

SOBRE EL NUEVO CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EUROPA

**Francisco Jaramillo*
franciscojbb155e@gmail.com

Fecha de Recepción: 10/09/18
Fecha de Aprobación: 03/12/18

1. Resumen 2. Palabras Clave 3. Abstract 4. Keywords 5. Introducción 6. Concepción tradicional de servicio público y su crisis 7. La nueva concepción de servicio público según el derecho comunitario de la Unión Europea 8. Servicios económicos de interés general y servicios de interés general 9. Obligaciones de servicio como función del Estado garante y su evidencia en el servicio universal y posibles implicaciones futuras 10. Conclusión 11. Bibliografía

Resumen

Los servicios públicos, en un inicio, mantenían una concepción intrínsecamente estatal. Es por eso, que los postulados de grandes pensadores como Dugüit y la Escuela de Burdeos que atribuían únicamente al Estado la posibilidad de prestarlos o de disponer de ellos a su voluntad para alcanzar los fines sociales del mismo. Sin embargo, este concepto implicó varias irregularidades y no pudo mantenerse consistente debido a falencias presentes en su naturaleza conceptual y la contraposición ante una realidad globalizada, plagada de intereses económicos, políticos, geográficos, etc. Ante esto, muchos países han buscado una solución para poder prestar servicios públicos de una manera sustentable y, a la vez, alcanzar todos los fines sociales sin perjudicar a los ciudadanos ni dejarlos a merced del sector privado. Entre todos los Estados, ya sea de manera individual o colectiva las soluciones no parecían dar resultado, hasta que la Unión Europea logró consolidar una concepción revolucionaria bajo los conceptos de interés general y el desplazamiento del Estado hacia un papel distinto al que se había concebido en un inicio para él en lo que respecta a la temática. Este trabajo busca describir brevemente y de manera palmaria, las instituciones jurídicas que la Unión Europea ha implementado, debido a su nueva concepción de servicio público y las consecuencias respecto al papel del Estado, del sector privado y de conceptos como el interés general en una organización supranacional que se fundamenta en los principios de su Tratado Constitutivo, los cuales desintegran el carácter nacional de los servicios públicos por completo y de manera novedosa.

Palabras Clave

Servicios públicos, Unión Europea, Dugüit, Interés General, privatización.

Abstract

At the very beginning, the public services were only state conceived. A lot of great authors like Dugüit and the Bordeaux School attributed the State, the exclusive possibility of provide or dispose of them, in the way it prefers to reach the social aspirations it has. Nevertheless, this concept had many irregularities and couldn't keep consistence because of flaws on its conceptual nature and the contraposition with a globalized reality, filled with economic, politics, geographies interests, etc. Many States have searched for a solution to be able to provide public services sustainably and reach all the social purposes, without harming the citizens or leaving them at mercy of the private sector. Between all the States, on a collective or an individual way, the solutions they found seemed to not be the right ones, until de European Union achieved consolidate a revolutionary conception under the concepts of general interest and the relegation of the State to a different role that the one that was conceived for it at the beginning of this topic. This paper, expects to describe in a short and correct way, the juridical institutions that the European Union has implemented, because of its new public services conception and the consequences it has for the State, the private sector and con-

cepts just as general interest on a supranational organization fundament by the principles of its Constitutive Treaty, that completely destroy the national character of the public services.

Key Words

Public services, European Union, Dugüit, General Interest, Privatization

Introducción

El servicio público ha sido siempre uno de los puntos de estudio de mayor interés en el Derecho Administrativo, por lo tanto, la doctrina que ejercía la posición preponderante respecto a este tema, resulta tener una gran influencia en esta rama del Derecho, siendo ese el caso de la escuela de Burdeos, una línea de pensamiento que logró una influencia muy grande sobre la concepción y la prestación del servicio público, atreviéndose incluso a reemplazar la soberanía por el servicio público. Este concepto estático, que no consideró nunca cambios constitucionales, sociales y de otras índoles sufrió una gran crisis de la que aún no puede reponerse, ya que no da explicación a muchas problemáticas importantes de la prestación de servicios y el papel del Estado; mientras tanto, la sombra de la liberalización acechaba para arrebatarse la titularidad al Estado; y en muchos casos lo consiguió.

En estas circunstancias, hemos de hablar respecto a la consideración europea, una innovadora nueva propuesta con resultados y postulados interesantes. Permittiéndonos resolver interrogantes sobre la evolución o la muerte de la concepción de servicio público, los intereses a los que responden al ser regidos por las reglas de la competencia y su nuevo carácter económico y las implicaciones que derivan de dicho concepto al existir una idea de ciudadanía europea y un fomento a las libertades por parte del sector privado, el papel del Estado que cada vez resulta más difuso entre la intervención o la abstención y protección de intereses.

La Unión Europea tras celebrar su Tratado Constitutivo ha exteriorizado su finalidad de crear un gran único mercado donde las libertades afloren para sus ciudadanos bajo algunos presupuestos interesantes y otros caracterizados por una tenue ambigüedad. No obstante, las comisiones y tribunales han dado lugar a decisiones que requieren análisis y originado a los conceptos de servicios económicos de interés general, servicios de interés general y a la extraordinaria figura de servicio universal; todos estos asegurados por las obligaciones de servicios públicos, intervención estatal y un régimen de competencias variable, en función del interés general y las decisiones de las comisiones y tribunales.

Esta nueva concepción pretende solucionar todos los inconvenientes que presenta la noción tradicional en el mundo contemporáneo y de reconciliar al Estado y al mercado, es eso y la manera en la que pretende lo que hemos de analizar con el presente ensayo y análisis. Existen varios trabajos que buscan analizar el tema; sin embargo, a nuestro parecer se limitan meramente a describir un proceso histórico y no profundizan en la naturaleza de cada institución que explican; por eso el motivo de este trabajo se representa en la aspiración por nuestra parte de intentar brindar un epítome que resulte sencillo de comprender y que pueda pedagógicamente intuir el significado, las diferencias y las complejidades intrínsecas de dichos conceptos para intentar así, aumentar el interés académico en estas concepciones y poder instar a una crítica estructural tanto del sistema europeo como del ecuatoriano.

Concepción tradicional de servicio público y su crisis

Para poder entender la evolución hacia la concepción europea, primero, necesitamos entender la concepción tradicional que propuso León Dugüit en la que llegó a concebirse al servicio público bajo una idea finalista de satisfacción de necesidades sociales de interés general, sustentadas en las prerrogativas estatales, en sentido estricto bajo una titularidad exclusiva pública por razones de orden social o económico, derivando en la exclusión de la iniciativa privada (Rebollo, 2008, p. 361) Sin embargo, las corrientes liberalizadoras y la ineficiencia del Estado para prestar los servicios, derivaron en las posibilidades de concesión y de privatiza-

ción, desprendiendo en un principio la gestión y más tarde la titularidad pública por la privada. La pretensión de la Escuela de Burdeos de considerar a los servicios públicos como fundamento y límite de soberanía, suponer la mutabilidad de las instituciones y conceptos del Derecho Administrativo, bajo la consideración alterable del marco constitucional y lo que se comprenda en el momento dado como interés general fue lo que condujo al concepto clásico de servicio público a la crisis, siendo considerados conjuntamente con el Estado como un fin y no como un medio para el bienestar de los ciudadanos, impidiendo que se haga posible el libre desarrollo de aquellos el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, como la libertad de empresa, que se veían restringidos y contradichos por la posición de monopolio estatal; acarrió una crisis que desembocó en buscar un Estado que ante todo garantice derechos y libertades ciudadanas y ya no se configure como un mero prestador de servicios públicos, lo que ha requerido el andamiaje de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas (Rodríguez Arana, 2005, pp. 376–378)

Es necesario hacer hincapié en el proceso de liberalización que se entiende como la disolución de los monopolios estatales de prestación de servicios públicos a los que nos hemos referido con anterioridad, y permitir que exista apertura al mercado de estas actividades que el Estado retenía anteriormente de manera exclusiva. Existen variedad de ejemplos que describen a plenitud el proceso de liberalización económica que ha tomado lugar en Europa, especialmente en España donde la televisión y la telefonía tanto fija como móvil han dado lugar a una gran competencia de varias compañías operantes en dicho sector; sin embargo, quizás el caso más representativo en España, sea el del correo. Este era una actividad exclusivamente estatal hasta que se promulgó la Ley 24/1998 del 13 de julio, del servicio Postal Universal y de liberalización de servicios postales. Estos procesos de liberalización destacan claramente por no ocurrir debido a cuestiones propias a la ideología del gobierno que ostente el poder en ese momento; si no, del derecho comunitario europeo (Rebollo, 2008, p. 367)

La nueva concepción de servicio público según el derecho comunitario de la Unión Europea

La finalidad del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, fue crear un mercado único, abierto y sin fronteras. Pudiéndose distinguir dos etapas de evolución: desde la fundación de la Unión hasta 1997 y el segundo, desarrollándose actualmente. La prioridad del mercado salvo las excepciones muy raras de interés público, configuró la idea de la prestación bajo el régimen de competencia y el funcionamiento en el mercado interno, en la segunda fase se evidencian servicios de interés general; fundamentándose en la noción de ciudadanía europea. (Malaret, 1998, pp. 78–80)

Bajo estas nuevas concepciones se busca compaginar el mercado y el interés colectivo destruyendo la identificación de servicio público con la titularidad exclusiva estatal, dejando en claro que no existe una equivalencia entre servicio público y sector público, en otras palabras, se arranca la naturaleza pública y su ubicación en el andamiaje jurídico; en nuestra opinión, llama mucho la atención que la Comisión Europea, a posta busque diferenciar estas concepciones e inclusive explica que la ambigüedad con la que se ha asociado al concepto con el organismo público que lo prestaba o con la utilidad social del mismo; mas, no niega que una actividad de interés general implica obligaciones de sector público que puedan imponer autoridades estatales; ya sea de jurisdicción nacional o regional. (Rebollo, 2008, pp. 370–371) Podemos ver nacer entonces las categorías de servicio económico de interés general, servicio de interés general, de servicio universal y además de obligaciones de servicio. Es importante resaltar que, en el Libro Verde, la Comisión de Comunidades Europeas asegura que servicio público es un término ambiguo y que no se debe confundir con los nuevos conceptos. (Mata Coto, 2012, p. 137)

Esto resulta muy interesante debido a que podemos entender un rompimiento con los elementos que provocaron la crisis del concepto clásico y el reconocimiento de sus limitaciones por parte de la Comisión de Comunidades Europeas en el propio Libro Verde, ya que recalca su ambigüedad y la necesidad de diferenciar los conceptos nuevos del clásico; es decir, no admite ninguna confusión y busca un cambio drástico.

Servicios económicos de interés general y servicios de interés general

Ante, la ambigüedad y la falta de definición expresa de estos términos, hemos de hacer el intento de traer a colación criterios que permitan su óptimo entendimiento.

Los servicios económicos de interés general (SEIG) se entienden como aquellos de naturaleza económica a los que los Estados imponen obligaciones en virtud del interés general y son prestados por las grandes industrias de redes, aunque existen otros como radiodifusión que no se sujetan al régimen comunitario si no al del mercado interior, es célebre el caso de las telecomunicaciones en España, al que ya nos hemos referido con anterioridad al tratar los procesos de liberalización (Fernández Farreres, 1998, p. 352).

Mientras los servicios de interés general (SIG) son prestaciones esenciales que no pueden faltar a los ciudadanos en condiciones de adecuada calidad y precio, fundamentalmente sociales y no se encuentran sometidos a ninguno de los regímenes anteriores debido a sus características esencialmente sociales y no industriales ni comerciales; considerados por las autoridades como de interés general y sometidos a obligaciones de sector público. (Laguna de Paz, 2016, p. 21)

No existe distinción entre estos dos de una manera absoluta, si no que depende de situaciones del mercado y del régimen jurídico; pero se puede argumentar que los SIEG ven su prestación orientada por el ánimo de lucro, mientras los SIG por el principio de solidaridad, siendo los primeros costeados por los usuarios y los segundos demandarán fondos públicos, aunque pueden ser sujetos a contraprestación económica. Así la jurisprudencia, de manera casuística ha ido diferenciando entre unos y otros. Siendo esta diferenciación de gran importancia para evidenciar el alcance de competencias de la Unión Europea, cuya competencia no asignada atañe a los Estados miembros, buscando preservar alta calidad, seguridad y accesibilidad. Siendo los SIEG competencia de la UE y está estableciendo normas para su funcionamiento comunitario o en el mercado interior y los SIG al ser competencia de un Estado miembro pueden exceptuarse de las libertades de establecimiento y prestación. (Laguna de Paz, 2016, pp. 22–27) Las reglas del mercado interno que sí rigen a los SIEG se pueden resumir en libertad de establecimiento, que reconoce el derecho a establecerse en otro Estado miembro; y libre prestación de servicios que prohíbe restricciones a los establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. (Laguna de Paz, 2016, pp. 27–28) Finalmente, los SIG se sujetan a la legislación de cada Estado miembro en determinar los requisitos que permiten conferir prestaciones; pero sí se someten a reglas generales del Tratado como la libre circulación, no discriminación y la normativa de contratación pública. (Laguna de Paz, 2016, p. 40)

Para encontrar una diferenciación clara y precisa entre los servicios económicos, y los que no lo son, tenemos que recordar que la jurisprudencia los ha diferenciado en base a un análisis de cada caso, como mencionamos con anterioridad, por lo que no se puede dar una respuesta a priori, debido a que también puede depender de una realidad específica y, por ende, contradirse entre un Estado miembro de la Comunidad Europea y otro. Para nosotros, el defecto del sistema europeo incurre en que, muchas veces, se depende demasiado de la jurisprudencia para determinar la calidad a la que pertenece un servicio o que puede quedar sujeto a decisión de un Estado miembro determinarlo, por lo que desde cierto punto de vista puede generarse una ligera incertidumbre e incluso inseguridad jurídica debido a la volátil forma de prestar servicios que se transforma en base a cambios económicos y sociales como transformación de demanda, avances tecnológicos, cambios administrativos públicos como la descentralización de competencias, entre otros. Y, que el Tribunal de Justicia considere que la diferenciación resude en la naturaleza de la actividad propiamente dicha, basándose en condiciones de funcionamiento del servicio y sujeción a ciertas normas que se apliquen a ciertas actividades y a otras no, como es el caso de la policía que es meramente administrativa y no económica o de entidades benéficas que tampoco habrían de considerarse de dicha forma por competir, pero no tener ánimo de lucro, no resulta demasiado confiable. Porque como Mata Coto deja en claro, dicho enfoque funcional implica un análisis propio y exhaustivo de cada actividad de manera total y completamente separada a otra. (Mata Coto, 2012, p. 138-139)

Obligaciones de servicio como función del Estado garante y su evidencia en el servicio universal y posibles implicaciones futuras

El Estado se preocupa por la continuidad de servicios cuyo sector económico no resulta atractivo para los privados, para asegurarse de ello, hace uso del concepto de obligaciones de servicio público que rigen a todo servicio que las autoridades nacionales consideren de interés general, suponiéndolas como el quehacer administrativo que garantiza la accesibilidad, igualdad y calidad, garantizando un mercado libre de posiciones dominantes con entre empresarios y usuarios atendidos erróneamente. (Rodríguez Arana, 2005, p. 391)

El servicio universal o pivota refiere a servicios que no están sujetos a las leyes de competencia, debiendo financiarse con los aportes del resto de operadores del sector. Esta idea concilia el mercado dinámico con la cohesión social y la solidaridad, disolviendo la frontera entre autorización y concesión en función del interés general. La administración no asume su titularidad, pero verifica la idoneidad del privado que lo va a prestar y define el interés general y los objetivos; por lo que se limita el acceso a la prestación debido a criterios técnicos para asegurar una pródica prestación del servicio; y es preciso destacar que no posee el funcionamiento de una autorización en la concepción tradicional, pues el Estado ahora se concentra en actividades de vigilar y regular la prestación del servicio en el desenvolvimiento de dicha actividad, apareciendo entonces autoridades de regulación. Estos criterios, de ser extrapolados a nuestro régimen constitucional ecuatoriano, implicarían varios puntos a discutir y a valorar respecto a la responsabilidad del Estado en la prestación y en la regulación de las actividades prestadas por privados o por empresas mixtas. (Rebollo, 2008, pp. 373–376)

De la búsqueda del equilibrio entre Estado y mercado, corresponde a los Estados miembros definir el interés general y las exigencias para la idoneidad en el servicio universal y en las obligaciones de servicio público, incluyendo la compensa a la empresa que lo presta. (Fernández Rodríguez, 1999, p. 69) Delimitándose con un contenido mínimo de que se preste a todos los ciudadanos y la apertura a la posibilidad de contenido mayor, como es el caso de las telecomunicaciones y el servicio postal que resultaron caso icónicos en España y en Europa, consagrando los principios de calidad, igualdad y accesibilidad. (Morell Ocaña, 1999, p. 410)

En cuanto al futuro, es evidente que la intervención estatal será importante y que la prestación por parte del Estado es posible si no incide en monopolios, existirán también servicios donde será imposible que las reglas del mercado lo rijan, y se ha de garantizar el principio de la igualdad por vía de la generalización de los servicios universales. La idea de Dugüit de finalidad persiste, pero su paradigma ha de cambiar y el papel de los usuarios también será importante; pues en la actualidad nos encontramos en una sociedad con diferentes necesidades a las que requería la que experimentó el estudio de Dugüit, por ende, las soluciones, el desarrollo y de las actividades de prestación de servicios no puede ser la misma que en su época y debe de evolucionar constantemente para satisfacer los requerimientos sociales mencionados anteriormente por lo que hemos de encaminarnos constantemente al estudio y evolución de conceptos para que la administración pública pueda llegar a resolver las controversias y deficiencias presentadas en sus modelos, que como sabemos nunca podrán llegar a ser perfectos; no obstante, siempre pueden llegar a mejorar y ampliar las concepciones de su naturaleza y de su puesta en práctica. (Rebollo, 2008, p. 377)

Conclusiones.

En conclusión, la doctrina francesa del servicio público pregonada por la escuela de Burdeos, ha demostrado ser insuficiente debido a sus pretensiones universalistas y estáticas. El Derecho Administrativo, una de las ramas que más debe prestar atención a la evolución de la realidad para realizar los fines de satisfacción del interés general necesita evolucionar. El paradigma europeo busca hacer confluir dos situaciones aparentemente irreconciliables: la intervención estatal y la liberalización con la participación de la iniciativa privada que suele asociarse con la independencia del sector público. Al buscar un equilibrio entre Estado y mercado, lleva al Estado a retroceder y dejar de lado sus prestaciones monopólicas y ser un garante de la satisfacción del interés social. Esto lo hace a través de

los servicios económicos de interés general que son regulados por las leyes de la competencia y del mercado, brindando competencia a la UE a través de los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación. Por su parte, los servicios de interés general que resultan como una excepción a estos principios y se debe regir aun así a normativa general.

Mientras, las obligaciones de servicio público demuestran la importancia que para el Estado tiene la continuidad de los mismos en términos de calidad, igualdad y accesibilidad; por lo que el Tribunal Europeo se apoya en ellas para delimitar el interés general y permitir a los privados la prestación, no sin antes verificar su idoneidad. Los servicios universales resultan quizás los más interesantes de esta nueva amalgama de concepciones jurídicas, pues no están financiados por los usuarios, ni por fondos públicos como los otros; si no que se encuentran en una posición de privilegio y reciben ayuda pública a cambio de la obligatoriedad de su prestación, como excepción al principio de la competencia imperante. También debemos hablar de la generalización de los mismos a futuro y la búsqueda de mantener la finalidad de los servicios públicos que concibió Duguit: satisfacer el interés general. Por ello, los países latinoamericanos, criticados por la obesidad e ineficiencia de sus Estados como monopolizadores de la prestación o, por el contrario, la exagerada privatización; necesitamos inspirarnos en la resolución europea de confluir mercado y Estado; pues no podemos tolerar que los operadores económicos subordinen a los usuarios y tampoco que los usuarios reciban servicios ineficientes.

En Ecuador, que bajo su régimen constitucional propone un Estado todopoderoso que ha de poder prestar todos los servicios necesarios a través de empresas públicas, en casos especiales mixtas que tengan mayor participación estatal y por excepción, a pesar de que prohíbe la privatización, las concesiones que aparentemente son un medio de privatización maquillado al darse por muchísimos años. Es importante, porque Ecuador ya prevé al Estado como garante de prestación en igualdad, calidad y accesibilidad, además de otros principios a través de superintendencias, Contraloría, sectores estratégicos y otras instituciones que denotan la influencia española en la Constitución del 2008. La diversificación de operadores y el papel firme de control del Estado garantizando que se presten servicios bajo principios determinados presenta un aire nuevo al concepto de servicio público y su entendimiento, merecedora de un análisis legislativo e inclusive se podría considerar la posibilidad de una revisión a ciertas disposiciones constitucionales para lograr satisfacer los fines del Estado con respecto a la prestación de servicios.

Bibliografía

Fernández Farreres, G. (1998, May). Servicio Público Y Mercado. *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm 53, 347–358. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/24883208>

Fernández Rodríguez, T. (1999). Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública*, (150), 57–73. Retrieved from <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=148&IDA=24260>

Laguna de Paz, J. C. (2016). Los servicios de interés general en la Unión Europea.

Derecho PUCP, (76), 19–50. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.001>

Malaret, E. (1998, January). Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades transformación del contexto. *Revista de Administración Pública* Núm. 145, 49–88. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17392.pdf>

Mata Coto, C. A. (2012). La prestación de los servicios en régimen de competencia. (R. de C. Jurídicas, Ed.). Costa Rica: *Revista de Ciencias Jurídicas*. Retrieved from [https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/12596/11842%0A%](https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/12596/11842%0A%0A)

OA

Morell Ocaña, L. (1999). La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años. *Revista de Administración Pública*, 150, 379–412.

Rebollo, L. M. (2008). Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras. In Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas (Ed.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica* (pp. 355–381). España. Retrieved from <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/17.pdf>

Rodríguez Arana, J. (2005). Servicio Público Y Derecho Comunitario Europeo. *Revista catalana de dret públi*, num.31. Barcelona, España. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.18272/iu.v5i8.616>