionar. Me refiero a la tradicional polémica entre servicio público y derechos fundamentales o libertades públicas. Desde la teoría del servicio público, es claro que la titularidad pública choca frontalmente con el núcleo esencial de la libertad económica y que, por el contrario, la teoría del servicio de interés general permite el juego

del binomio libertad-interés general desde la perspectiva garantizadora de la función del Estado.

Además, no podemos perder de vista algo muy importante y que para el Derecho Administrativo es esencial: la realidad. Hoy, guste o no, existe un gradual proceso de despublificación, de desregulación, o, si se quiere, de privatización, que plantea el gran desafío común de definir el papel del Estado en relación con los servicios públicos. En Europa, tras los Tratados fundacionales y Maastricht, es menester tener presente que la realidad del Mercado Único se llama libre competencia y que, por ello, la administración pública no puede mirar para otro lado. Lo que no quiere decir, insisto, que la Administración pública ceda inerte ante los encantos del mercado. Tampoco, por otra parte, es de recibo alimentar versiones caducas que hablen de que el Estado sea la encarnación del ideal ético, como pretendía Hegel para alejarse de los postulados del mercado.

Algunos autores piensan que la pérdida de sentido de la noción clásica del servicio público es poco menos que una traición al Derecho Administrativo. Quienes así piensan, con todos mis respetos –sólo faltaría– no son conscientes de que precisamente a través del alumbramiento de nuevos conceptos como el del servicio de interés general, o el del servicio de interés económico general, el Derecho Administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y adquiriendo protagonismo desconocido.

No se trata, pues, de certificar sólo, para el tiempo presente, la muerte de una categoría jurídico - administrativa que en su día jugó un papel muy destacado en la recuperación del viejo continente tras la Segunda Guerra Mundial; se trata de registrar el nacimiento de un nuevo Derecho Administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba Von IHERING, la mejor regulación del interés general.

Hoy, por todo ello, reaparece con toda su fuerza el Derecho Administrativo en la materia que nos ocupa, en forma de servicio de interés general o servicio económico de interés general: justamente la categoría que utiliza el Derecho Comunitario Europeo para definir esta especial posición jurídica del Estado en relación con los antaño denominados servicios públicos de naturaleza económica.

Como es sabido, en los denominados servicios económicos de interés general la función de garante del Estado aparece en todo su vigor a través de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica y dónde mejor se contempla esa nueva función del Estado.

Sin embargo, frente a los nostálgicos del servicio público, que son los mismos que nos han inundado de pesimismo enarbolando la bandera de la huida del Derecho Administrativo, me atrevo, con modestia, a afirmar que hoy asistimos a una vuelta al Derecho Administrativo, eso sí, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario y a partir de la necesaria superación de apriorismos y prejuicios metodológicos del pasado.

Para algunos, las consecuencias de la realidad que es, valga la redundancia, la que es, han traído consigo un injusto proceso al servicio público tal y como señala REGOURD. No es, sin embargo, un ajuste de cuentas metodológico o conceptual a la tradición del Derecho Administrativo francés; por cierto, de la que todos hemos aprendido tantas cosas. En su momento, como quería DUGUIT, sí que el servicio público era la piedra angular que justificaba la propia existencia del Estado. Luego, algunos, como ALESSI, señalaron que había tantas nociones del servicio público como autores se han acercado a su conceptualización. VEDEL llamó la atención sobre la elasticidad y flexibilidad de una noción que, para él, era perversa precisamente por su imposibilidad de definición. WALINE nos alertó sobre la condición de “etiqueta” del servicio público. En fin, que no negamos su trascendencia en el pasado, pero afirmamos que en el presente ya no tiene apenas razón de ser como no sea en los supuestos, en verdad excepcionales, de reservar al sector público en exclusiva servicios esenciales.

Antes de la crisis definitiva del concepto, se puede hablar de dos momentos difíciles para nuestra categoría. La primera crisis se puede datar en la segunda mitad del siglo XIX cuando al Estado no le queda más remedio que asumir las prestaciones asistenciales básicas como la sanidad y la educación. Y, además, se hace con la titularidad de los servicios económicos de mayor trascendencia, especialmente lo que hoy denominaríamos grandes inversiones públicas. Aparece entonces, con su proverbial magisterio a la cabeza de la Escuela de Toulouse, HAURIOU, quien nos dejaría, para mí, la mejor definición del servicio público: “servicio técnico prestado al público de manera regular y por una organización pública”. Era el momento de aquella fenomenal polémica sobre la esencia del Derecho Administrativo entre los grandes: JEZE, seguidor de DUGUIT, de los de Burdeos –el servicio público– y VEDEL, a la zaga de la Escuela de Toulouse –el poder público o las famosas cláusulas exorbitantes–.

En lo que se refiere a la actividad económica, el Estado asume la titularidad renunciando a la gestión en virtud de la conocida doctrina del concesionario interpuesto. Así, la declaración del servicio público implica desde el principio

la titularidad pública, mientras que la gestión se confía a los particulares. Más adelante, el espacio local, que siempre es el mejor laboratorio del Derecho Administrativo, nos lleva, de la mano de los fabianos en el Reino Unido, a los supuestos de municipalización de servicios públicos. En 1929, la gran depresión trae consigo la quiebra de los grandes concesionarios, por lo que será el Estado, y ya no digamos en Europa tras la II Gran Guerra, quien tenga que correr con la responsabilidad, también, de la prestación directa de los servicios.

La segunda crisis, en la que todavía estamos instalados de algún modo, viene de la mano del nuevo ídolo del altar de las ideas públicas, como señala el profesor FERNANDEZ RODRIGUEZ: la competencia. En efecto, la competencia, la liberalización, es la palabra que utilizan las fuentes originarias y derivadas del Derecho Comunitario Europeo. Es, se dice, el dominio de la economía. Estamos en el apogeo de los economistas y de las Escuelas de Friburgo –la competencia es la clave del desarrollo económico (EUCKEN)–, de Viena –principio de no intervención pública (HAYEK)–, de Chicago –guerra a los monopolios (FRIEDMAN)–, o de “Public Choice” –la realidad en cada caso aconsejará si lo procedente es la iniciativa pública o privada (BUCHANAN)–.

Ciertamente, es necesario un Derecho Administrativo, en materia de servicios públicos –en sentido amplio– orientado a prestar servicios que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos. Este es el “*punctum dolens*” de nuestra reflexión: lo decisivo no es quien preste el servicio sino que éste promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas. Es decir, que incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios.

En este contexto, se comprenderá la aseveración de Pierre DEVOLVE cuando afirma categóricamente que el servicio público es la principal amenaza para las libertades públicas. Por tanto, el nuevo concepto de servicio económico de interés general que se alumbra en el marco de Derecho Comunitario Europeo es la expresión del moderno Derecho Administrativo y el concepto desde el que contemplar la posición del Estado en la nueva economía.

Por un lado, el avance científico y tecnológico ha arrumbado esa versión estática de la “*publicatio*” que antaño justificaba la existencia del servicio público en la insuficiencia de capital privado para asumir los grandes servicios económicos y sociales. Y, por otro, no podemos negar que, o no, que la globalización económica ha traído consigo la existencia de grandes empresas con un potencial superior al de algunos Estados que,

además, pueden, en ocasiones, gestionar mejor los servicios públicos tradicionales.

En este ambiente, el Derecho Comunitario Europeo asesta al servicio público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por mor de la libre competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el Mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, “*despublicatio*”, no son más que términos jurídico-económicos o económico-jurídicos que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios.

Finalmente, quiero señalar que el *iuspublicista* no debe, no puede permanecer insensible ante el intento de dominio del Derecho Público por la Economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.

Lógicamente, la incidencia de las nuevas nociones de la Política económica han traído consigo esta segunda y definitiva crisis del servicio público y la aparición de nuevos conceptos, entre los que destacaría el de servicio económico de interés general, que, como sabemos, procede del Derecho Comunitario.

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión servicio público como no sea en el artículo 73 de la versión consolidada del Derecho originario. ¿Por qué? Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los Derechos Nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de la Unión Europea se dividen entre los que siguen, en este punto, servicio con “*publicatio*” y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas “*publicutilities*” garantizadas por la regulación –sin más– de la actividad de los sujetos privados prestados de dichos servicios, de orientación claramente anglosajona.

Pues bien, para no optar por una u otra tradición jurídica, el Derecho Comunitario alumbra el metaconcepto de servicio económico de interés general o el de servicio de interés general. Por eso, en el vigente artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea se puede leer que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas de este Tratado, en especial a las de la competencia”.

Por tanto, el Derecho de la Unión Europea es un Derecho que ha traído consigo la liberalización que, a su vez, ha afectado a la organización institucional de los servicios públicos de los Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, es conveniente llamar la atención sobre el sentido que tiene la aparición del calificativo “interés general”. Así, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de septiembre de 1996, vinculó de modo explícito los servicios de interés económico general a los principios de solidaridad e igualdad de trato como “objetivos fundamentales de la Comunidad”.

En el mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el texto dispositivo del Tratado de la Unión el nuevo artículo 16 de la versión consolidada que establece lo siguiente:

*“(…) 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 aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos principios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.*

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que inicialmente combatió, quizás excesivamente, las potestades públicas en esta materia a partir de la interpretación del artículo 90.2 del Tratado en sede de ayudas públicas, ha pasado a una línea en la que lo decisivo es que cada vez se presten mejor los servicios públicos, en una orientación claramente relacionada con la función del Estado de garantizar el interés general. Por ejemplo, en la sentencia 320/91 de 19 de mayo de 1993 en materia de servicio postal, se reconoció que en dicho servicio de interés económico general había que comprobar si la aplicación de las reglas de la libre competencia impediría el cumplimiento de las reglas de interés general. Así, el Tribunal entendió en este caso que la realización del interés general llevaba consigo “la gestión de modo rentable del servicio y, por tanto, que la necesidad de compensar pérdidas del servicio público en sectores no rentables mediante los beneficios obtenidos de otros sectores económicamente rentables justificara que en estos últimos se limitara el juego de la competencia a favor de los particulares”.

En la sentencia del 27 de abril de 1994, asunto 393/92, el Tribunal, en un caso de distribución de electricidad y de una cláusula de compra exclusiva en beneficio de una empresa regional de distribución eléctrica de Holanda, recordó

la necesidad de valorar el criterio del equilibrio económico, no sólo entre sectores rentables y no rentables, sino que deben tenerse presente las obligaciones de interés general, como las reglamentaciones que debe soportar en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de seguridad entre otras.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal, que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí donde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia. Así, en los servicios de interés económico general hay que distinguir prestaciones susceptibles de ser realizadas en régimen de mercado y prestaciones no susceptibles de prestaciones competitivas. En este caso, la Autoridad impone la prestación obligatoria a algún operador para la que se arbitre algún sistema de compensación económica.

Llegados a este punto, en sede de servicio público, la contemplación de la realidad nos puede dejar algo confusos o perplejos, sobre todo si intentamos aplicar los criterios y categorías del pasado. ¿Es que se puede mantener la noción clásica de servicio público hoy? La contestación a esta pregunta no es difícil. Lo que pasa en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones, han dibujado un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el servicio público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo del servicio público y del nuevo Derecho Europeo en la materia, cuestión que estudiaremos a continuación.

La Comisión Europea, como sabemos, distingue, en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos: servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligación de servicio público y empresa Pública

Sin embargo, a lo largo del Libro Verde la Comisión se refiere a otro concepto de gran trascendencia, cual es el concepto de servicio universal sorprendiendo que no haya sido incluido junto a las otras definiciones. La omisión de una definición inicial del concepto de servicio universal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades para distinguir tal concepto de los otros cinco definidos, de la misma manera que es difícil distinguir con precisión entre el servicio de interés (económico) general, la obligación de servicio público y el servicio público, debido a las divergencias terminológicas, a la confusión

semántica y a las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros. El servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Según el Derecho Comunitario, todos los servicios que las Autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico. Es el caso de del servicio universal asequible y de calidad a todos los ciudadanos, cuya garantía debe asegurar el Estado, de manera que para cumplir cabalmente tal función habrá de dotarse de los medios humanos y materiales que, en efecto, le permitan asumir tal tarea con garantías de éxito.

La obligación de servicio universal es una obligación de servicio público. Sí, pero, insisto, en un contexto en el que el servicio público se utiliza en sentido amplio. Por otra parte, el concepto de servicio universal surge en los modelos liberalizados de las telecomunicaciones europeas y en el marco de los denominados servicios básicos de telecomunicaciones (en cuanto contrapuestos a los servicios de valor añadido) que pasan de ser servicios públicos "stricto sensu" o servicios económicos de interés general sin que por ello, se niegue, sólo faltaría, el acceso de cualquier ciudadano a determinadas prestaciones básicas. La clave, pues, reside en determinar en concreto cuales sean esas prestaciones básicas. Con carácter general, se puede afirmar que la cuestión se centra en garantizar, al menos, el servicio telefónico entonces llamado básico, que hoy podríamos identificar como el servicio telefónico fijo.

En realidad, el servicio universal sólo se aplica en entornos liberalizados, por lo que malamente puede contemplarse como la encarnación del viejo concepto de servicio público. Insisto, otra cosa, bien distinta es que, en efecto, se admita que la representación del nuevo concepto de servicio público camine por nuevos senderos y renuncie a dogmas y criterios rígidos que hoy por hoy no se compaginan bien con un ambiente que riñe, y no poco, con la noción de monopolio, por cierto asociado en origen al concepto de servicio público, hasta constituir una nota esencial e inevitable de la figura jurídica. Sin embargo, el servicio público sigue siendo lo que fue. Lo que ha ocurrido es que la realidad nos ha llevado a nuevos conceptos, hoy de gran utilización, como es, el de servicios de interés económico general.

Ciertamente, el servicio universal implica una presencia de la Administración Pública que, si bien no puede ser la propia y privativa del

régimen de servicio público, implica, en cierta medida, una determinada intervención pública. No se trata del concepto de servicio público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación de los principios del servicio público con los de la economía de mercado. Formulación que me parece exacta, atinada y actual. Exacta porque plantea en sus justos términos la funcionalidad del servicio universal en el contexto de los principios del sistema de servicio público y de la economía de mercado. Atinada porque acierta a contextualizar la cuestión, y actual, porque es un problema, indudablemente, de nuestro tiempo.

El concepto de servicio universal, me parece, es la expresión en el mundo del Derecho Administrativo de los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario. Además, demuestra a las claras que el relativismo y la instrumentalidad son notas que acompañan al propio Derecho Administrativo en su largo peregrinar. ¿Por qué? Porque se complementan elementos del régimen de servicio público –continuidad, regularidad– y del mundo del mercado – o monopolio– en su ejercicio de integración que, de verdad, refleja la actualidad de las técnicas del Derecho Administrativo aplicadas a la realidad del momento, sin necesidad de acudir a una añoranza del pasado queriendo ver lo que ya no existe, porque no puede existir.

Hoy, guste más o menos, los monopolios se terminan, la reserva en exclusiva se cae sola, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el mercado se deba contemplar desde la unilateralidad. No, el mercado ni es ni puede ser la fuente del Derecho, es el contexto en el que debemos trabajar y en el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.

Hoy, la Administración debe cumplir cabalmente su función garantizadora para que se respeten las reglas del juego. Ello supone reconocer el papel central en materia de servicios regulados del usuario a quién hay que facilitar la accesibilidad, la calidad y la asequibilidad, justo las tres características que definen el servicio universal.

Ciertamente, sin la historia del servicio público, hoy no podríamos encontrar soluciones en los contextos regulados. Regularidad y continuidad. son notas del servicio público que son válidas también para servicios de interés general, como se denominan hoy los servicios públicos liberalizados.

Por tanto, la tarea de la Administración Pública es muy importante para preservar el servicio universal. Ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. Por eso, hoy más que nunca, el Derecho Administrativo se presenta como el Derecho del Poder para la libertad.

### 5. Reflexión final: Los usuarios y los Servicios Públicos

El auto del Tribunal Supremo del Reino de España de 28 de abril de 2006 por el que se suspendió cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras relevantes cuestiones, la de la relevancia jurídica de los usuarios en el mundo del suministro del gas y la electricidad. El tema es central a los efectos de este trabajo, porque invita nada menos que a reflexionar sobre el papel de los usuarios de los servicios de interés general en el Derecho Público moderno.

Es conocido que el Tribunal Supremo argumentó que a la hora de ponderar circunstanciadamente, como manda el legislador de 1998 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa en los casos de medidas cautelares, los intereses en conflicto, debe partirse del dato de que el interés de los usuarios en este sector es preferente al de los accionistas. Por una razón obvia: porque en estos sectores son usuarios o consumidores todos los residentes en España, de dónde se infiere que el derecho de los usuarios a buenos servicios a buenos precios es un corolario necesario de la progresiva liberalización de estos mercados. Es decir, mientras el derecho de los accionistas atiende a un determinado grupo de personas, lo cierto es que los usuarios, potenciales y reales del mercado del gas y de la electricidad, son todos los residentes en España, por lo que su protección adquiere mejor condición que la de los accionistas porque están en la misma médula del interés general.

Por otra parte, no podemos olvidar que la competencia es otro relevante parámetro de interés público pensado para abrir los monopolios al pluralismo, a la búsqueda precisamente de ambientes de mayor libertad de elección para los usuarios, que podrán optar por las compañías de su preferencia. Por tanto, limitar un mercado en transición a la liberalización es probable que no contribuya a mejorar las posibilidades de libertad de elección de dichos usuarios.

La competencia es un medio ideado para que el usuario sea el centro de estos mercados. Si se perjudica su posición jurídica cercenando su capacidad de elección, entonces se estará

impidiendo el ejercicio de la libertad y, por ello, dificultando que los españoles dispongan de mejores servicios a mejores precios. Restringir la libertad sin causa justa es un ejercicio de autoritarismo incompatible con el estado de evolución social en el que estamos.

En los casos de servicios de interés general como el que nos referimos, gas y electricidad, parece más claro que el papel del usuario deba ser central pues precisamente la razón de la desregulación de estos sectores está presidida por la idea de que se prime el derecho a elegir del ciudadano, lo que se puede alcanzar más fácilmente desde la competencia que desde el monopolio. Es más, habría que pensar que en las condiciones económicas y sociales actuales en Europa debieran ir desapareciendo poco a poco los servicios públicos, según los casos y con intensidades diferentes, de manera que el problema de la tensión entre servicio público y libertad se resuelva pensando más en los ciudadanos que en el poder público. De alguna manera, la pugna entre poder y derechos fundamentales ha de ir resolviéndose poco a poco al servicio de la centralidad de la persona. Por eso, servicios tan importantes como la educación o la sanidad podrían ser considerados de interés general, lo que implicaría incluso una responsabilidad mayor del Estado en la garantía de la calidad, universalidad y asequibilidad de dichas prestaciones, pero no su titularidad pública, algo hoy trasnochado y periclitado.

Bien sabemos, sobre todo en el Derecho español, que los ciudadanos no disponen de un genérico y abstracto derecho a la prestación de un servicio público, salvo en el caso de los denominados servicios mínimos y obligatorios de los gobiernos y administraciones locales. Sin embargo, la perspectiva del ciudadano como usuario, como consumidor, que no cliente, de actividades y prestaciones de interés general, le sitúa en una nueva consideración que, a los efectos de este trabajo, debe tenerse bien en cuenta. Me refiero a que en estos supuestos en los que el ciudadano consume servicios de interés general, su posición jurídica participa también, de algún modo, y con mayor razón, de la posición de protagonismo que con carácter general se le atribuye al ciudadano en el marco de los postulados generales del Estado Social y Democrático de Derecho.

La Constitución española se refiere a los consumidores y usuarios, a ambos, en el artículo 51, cuyo parágrafos 1 y 2 disponen:

*“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos especiales, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

*2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca”.*

El constituyente reconoce a los usuarios y consumidores como dos colectivos diferentes aunque con rasgos comunes pues, de lo contrario, probablemente los hubiera regulado en preceptos distintos. Podría señalarse, a los efectos que ahora interesan, que el usuario es un consumidor de servicios públicos o de servicios de interés general. Interesa retener en todo este epígrafe, que los poderes públicos, según dispone el mandato constitucional de referencia, tienen como función central defender a los usuarios de servicios públicos y de servicios de interés general. Se trata pues de una consideración que se explica y se justifica atendiendo a la consideración central de la persona, del ciudadano, en relación con las prestaciones públicas o de interés general. Es decir, en el estatuto o régimen jurídico del usuario, este principio de la Constitución debe tenerse muy presente, de forma y manera que la defensa de los usuarios no se quede reducida a una mera declaración de intereses y alcance virtualidad práctica en los concretos servicios, sean públicos o de interés general, establecidos en cada momento.

El precepto, además, prevé una defensa especial de los usuarios en materia de seguridad, salud y legítimos intereses económicos. Ciertamente, la consideración de los legítimos intereses económicos de los usuarios va a tener más predicamento en sede de servicios de interés general que en materia de servicios públicos, por obvias razones. Además de establecer procedimientos especiales de protección para la salud y la seguridad de los usuarios, también debe recordarse que, en esta materia, los poderes públicos fomentarán la constitución de asociaciones y organizaciones que puedan expresar los intereses comunes de los usuarios, ordinariamente para cada servicio, sea público o de interés general. Como la Constitución no distingue entre servicios públicos, esenciales y de interés general, tampoco debe distinguir el intérprete, de manera que la expresión se refiere indistintamente a dichas modalidades de servicios.

En materia de servicios públicos, incluso en aquellos cuya gestión se confía al sector privado, no está claro del todo que la matriz jurídica que los regule sea privada o pública. GIANNINI ha hablado, para estos supuestos, de derecho privado especial porque, obviamente, existen componentes esenciales de Derecho Público que no se pueden desconocer puesto que, en estos casos, el servicio se establece con fondos públicos, fondos que están especialmente vinculados a una reserva esencial

de principios de Derecho Público que no se pueden desconocer. En el caso de los servicios de interés general, donde ya no hay titularidad pública de la actividad, por sorprendente que pueda parecer, como intenté demostrar en el epígrafe anterior, resulta que se certifica una clara vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que la garantía de los derechos más importantes del usuario a la universalidad, asequibilidad y calidad del servicio son de cuenta de la Administración, aunque el servicio esté prestado por empresas privadas. Junto a ello, también en los servicios de interés general el usuario tiene derecho a la continuidad y regularidad en las prestaciones, lo que ha de ser garantizado igualmente por la Administración Pública. Que esto sea así supone para el Derecho Administrativo, y sobre todo para la Administración Pública, una congruente intensificación de las técnicas de supervisión, control e inspección de dichos servicios con el objetivo precisamente de garantizar la calidad, universalidad y asequibilidad de las prestaciones.

La Administración Pública no siempre es consciente de este nuevo papel que juega, lo que en ocasiones puede poner en entredicho cuestiones tan estratégicas como la continuidad del suministro en supuestos extraordinarios por no disponer de los medios personales y materiales acordes con las nuevas funciones que la Ley y la realidad le encomienda.

En los casos de servicios públicos como la educación, el régimen jurídico del usuario está disciplinado por normas de Derecho Público puesto que los usuarios se encuentran, por sorprendente que parezca, en una situación de especial sometimiento a la Administración pública. Sin embargo, si atendemos al sentido actual de las reformas, también en los llamados servicios públicos de naturaleza social, es probable que la fuerza de la libertad y la victoria de los derechos fundamentales en su pugna con las características clásicas del servicio público, terminen por dar entrada a los presupuestos de la libertad solidaria dotando al usuario de una posición realmente central en la construcción y desarrollo de estos servicios o actividades de interés general, educación incluida.

Por tanto, la denominada vuelta al Derecho Administrativo en los servicios de interés general y el llamado Derecho Privado Especial que se aplica a las formas indirectas de gestión de servicios públicos, nos muestran un nuevo panorama en el que, poco a poco, se va sustituyendo la preeminente posición de la Administración en beneficio de la centralidad del usuario.

En los servicios de interés general se rompe con el dogma de la titularidad pública de la actividad.

Se pasa de la “publicatio” a la “ordenatio”. Es decir, cambia uno de los presupuestos formales más significativos del servicio público. Sin embargo, las notas caracterizadoras del servicio público permanecen, no sólo inalteradas, en el servicio de interés general, sino intensificadas en alguna medida. La continuidad, la regularidad, la igualdad y la neutralidad, también distinguen el régimen de los servicios de interés general. En estos casos, la Administración Pública responde de una serie de obligaciones de servicio público, así llamadas en las leyes correspondientes, que los operadores han de cumplir para facilitar las exigencias de universalidad, asequibilidad y calidad inherentes a cualquier servicio público o de interés general.

Los principios de igualdad y neutralidad, de aplicación a los servicios públicos y a los servicios de interés general, garantizan la universalidad y el libre acceso, sin que se puedan establecer discriminaciones injustificadas. En el caso de las telecomunicaciones, por ejemplo, la obligación de servicio universal implica que las empresas que presten el servicio dispongan, para las personas con minusvalías, determinados requisitos y complementos en los sistemas de telefonía fija que demuestran hasta qué punto la intensidad de la sensibilidad social es –en estos supuestos– una de las características de la prestación de estos servicios abiertos al mercado y con una intensa responsabilidad pública.

La posición central del usuario es independiente de que el régimen sea de servicio público o de interés general. En el caso del servicio de interés general tendrá, es verdad, más libertad para seleccionar el servicio que más le convenga. En el caso del servicio público, ordinariamente es más complicado que exista libertad de elegir servicio. Pero en ambos casos, los usuarios disponen de un derecho a prestaciones continuas, regulares, iguales, asequibles y de calidad.

Del nuevo derecho fundamental a una buena administración pública se deriva el correspondiente derecho de los usuarios a buenos servicios públicos y a buenos servicios de interés general. Probablemente, la traducción a términos concretos de este nuevo derecho de los ciudadanos en general, y de los usuarios de servicios públicos o de servicios de interés general en particular se refiera a los estándares de calidad que han comenzado a codificarse en las llamadas cartas de servicios, un instrumento de origen anglo-sajón que ayuda sobremano a que el usuario conozca desde el principio la tabla de las obligaciones que debe cumplir el prestador del servicio, sea público o privado.

Ciertamente, este derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos y de los servicios de interés

general, debe ser reconocible para el usuario a partir de algunos parámetros concretos, como pueden ser las notas que clásicamente configuraron en el pasado y configuran en la actualidad los servicios públicos: igualdad, neutralidad, continuidad y regularidad. Además, como las cartas de servicios incorporan ordinariamente obligaciones concretas del prestador del servicio, en caso de incumplimiento se podrán impugnar ante la jurisdicción competente en cada caso.

En los supuestos de huelga de estos servicios, la Administración ha de garantizar unos servicios mínimos razonables que permitan atender con regularidad las exigencias del servicio. El usuario, además, tiene en estos casos un obvio derecho a conocer con antelación la situación de la huelga y su duración a los efectos oportunos.

Una de las claves para entender el sentido de la evolución histórica de los servicios se refiere a la naturaleza jurídica del usuario. Según los postulados de la Escuela de Burdeos, cuna del servicio público, éste surge de un acto unilateral de la propia Administración, del Ente público que presta el servicio. Pero ese acto está condicionado, como señala DUGUIT, a que el usuario emita una declaración de voluntad solicitando ser admitido a dicho servicio en los términos establecidos en la norma que lo disciplina. Una vez que el usuario es aceptado al servicio, entonces se convierte en titular de una situación jurídica objetiva, estatutaria, regida por las normas del servicio, que son por definición, mudables. Así las cosas, resulta que el usuario, ni tiene derecho subjetivo alguno a ser admitido al servicio ni a que la prestación en que éste consista se realice en determinadas condiciones, ni siquiera a oponerse a una eventual decisión de supresión del servicio. Es la consecuencia de concebir el servicio desde la unilateralidad, desde la consideración del usuario como súbdito, como un administrado al que la Administración Pública ha de aceptar al servicio. Algo que con el paso del tiempo y la llegada de los servicios públicos de naturaleza económica e industrial se terminó por la sencilla razón de que se tomó conciencia de que el interés general en estos casos descansa precisamente en la prestación de determinadas actividades de relevancia pública a determinados ciudadanos, que adquieren un papel activo puesto que a fin de cuentas el servicio está pensado y construido para ellos.

En la actualidad, con la consagración del principio de igualdad y el reconocimiento de que los poderes públicos tienen la obligación de crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sea real y efectiva, las cosas van a ser distintas. Efectivamente, ahora el acceso no es un privilegio del aparato público, sino un derecho de los ciudadanos. Hoy existe el derecho subjetivo

a acceder en condiciones de igualdad al servicio público de que se trate y también el usuario del servicio tiene derecho a que éste se preste en las condiciones previstas en las normas que disciplinan el régimen jurídico y el funcionamiento del servicio. En este punto, las diferencias entre los servicios públicos y los servicios de interés son mínimas, pues en ambos casos la Administración Pública tiene la obligación de asegurar y garantizar que la prestación se realice en unas determinadas condiciones que integran el Derecho, del que hoy tanto se habla y se escribe, a buenos servicios públicos. Derecho que es el corolario necesario del más amplio derecho fundamental de todo ciudadano a una buena administración y a un buen gobierno de las instituciones públicas.

Con el advenimiento del Estado Social de Derecho y su correlato, el Estado del bienestar, la participación ciudadana se convierte en el elemento del que se echa mano para suplir la llamada falta de legitimidad de la Administración. Empieza a hablarse de participación orgánica, de participación en la definición, análisis, ejecución, implementación y evaluación de los servicios públicos. En realidad, la participación de los interesados en el procedimiento administrativo adquiere gran relevancia y los usuarios y sus representaciones juegan un papel importante en orden al establecimiento de las normas reguladoras de los servicios, no así, por obvias razones, en lo referente a la gestión. Aparecen las cartas de servicios y las Autoridades independientes o neutrales, quizás llamadas así para encubrir precisamente la falta de autonomía de la que pueden gozar quienes están nombrados por el poder político, con el objetivo de ser garantes de los derechos de los usuarios en los servicios regulados.

Pues bien, el argumento fundamental de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 28 de abril de 2006 del Reino de España (al adoptar la suspensión del acuerdo del consejo de ministros que autorizaba la famosa OPA de Gas Natural sobre Endesa) fue efectivamente la consideración del interés general de usuarios y consumidores, que es superior al de accionistas en un mercado que afecta prácticamente a la totalidad de la población residente en España. Argumento que recuerda el propio Tribunal Supremo en la sentencia por la que desestima el recurso de súplica frente a tal medida cautelar trayendo a colación parágrafos completos del auto de 28 de abril de 2006 en los que se pone de manifiesto que incluso desde el punto de vista mercantil existe un interés público representado por la fiabilidad y seguridad de los mercados secundarios de valores; mientras que desde la perspectiva pública resulta que existe un indudable interés público en la defensa de la competencia, "por cuyo mantenimiento, decía el

auto de 28 de abril de 2006, debe velar el consejo de ministros, evitando que los efectos restrictivos que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios a peores precios". Situación irreversible que haga perder al recurso su finalidad legítima, se garantizará que ya no existe perjuicio a los intereses de usuarios y consumidores.

Por otra parte, como recuerda el Tribunal Supremo en su auto de 28 de abril de 2006, los intereses de los accionistas o el daño que a juicio de la representación de Gas Natural se produjera a la libertad de empresa y a la transparencia y agilidad del mercado de valores son *"sin lugar a duda intereses muy dignos de protección, pero su intensidad debe rebajarse cuándo se enfrentan al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos"*. Esta afirmación la realiza la sala del Tribunal Supremo, porque entiende congruentemente que en un proceso contencioso administrativo, sea la fase que sea, es un proceso en el que se analiza en derecho una actuación administrativa que, a tenor del artículo 106 de la Constitución, se proyecta igualmente sobre el interés público que ha de justificar y fundar cualquier actuación administrativa. Esto es así por la sencilla y elemental razón de que siendo el interés público el pilar del privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos, es lógico y coherente que sea también el interés general un criterio muy, pero que muy relevante en orden a determinar la procedencia o no de la paralización temporal de la ejecutividad administrativa. Por eso, insisto, el legislador de 1956 entendió en la exposición de motivos de la ley jurisdiccional de 1956 que la incidencia del interés público es clave en orden a cualquier decisión que haya de adoptarse sobre la procedencia, o no, de la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido.

El Tribunal Supremo se refiere en su resolución de abril de 2006, tras admitir que una operación de estas características produciría daños irreversibles, al interés de los accionistas, al daño que se produciría a la libertad de empresa, y a la transparencia y agilidad del mercado de valores. En este momento me interesa reseñar sobremedida la primera de estas cuestiones ya que es, para mí, la médula de la adopción de la medida cautelar y, por ello, habría de estar presente en su alzamiento pues si la posición de los usuarios y consumidores de gas y electricidad, de mantenerse la OPA quedarán en la misma situación, no acierto, desde el punto de vista jurídico, a explicar la razón del levantamiento de la suspensión de la OPA salvo que se acojan otros criterios, que son los que estudiaremos en el siguiente epígrafe. En efecto, como dice el auto de 28 de abril de 2006, estos intereses, los de los accionistas, son muy

dignos de protección, “pero su intensidad debe rebajarse al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos”. Ciertamente, en un sector como el de la energía los usuarios representan una parte muy sustancial de la población que se encuentra directamente concernida por el uso de dichos servicios. Por tanto, se trata de un interés, cuantitativamente considerado, de mayor calado que el del interés, por supuesto legítimo, de una parte, por muy importante o relevante que esta sea. También es un interés, además de extenso, más intenso porque afecta con mayor fuerza y relieve a las condiciones de vida de los consumidores y usuarios, ya que se trata de la prestación de servicios de interés general muy relacionados con la calidad de vida de los ciudadanos.

Por otra parte, el Tribunal Supremo señaló en este auto que:

*“...No puede hablarse de que haya un interés público en que la OPA prospere, ni en que el Consejo de Ministros deba mejorar a través de su acuerdo la competencia existente, sino sólo mantenerla, no cabe olvidar que cualquiera que sea el número de los inversores en Bolsa a los que pueda afectar la operación, siempre será menor que el de los usuarios, ya que en los mercados de la electricidad y el gas están afectados todos los residentes en España, pues son servicios de primera necesidad hoy imprescindibles en cualquier hogar, comercio o industria, y que además inciden de modo directo en el presupuesto de dichos usuarios e indirectamente en la cesta de la compra, repercutiendo en el índice de precios al consumo”.*

Realmente, no es fácil encontrar resoluciones judiciales que expliquen mejor la dimensión jurídico-administrativa del interés público. En el caso de autos, nunca mejor dicho, se mantiene, como no podía ser menos, que el interés público ha de venir representado por el interés de los usuarios, que son la mayoría de los residentes en España, no sólo los nacionales. Además, todavía se da una vuelta de tuerca más al concepto de interés público puesto que se alude a un dato difícil de combatir como es el del presupuesto de los usuarios, a la cesta de la compra de la mayoría de los residentes en España. Efectivamente, frente a estas consideraciones, el interés que puedan tener los accionistas de tal o cual empresa cede, en extensión e intensidad, salvo que se entendiera que el interés de una parte fuera superior al del conjunto, algo que desde la consideración de lo que es, ha sido, y debe ser el Derecho Administrativo, me parece sencillamente inaceptable.

Por si hubiera quedado insuficientemente explicado el sentido en que el Tribunal Supremo entiende al interés público, señala que:

*“El mantenimiento de un mercado competitivo, con las menores barreras de entrada posible, con el mayor número viable de operadores actuando, en el que la posición de dominio de alguno de ellos no sea extrema, constituye el pilar imprescindible de una economía de mercado, en orden a la libre determinación de los precios, de tal forma que los usuarios resulten beneficiados por esa competencia con la obtención de mejores servicios a mejores precios”.*

En efecto, la competencia no es fin en sí misma, sino un medio para que los usuarios dispongan de libertad para elegir los servicios que mejor se adecuen a sus necesidades. La competencia en un sistema de libre mercado obliga a los prestadores de los servicios a estar permanentemente pensando en cómo ofrecer mejores servicios a mejores precios. Al final, el interés público que está insito en la competencia repercute esencialmente en la mejora de las condiciones de vida de los usuarios.

En el auto de 26 de junio de 2006, por el que se resuelve el recurso de súplica ante la suspensión otorgada por el Tribunal Supremo, los recurrentes vuelven a plantear la cuestión de si los derechos de los accionistas de Endesa son preferentes sobre los intereses de los usuarios, intereses, los de los accionistas que según se solicita, deben ser valorados con preferencia sobre otros, incluidos los de los consumidores, ya que éstos, según los recurrentes, tienen su protección en el régimen de tarifas establecidos en las leyes que regulan los mercados del gas y la electricidad. El Tribunal Supremo, en el auto de referencia, vuelve a señalar que:

*“...ya en el auto se explicaron las razones por las que se consideró prevalente el interés de los consumidores que, frente a lo que ahora se dice, no son ajenos los avatares anticompetitivos en los mercados energéticos, habida cuenta de que la formación de la tarifa, e incluso en la calidad y continuidad de los servicios, influyen decisivamente factores externos, cuya conformación responde a la situación de los respectivos mercados, especialmente los costes de los servicios, los déficits presupuestarios que en ellos se incluyen, y las variaciones de suministro a los productores, muy sensibilizados en las centrales de ciclo combinado”.*

Es decir, el interés de los usuarios en recibir buenos servicios a buenos precios está en un plano de mayor relevancia que las consideraciones sobre las técnicas de determinación de las tarifas, extremo ciertamente importante, pero que no puede ser considerado desde una óptica unilateral, ya que el compuesto buenos servicios - buenos precios está directamente vinculado al interés público que detrás de la protección de la competencia en estos mercados de tanta trascendencia para la calidad de vida de los residentes en nuestro país. ■