

LA LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS. CONDICIONAMIENTOS COMUNITARIOS

Nuria DÍAZ ABAD

Abogada del Estado

Abogacía del Estado ante el Tribunal
de Justicia de las Comunidades Europeas

SUMARIO: I. La noción de servicio público en el Derecho comunitario.–II. Normas sobre competencia.–2.1. Normas generales.–2.2. Decisiones particulares.–III. La armonización de legislaciones.–IV. Desarrollo de políticas comunes.–V. Un ejemplo concreto: la liberalización en el sector de las telecomunicaciones.

I. LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMUNITARIO

EL concepto de servicio público en el Derecho Comunitario es, como ocurre con tantos otros conceptos y términos dentro de este Derecho, fruto del influjo de los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros. La Comisión en su comunicación de 11 de septiembre de 1996 (COM (96) 443 final) sobre «los servicios de interés general en Europa» destaca que la expresión «servicio público» tiene un doble sentido: por una parte designa el organismo de producción del servicio, pero por otra se refiere a la misión de interés general que se confía a éste.

El peso de los servicios públicos en economías sociales de mercado, como son las de los Estados miembros, es grande. Según datos de la Comisión únicamente las empresas públicas, que garantizan sólo una parte de estos servicios, ya representan cerca del 9 % del empleo, el 11 % de la actividad no agrícola y el 16 % de la inversión de la Comunidad.

AFDUAM 3 (1999), pp. 153-162.

Pero en Derecho Comunitario no se utiliza tanto el término de «servicio público», como otros que la comunicación anteriormente citada define de la siguiente manera:

1) *Servicio de interés general*: designa las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas de servicio público.

2) *Servicios de interés económico general*: son actividades del servicio comercial que cumplen misiones de interés general y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas del servicio público.

3) *Obligaciones de servicio público*: son obligaciones específicas impuestas por la autoridad pública al organismo de producción de un servicio con el fin de favorecer o permitir la realización de la misión de interés general, y que pueden desempeñarse a escala nacional o regional.

4) *Servicio universal*: concepto evolutivo que define un conjunto de exigencias de interés general a las que deberían someterse en toda la Comunidad ciertas actividades de servicio público para garantizar el acceso de todos los ciudadanos a determinadas prestaciones esenciales de calidad y a un precio asequible.

La diversidad de modos de organización de gestión de los servicios públicos en los distintos Estados miembros unida, como decíamos, a la distinta concepción jurídica en torno a los mismos ha hecho extraordinariamente difícil la regulación de éstos por parte de las instituciones de la Comunidad. En el texto del Tratado CEE sólo encontramos una referencia a los mismos en su artículo 90.2, a cuyo tenor, «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada (...)» Por ello, una primera vía de regulación de cuestiones relativas a los servicios públicos por las instituciones de la Comunidad vino por la materia de competencia. Sin embargo, en un momento posterior, a raíz de la adopción del Acta Única Europea y sobre todo, tras el Tratado de Maastricht, se produce el paso del mercado común al mercado interior, lo que conlleva que para la consecución de este mercado interior el Parlamento Europeo y el Consejo comiencen a legislar en distintos ámbitos al objeto de armonizar las diferentes disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros. Finalmente, el desarrollo de distintas políticas comunes supone dar un nuevo enfoque a la regulación de muchos servicios públicos.

Podemos afirmar, pues, que la actuación de la Comunidad en materia de competencia, la armonización de las legislaciones con vistas a la consecución del mercado interior y, por último, el desarrollo de las políticas comunes constituyen los tres modos en que el Derecho Comunitario incide y condiciona la liberalización de

los servicios públicos en los Estados miembros. Examinaremos cada uno de ellos por separado.

II. NORMAS SOBRE COMPETENCIA

Debemos distinguir dos líneas básicas de actuación en materia de competencia que han ejercido una influencia esencial en relación con la liberalización de los servicios públicos en los distintos Estados miembros: de un lado, la adopción de normas de carácter general por parte de la Comisión sobre la base de lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado CE; de otro, actuaciones concretas adoptadas en aplicación de lo establecido en los artículos 85 y 86 del mismo Tratado y que afectan a determinados comportamientos de empresas. Examinaremos a continuación ambas líneas de actuación.

2.1 Normas generales

Las distintas directivas adoptadas en materia de liberalización de servicios públicos por parte de la Comisión tiene como base legal el artículo 90 del Tratado CE. La liberalización descansa sobre la idea de introducir un régimen de competencia en mercados que anteriormente estaban bien exclusiva, bien mayoritariamente en manos del Estado, permitiendo así un incremento de la oferta a favor de los consumidores, lo que influirá tanto en el régimen de precios de los servicios como en la calidad de los mismos.

Conviene recordar, no obstante, como hace la Comisión, que las condiciones del artículo 90 del Tratado no se aplican a actividades no económicas, como los sistemas obligatorios de escolarización o de protección social, ni a las funciones llamadas «de regalía» que corresponden al ejercicio del poder público, como la seguridad, la justicia, la diplomacia o el estado civil, ya que los servicios de interés general, cuando revisten un carácter no económico, no pueden recibir el mismo trato que los servicios de interés económico general. Por este motivo la normativa comunitaria en materia de competencia sólo ha incidido en los servicios de interés económico general, pues aunque el Tratado consagra el principio de neutralidad frente al estatuto jurídico público o privado de las empresas al señalar en su artículo 222 que «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros», ello no implica que la Comisión sea indiferente en cuanto al comportamiento o los resultados que el juego del sector público en la economía pueda producir.

Los poderes de la Comisión en relación con el artículo 90 del Tratado son mayores que los que ostenta con carácter general en materia de competencia, basados en los artículos 85 y 86 del mismo, toda vez que el artículo 90 le permite dirigir a los Estados miembros directivas o decisiones no sólo cuando se ha producido una

infracción, sino para garantizar el correcto cumplimiento de los párrafos primero y segundo de dicho artículo 90. En este sentido hay que tener presente que el artículo 90.3 dispone que «la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.» En aplicación de estos poderes la Comisión aprobó la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio de 1980, sobre transparencia de las relaciones financieras de los Estados miembros y las empresas públicas (DO L 195, de 29 de julio de 1980, p. 35) cuyo objetivo es mejorar la información de la Comisión en esta materia y que ha sido modificada posteriormente por las Directivas 85/413/CEE y 93/84/CE. En esta misma línea puede citarse la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192, de 24 de julio de 1990, p. 10).

2.2 Decisiones particulares

El artículo 3 g) del Tratado CE consagra entre las políticas comunitarias «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior». Por ello, la política comunitaria de competencia supone el elemento de cierre de las libertades consagradas en el Tratado en cuanto a la prestación de servicios o establecimiento, constituyendo un marco de referencia obligado al hablar de la evolución de la liberalización de los servicios en los últimos años.

Como es sabido el Tratado CE en sus artículos 85 y 86 define como incompatibles con el mercado común acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia; asimismo se considera incompatible con el mercado común y queda prohibido el abuso de posición dominante en el mercado o en una parte sustancial del mismo. El Reglamento 17/62/CEE, de 6 de febrero de 1962, varias veces modificado desde su adopción, establece las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 y regula los poderes de verificación de la Comisión y la adopción por parte de ésta de decisiones por medio de las que puede llegar a imponer multas y multas coercitivas a las empresas. Por esta vía la Comisión ha adoptado decisiones que afectan a determinadas empresas gestoras de servicios públicos en los distintos Estados miembros.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido señalando que los Estados miembros no pueden generar un monopolio o extenderlo en sus dimensiones si ello supone un abuso de posición dominante en el mercado, con arreglo al artículo 86 del Tratado CE, exigiendo a los Estados miembros que no adopten ningún tipo de decisión o medida por la que se coloque a sus empresas en tal posición. Todo ello ha supuesto una importante quiebra en la concep-

ción tradicional del servicio público en manos de un Estado que, con tal de garantizar su prestación, gozaba de una gran discrecionalidad en cuanto a su forma de gestión, pudiendo hacerlo de forma directa o indirecta y en régimen de competencia o de monopolio.

III. LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES

El objetivo de la consecución de un mercado interior no puede desligarse de la nueva regulación que ha de darse a los servicios públicos. Así la propia Comisión en su comunicación sobre los servicios públicos de interés general en Europa señala que «los servicios de interés general de carácter económico están sujetos en principio a las normas de que se ha dotado la Comunidad para crear un gran mercado interior, incluidos los monopolios que puedan perjudicar al buen funcionamiento del mercado, por las barreras que crean. La aplicación de estas normas tiende a favorecer la adaptación de los servicios, pero debe seguir siendo compatible con las misiones de interés general.»

El artículo 100 A del Tratado CE permite al Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta del Comité Económico y Social, adoptar las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Es de observar que, a diferencia del artículo 100, el 100 A no prescribe un tipo determinado de instrumento para la armonización, sino que se refiere genéricamente a la adopción de «medidas», no obstante lo cual la Comisión ha declarado que favorecerá en sus propuestas la adopción de directivas cuando la armonización implique en uno o varios Estados miembros una modificación de disposiciones legales.

IV. DESARROLLO DE POLÍTICAS COMUNES

Destaca la Comisión en el referido informe sobre los servicios de interés general en Europa que «la contribución europea al desarrollo de los servicios de interés general no se limita al desarrollo del mercado único, sino que se ve completada por medidas correspondientes a distintas políticas comunitarias». Entre estas medidas cabe destacar:

1) La elaboración de normas para garantizar la interoperabilidad y la interconexión de redes. Se trata de normas de carácter técnico destinadas a hacer posible la utilización por distintos usuarios en diferentes Estados miembros o que pretenden acceder a las redes a través de distintos operadores. La Comisión no sólo

ha actuado aquí en temas técnicos, sino asimismo en cuestiones de precios, de abuso de posición dominante en el mercado, etc.

2) Desarrollo de sistemas de certificación unitarios: se trata de abordar el problema de la necesaria homogeneidad en cuanto a los aspectos técnicos de las diferentes formas para operar en las redes por las que se accede a la utilización de estos servicios públicos.

3) Elaboración de planes directores europeos para las grandes infraestructuras de transporte y de energía.

4) Apoyo a proyectos de inversión en materia de infraestructuras, bien a través de los fondos de cohesión, bien a través de préstamos BEI.

5) Esfuerzos en investigación y desarrollo.

V. UN EJEMPLO CONCRETO: LA LIBERALIZACIÓN EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

En materia de telecomunicaciones la adopción de una serie de medidas para la unificación técnica supuso un primer paso en el proceso de liberalización de este servicio público. Pero no será hasta el Tratado de la Unión Europea hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992 cuando, al reformarse el Tratado de Roma, se una a las políticas comunes de la CE la de «fomento de la creación y del desarrollo de las Redes Transeuropeas» (art. 3 n), redes transeuropeas que abarcan tanto las de transportes tradicionales (terrestre, fluvial, marítimo y aéreo), como el transporte de energía (gas y electricidad) y el de información (telecomunicaciones). Por ello la política en materia de telecomunicaciones va a enmarcarse en el Título XII (redes transeuropeas) que comprende los artículos 129 B a 129 D del Tratado.

En su párrafo primero el art. 129 B comienza señalando que «a fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 7 A y 130 A y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.»

En el proceso de liberalización en el sector de las telecomunicaciones al que asistimos en los últimos años, la Comisión ha utilizado siempre como base legal de las directivas que ha adoptado en la materia el artículo 90.3 del Tratado. Por ello podemos afirmar que la intervención de la Comisión al dictar normas generales en materia de telecomunicaciones se ha hecho invocando por su parte sus poderes en materia de competencia. En esta línea se inscriben las siguientes directivas:

— Directiva 88/301/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia de los mercados de terminales de telecomunicación, llamada «directiva de terminales».

— Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, conocida como «directiva de servicios», en cuya exposición de motivos puede leerse que «el fortalecimiento de las telecomunicaciones comunitarias constituye una de las condiciones esenciales para el desarrollo armonioso de las actividades económicas y de un mercado competitivo en la Comunidad, tanto desde el punto de vista de los prestadores de servicios como de los usuarios».

— Directiva 94/46/CE de la Comisión, de 13 de octubre de 1994, por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE especialmente en relación con las comunicaciones por satélite.

— Directiva 95/51/CE de la Comisión, de 18 de octubre de 1995, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados.

— Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE.

— Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones.

Siendo la base jurídica de todas estas directivas el artículo 90.3 del Tratado, como ha quedado expuesto, es de destacar que este artículo ha de ponerse en conexión con los anteriormente citados artículos 90.1 y 90.2 cuya finalidad no es otra que someter a las empresas públicas o a otras empresas en situación similar, por haberle conferido los Estados miembros derechos exclusivos o especiales, a las normas en materia de competencia así como a una vigilancia especial para garantizar su comportamiento correcto en el mercado.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la competencia de la Comisión para adoptar disposiciones de carácter general en base a la disposición contenida en el artículo 90.3 del Tratado. Y así, en su *sentencia de 19 de marzo de 1991* (asunto C-202/88, Francia/Comisión, Rep.I. p.1239, considerandos 19 y siguientes), frente a las tesis expuestas por la República francesa que recurrió en anulación los artículos 2,6,7 y 9 de la Directiva de terminales anteriormente citada, invocando que, al adoptar esta directiva que prevé la abolición pura y simple de los derechos especiales y exclusivos de importación, comercialización, conexión, puesta en servicio y/o mantenimiento de aparatos terminales, la Comisión ha sobrepasado las competencias de vigilancia que le confiere el artículo 90.3, el Tribunal señala que dicho poder de vigilancia con-

lleva la posibilidad, fundada en el artículo 90.3, de precisar las obligaciones que resultan del Tratado y que por consiguiente, la extensión de este poder dependerá del alcance de las normas cuyo respeto se trate de asegurar. En este sentido el Tribunal entra en el examen del objeto y finalidad de los artículos 100 A y 87, por un lado, y 90, por otro, y subraya que así como el artículo 100 A tiende a la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tiene por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, y el artículo 87, por su parte, tiene por objeto la adopción de todos los reglamentos o directivas necesarios para la aplicación de los principios que figuran en los artículos 85 y 86, es decir, de las normas de competencia aplicables al conjunto de empresas, el artículo 90 se ocupa de las medidas adoptadas por los Estados miembros en relación con aquellas empresas con las que tienen lazos particulares por las disposiciones de este artículo. Es únicamente en relación con estas medidas con las que se impone a la Comisión un deber de vigilancia que, en la medida en que sea necesario, puede ser ejercitado mediante la adopción de directivas y decisiones que tengan como destinatarios a los Estados miembros. Por ello el objeto de la competencia conferida a la Comisión por el artículo 90.3 es diferente y más específico que el de las competencias atribuidas al Consejo por el artículo 100 A, de una parte, y por el artículo 87, de otra.

También se ha ocupado el Tribunal de la competencia de la Comisión sobre la base del artículo 90.3 en su *sentencia de 6 de julio de 1982* (asuntos acumulados 188/80, 189/80 y 190/80, Francia, Italia y Reino Unido/Comisión, Rep. p.2545) señalando que una reglamentación adoptada por el Consejo en aplicación de un poder general que detenta en virtud de otras disposiciones del Tratado y que comporta la adopción de disposiciones que afectan al dominio específico del artículo 90 no es obstáculo para el ejercicio de la competencia que este último artículo confiere a la Comisión.

Todo lo expuesto hasta ahora no obsta, como decíamos, para que la Comisión pueda abrir procedimientos de infracción sobre la base de sus poderes en materia de competencia contra empresas o Estados miembros por actuaciones de éstos que vulneren las normas del Tratado en la materia. Pero entonces la Comisión lo que hará será adoptar decisiones de carácter particular, no actos de alcance general, de carácter normativo, como las directivas a las que venimos haciendo referencia, lo cual plantea el problema de la sutil distinción entre unos y otros procedimientos, toda vez que las violaciones del artículo 30 del Tratado (restricciones cuantitativas a la exportación y medidas de efecto equivalente) amplían la competencia de la Comisión de acuerdo con el artículo 90.3.

En cuanto al Consejo y al Parlamento Europeo, como ha quedado expuesto, el Tribunal de Justicia deslindó en su *sentencia de 19 de marzo de 1991* las competencias de la Comisión basadas en el artículo 90.3 de las del Consejo que encuentran su fundamento en el artículo 100 A, cuya finalidad no es otra que la de

armonizar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros. El procedimiento legislativo a seguir en estos supuestos es más complejo, ya que exige, por remisión al artículo 189 B del Tratado, la aplicación del procedimiento de codecisión. Dicho procedimiento supone que la Comisión presente una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo; que el Consejo, por mayoría cualificada y previo dictamen del Parlamento, adopte una posición común, informando plenamente al Parlamento de los motivos que le hubieran conducido a adoptar dicha posición común e informando igualmente la Comisión plenamente al Parlamento sobre su posición, con lo que se entra en la fase de codecisión por parte del Parlamento.

Sobre la base de su competencia para armonizar las legislaciones con vista a la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 7 A del Tratado, el Parlamento y el Consejo han adoptado las siguientes directivas:

— Directiva 90/387/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, para el establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones.

— Directiva 92/44/CE del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (*open network provision*, ONP) a las líneas arrendadas.

— Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo.

— Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.

— Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP).

— Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

La finalidad que se persigue con la introducción de la oferta de red abierta es la de favorecer la realización plena de un mercado común de los servicios de telecomunicaciones, según se desprende de la exposición de motivos de la Directiva 90/387/CEE, partiendo de la base de que «las condiciones de la oferta de red abierta no deben permitir ninguna restricción suplementaria del uso de la red pública de telecomunicaciones y/o los servicios públicos de telecomunicaciones, excepto las restricciones derivadas del ejercicio de los derechos especiales o exclusivos concedidos por los Estados miembros, compatibles con el derecho co-

munitario». La labor del Consejo se diferencia así de la de la Comisión quien, en el marco del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, sólo puede, sobre la base del artículo 90.3 del Tratado, elaborar disposiciones que encaucen la actividad de los Estados miembros en el respeto a las reglas de competencia del Tratado cuando afecten a las empresas mencionadas en dicho artículo 90, mientras que corresponde al Consejo, a través, como queda dicho, del procedimiento de codecisión del artículo 189 B, la difícil tarea de sentar las bases para la realización del mercado interior en el siempre cambiante entorno de las telecomunicaciones.