
El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales

Eduardo Paricio Rallo

Magistrado

1. Introducción

2. Tipología básica de la actividad prestacional de las Administraciones locales en el derecho interno

2.1. Los perfiles generales en las formas de prestación de los servicios locales. La repercusión del artículo 128 CE

2.1.1. El servicio público

2.1.2. La actividad económica

2.1.3. La reserva de recursos y servicios esenciales

2.2. Reconstrucción del sistema

3. El impacto del derecho europeo. El servicio de interés económico general

3.1. Planteamiento general

3.2. El concepto de servicio de interés económico general –SIEG–

3.3. Exclusiones

3.4. Requisitos formales en la constitución de un SIEG

4. Epílogo

Resumen

En este trabajo se pone de manifiesto la dificultad de encaje entre las categorías tradicionales de servicio público y actividad económica que perviven en nuestro ordenamiento local, con el principio de libre competencia y con el concepto de servicio reservado que en su momento introdujo la Constitución española.

A su vez, se pone de manifiesto cómo ha irrumpido en nuestro panorama jurídico la idea europea del servicio de interés económico general, concepto este que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo está imponiendo con creciente intensidad, y que cuestiona seriamente nuestra idea tradicional de servicio público. Por ello, se considera que es ya urgente reordenar nuestro derecho, dando cabida al concepto SIEG y abriendo los canales jurídicos que permitan su aplicación por parte de las Administraciones locales españolas.

Palabras clave: *servicio público local; actividad económica; iniciativa pública; reserva de sectores y servicios; servicio de interés económico general: concepto y requisitos.*

The European concept of a service of general interest and municipal services

Abstract

This article points out the difficulties in trying to reconcile the traditional categories of public service and economic activity that are still alive in Spanish local law and the principles of free market competition and the concept of reserving a service in favour of Public Administrations that introduced the Spanish Constitution. Moreover, this article describes how the European concept of service of general interest has invaded our legal system, specially, because of the task of the Court of Justice of the European Union. This concept is a serious challenge for the Spanish traditional concept of public service and must be faced without delay. Thus, this article proposes a change in the Spanish legal system: it should incorporate the concept of service of general interest and allow its implementation by Spanish Public Administrations.

Keywords: local public service; economic activity; public initiative; reservation of sectors or services in favor of Public Administrations; service of general interest: concept and requisites.

1. Introducción

Buena parte de los servicios municipales actúan en mercados económicos en concurrencia con la iniciativa privada: ferias, servicios funerarios, aparcamientos, servicios sociales, tratamiento de residuos, enseñanza, instalaciones deportivas o culturales, construcción y promoción de viviendas sociales, transportes, mercados municipales, etc. Incluso en sectores intrínsecamente públicos como el de la seguridad se ha introducido la iniciativa privada, de forma que lo que antes era una prestación en solitario de los poderes públicos es ahora un mercado económico.

En términos generales esta concurrencia público-privada no ha comportado hasta ahora problemas significativos en nuestro ordenamiento, incluso cuando la intervención pública va acompañada de privilegios financieros o de otra índole que afectan a la competitividad de las empresas que concurren en el mercado afectado.

Ciertamente en nuestro país rige el principio de libre competencia, principio estrechamente vinculado a la libertad de empresa. Ahora bien, por el momento tal principio no ha limitado la libertad con la que los servicios públicos operan en los mercados económicos.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido en ocasiones la necesidad de respetar las reglas de la competencia, pero se ha mostrado condescendiente con las iniciativas locales que inciden en el mercado en la medida en que no se demuestre que generan efectivamente daños reales y efectivos a la libre competencia, desequilibrios que no encuentren justificación en el perfil social

o público de la intervención (Tribunal Supremo, Sala 3.^a, secc. 4.^a, sentencia de 26 de febrero de 2002, rec. núm. 3050/1996). Un planteamiento que sin embargo no comparte la jurisprudencia europea que, como se verá, impone a las iniciativas públicas y a cualquier forma de intervención un requisito de formalización y justificación previa del interés público, trasladando a la Administración la carga de probar la no afectación del mercado más allá de lo estrictamente indispensable para justificar el interés público comprometido [Tribunal de Justicia (CE) Pleno, sentencia de 23 de octubre de 1997, procedimiento núm. C-157/1994].

Hasta ahora, nuestra concepción de servicio público y una idea simplista de la economía mixta de mercado, han sido datos suficientes para justificar la iniciativa pública de prestación de servicios con despreocupación de sus efectos sobre el mercado.

Sin embargo esta situación queda cuestionada por el ordenamiento europeo que, progresivamente, ha ido delimitando la iniciativa pública en función de su impacto sobre los mercados. Una idea esta que sin embargo ya se encontraba en nuestra Constitución. En efecto, el artículo 128 CE define los perfiles de la actividad prestacional de las Administraciones Públicas en función de su incidencia sobre la libertad de empresa y el principio de competencia. No obstante, tal planteamiento no ha llegado a desarrollarse plenamente en la legislación postconstitucional que, al igual que nuestra jurisprudencia, ha mantenido por inercia la idea tradicional del servicio público.

Las cosas se podían haber mantenido así de forma indefinida, pero, como se verá, el ordenamiento co-

munitario, y singularmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, nos fuerzan a replantear los perfiles de la actividad de las Administraciones Públicas en tanto que operadores en los mercados económicos, y, en definitiva, la misma idea central de servicio público que hasta ahora hemos mantenido.

2. Tipología básica de la actividad prestacional de las Administraciones locales en el derecho interno

2.1. Los perfiles generales en las formas de prestación de los servicios locales. La repercusión del artículo 128 CE

Servicio público, actividad económica, iniciativa pública, reserva de recursos y servicios esenciales. Se trata de categorías elementales referidas a los diversos perfiles que adopta la actividad prestacional de las Administraciones locales y, sin embargo, todavía no hemos conseguido ponernos de acuerdo sobre su significado preciso. Ni la ley, ni la jurisprudencia ni la doctrina ofrecen una sistematización clara y unívoca sobre el alcance de tales conceptos. Veamos:

2.1.1. El servicio público

El servicio público queda conceptuado en los artículos 25.1 y 85.1 de la Ley de bases del régimen local –LRBRL– como una actividad de prestación que los municipios pueden llevar a cabo en los ámbitos competenciales que les corresponden, con el objetivo de satisfacer las aspiraciones de la comunidad vecinal:

“Artículo 25

“1. El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”.

“Artículo 85

“1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”.

Este es un planteamiento que responde a la idea tradicional del servicio público; esto es, un concepto cuyo alcance se define en función de la persona jurídica que lo ejerce, persona que por otro lado asume la titularidad del servicio (artículo 159.3 del Regla-

mento de obras, actividades y servicios de las entidades locales –ROAS–, aprobado por el Decreto catalán 179/1995).

Según se desprende de los preceptos reproducidos, la actividad de servicio público queda vinculada de forma genérica a las competencias locales. Este planteamiento no comporta inicialmente un monopolio del prestador público, de forma que ordinariamente la actividad pública de servicio concurre con la iniciativa privada.

Ni la Ley de bases ni la Ley municipal y de régimen local de Cataluña –LMRLC– disponen que el servicio público local deba respetar la libre competencia, aunque se proyecte en un mercado. Ello es así en nuestro ordenamiento porque hemos entendido que hay muchos servicios que no pueden considerarse económicos o empresariales en sentido estricto. En ámbitos como la enseñanza, iniciativas culturales, servicios sanitarios u otros similares, el servicio municipal concurre en el correspondiente mercado con la iniciativa privada. Sin embargo, consideramos razonable que la Administración actúe al margen de las reglas estrictas de la libre competencia en atención a los objetivos y el perfil de la intervención.

No obstante, el artículo 162 ROAS impone la libre competencia a todos los servicios públicos locales, con la única excepción de los reservados en régimen de monopolio. Un planteamiento que deviene retórico, puesto que en la práctica difícilmente puede hablarse de libre competencia cuando las ayudas y privilegios que la Administración otorga al servicio del que es titular son habituales. No solo ayudas financieras, sino también otras como por ejemplo la utilización de las prerrogativas inherentes a los entes públicos en los casos de gestión directa –potestad tributaria y apremio, potestad expropiatoria, ejecución forzosa de decisiones, prerrogativas de la Hacienda Pública, potestad sancionadora, recepción obligatoria del servicio por los usuarios, etc.–. Un utilaje de intervención que abrumba a cualquier competidor privado.

2.1.2. La actividad económica

La actividad económica responde, en cambio, a una iniciativa materialmente industrial o comercial que los municipios emprenden en términos empresariales, en un riguroso contexto de libre competencia. Una actividad que no requiere una competencia for-

malmente atribuida al municipio, como sucede en el caso de los servicios públicos. Es suficiente con que la iniciativa responda a un fin genérico en beneficio de los habitantes del municipio. Así lo expresa el artículo 136 del Reglamento de obras y servicios de los entes locales:

“Artículo 136. Iniciativa de actividades económicas

“136.1. Las entidades locales pueden ejercer la iniciativa para el desarrollo de actividades económicas en régimen de libre concurrencia en el marco de la economía de mercado.

“136.2. Dicha actividad tendrá que responder, en todo caso, al interés público local”.

Como se ha apuntado ya, esta actividad queda sometida estrictamente al principio de libre competencia en el mercado en el que se proyecta, de forma que no resulta admisible ninguna ayuda o ventaja que pueda falsear la competencia. Ello no excluye la posibilidad de aportaciones de la Administración si las mismas se corresponden con el comportamiento ordinario de un empresario, ni la compensación de los sobrecostes asociados al cumplimiento de finalidades de interés público. El artículo 138 ROAS es explícito en este sentido:

“Artículo 138. Respeto al principio de libre concurrencia

“138.1. Las entidades jurídicas que, en su caso, se constituyeren para el ejercicio de actividades económicas, se someterán a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado, no pudiendo percibir ningún tipo de ayuda o ventaja económica gratuita, ya sea en forma de prestaciones positivas o mediante intervenciones que rebajen o minoran las cargas que graven el presupuesto de la entidad jurídica que supongan preferencia respecto de las demás empresas del sector, ni utilizar prerrogativas de la Administración.

“138.2. No obstante, cuando la entidad tenga una minoración de los ingresos de explotación y un aumento de los costes de producción como consecuencia de la imposición de obligaciones de interés público por parte de la entidad local de la cual dependan que supongan una desventaja respecto del resto de empresas del sector, se le concederá algún tipo de ayuda económica para compensar la diferencia”.

Por otro lado, el principio de libre competencia se proyecta en este caso en la imposición de las formas de gestión que utilizan el derecho privado en las relaciones de mercado –artículo 243.3 LMRLC–, circunstancia que permite el ejercicio de la actividad en términos de igualdad con los prestadores particulares.

2.1.3. La reserva de recursos y servicios esenciales

Este es un concepto introducido por la Constitución en su artículo 128, concepto que queda recogido junto con el de iniciativa pública en el artículo 86 de la Ley de bases del régimen local:

“Artículo 86

“1. Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 de la Constitución.

“2. Cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

“3. Se declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: Abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros. El Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

“La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la comunidad autónoma”.

Estamos, pues, ante un planteamiento constitucional que introduce un criterio de ordenación de la actividad pública ajeno al binomio servicio público-actividad económica.

Nótese que la Constitución no incluye ninguna referencia general al servicio público como tal, se limita a aludir ocasionalmente a una actividad prestacional específica de los poderes públicos para garantizar determinados derechos puntuales como el de enseñanza –artículo 27–, el de sanidad –artículo 43–, o la protección a la tercera edad –artículo 50–.

El artículo 128 CE ha sido objeto de múltiples interpretaciones, desde la que entiende que el precepto no añade nada nuevo a la idea de servicio público, de forma que servicio público y reserva coinciden, hasta la visión del servicio reservado como una quintaesencia del servicio público que, no obstante, sigue existiendo al margen de la reserva. También hay diversidad de opiniones sobre la titularidad del servicio en uno y otro caso; esto es, si la titularidad por parte de la Adminis-

tración es exclusiva de la reserva, o se mantiene también en el caso de servicios públicos no reservados.

Pues bien, el artículo 128 CE se limita a ordenar la acción pública por contraste con la libertad de empresa y la libre competencia. Ese es el criterio central del planteamiento constitucional. Tal ordenación abarca toda la actividad materialmente económica de la Administración; esto es, la que incide en un mercado determinado, independientemente de que se configure o no como un servicio público.

En ese sentido, la reserva lo es respecto a determinados recursos o servicios que se consideran esenciales. Por consiguiente, estamos ante una reserva –al sector público– de un mercado determinado. De ahí se puede deducir que en tales mercados la libertad de empresa queda debilitada en favor de una intervención pública más o menos intensa. En este sentido, el artículo 128 admite una actuación monopolística o no monopolística de la Administración, pero en todo caso al margen de la libre competencia en sentido puro.

En definitiva, si en el servicio público tradicional estábamos ante la titularidad municipal de un concreto servicio, en el caso de la reserva estamos ante la titularidad de un sector del mercado, con la consiguiente mediatización pública del mismo.

Ciertamente, el artículo 245 de la Ley municipal y de régimen local establece que en un sector reservado la iniciativa municipal se rige por la libre competencia si no se ha establecido el monopolio. Tal planteamiento resulta incoherente, puesto que asimila la posición municipal en un sector reservado sin monopolio a la situación ordinaria del municipio en el ejercicio de actividades económicas en general, de forma que la reserva deviene inútil y superflua. Por ello, cabe entender que en los casos de reserva sin monopolio la libre competencia es, en todo caso, un imperativo debilitado.

2.2. Reconstrucción del sistema

Como se ha visto, en nuestro sistema legal pervive la antigua distinción servicio público-actividad económica, y en ella se ha insertado un planteamiento nuevo que aporta la Constitución como es la reserva de recursos y servicios esenciales, sin que el encaje haya sido resuelto todavía.

La distinción clásica servicio público-actividad económica podía ser pacífica en su momento, pero ya no es así.

Debemos aislar en primer lugar los servicios públicos que se corresponden con el ejercicio de la autoridad pública. Hay en el artículo 25 de la Ley de bases muchos ámbitos de actuación que responden a dicho perfil: seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico, protección civil, prevención de incendios, disciplina urbanística, protección del medio ambiente, defensa de consumidores, etc.

Otro ámbito que no plantea problemas especiales es el referido a los servicios públicos vinculados al dominio público como, por ejemplo, la conservación de las vías y espacios públicos.

Las dificultades surgen en lo que se refiere a actividades prestacionales no vinculadas al ejercicio de autoridad.

En efecto, en primer lugar no es posible diferenciar claramente entre servicio público y actividad económica desde la perspectiva de su naturaleza material. El artículo 25 LRRL incluye actividades muy variadas, buena parte de las cuales tienen un contenido económico o empresarial: promoción y gestión de viviendas, abastecimientos, mataderos, mercados municipales, servicios funerarios o servicios sociales.

Tampoco es posible la diferenciación desde la perspectiva de la existencia o no de mercado en el ámbito en el que se proyecta la intervención pública, puesto que si bien históricamente era frecuente que la Administración fuera la única prestadora en muchos sectores, ahora es habitual que exista una prestación privada de servicios –esto es, un mercado económico– en casi todos los ámbitos en los que actúa la Administración. Así ha sucedido en sectores como los servicios sociales, instalaciones e iniciativas culturales o deportivas, aparcamientos, ferias, cementerios, tratamiento de residuos, mataderos, o transporte de viajeros.

Por otro lado, el concepto de competencia local se ha expandido hasta límites ciertamente difusos. En este sentido, el artículo 4 de la Carta Europea de Autonomía Local atribuye a las entidades locales una capacidad de intervención de carácter residual; esto es, en toda materia no excluida o atribuida a otra Administración. El artículo 28 LRRL abunda en esta idea; el artículo 25 no incluye propiamente un listado de competencias, sino una remisión a la legislación sectorial. Asimismo, el artículo 66.2 LRRL establece genéricamente la competencia de los entes locales en campos tan amplios como la sostenibilidad ambiental, la gestión territorial, la cohesión social, las infraestructuras de movilidad, la conectividad, la tecnología de la información y de la comunicación, o abastecimientos ener-

géticos. Por consiguiente, la vinculación del servicio público local al ejercicio de una competencia formalmente reconocida como tal, no es un buen parámetro de diferenciación con la actividad económica si resulta que el concepto de competencia se ha vuelto tan difuso. Es más, el artículo 66.1 LMRLC vincula el servicio público local no ya a la actividad que se corresponde con una competencia, sino a la relacionada con la realización de actividades que “contribuyan a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de la comunidad de vecinos”, de forma que diluye la diferencia entre servicio público y actividad económica.

Por consiguiente, y a pesar del planteamiento de los artículos 25.1 y 85 LRBRL, resulta poco operativo el criterio de distinción de los servicios públicos locales respecto a la actividad económica de la Administración, en el sentido de que los primeros son los vinculados al ejercicio de las competencias municipales, mientras que los segundos se corresponden con los demás supuestos de iniciativa pública.

El caso es que la Ley de bases del régimen local y la normativa municipal en su conjunto mantienen las tres categorías con sustantividad propia: el servicio público, referido a las competencias genéricamente atribuidas a los municipios; la actividad económica, para finalidades que beneficien a los vecinos, y la reserva de recursos o sectores, con carácter restringido a unos pocos servicios.

La jurisprudencia, aunque de forma vacilante, se ha hecho eco de este planteamiento canónico. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 admite la libertad municipal para ejercer la actividad económica respecto a iniciativas de interés público, sometiéndola en este caso a un régimen estricto de libertad de mercado. El mismo Tribunal establece la sustantividad propia de las categorías de servicio público y actividad económica, quedando la primera vinculada a las competencias municipales, aunque entiende que, al menos en el ámbito local, el servicio público no comporta la titularidad del sector en el que se interviene (Tribunal Supremo, sentencia de 23 de mayo de 1997 –rec. núm. 6813/1991–).

Ahora bien, la jurisprudencia ha admitido también que la naturaleza materialmente económica del servicio público es una circunstancia que impone la necesidad de seguir el procedimiento propio de la iniciativa pública, y exige asimismo respeto a las reglas de la libre competencia con la iniciativa privada (Tribunal Supremo, sentencias de 1 y 26 de febrero de 2002, recursos núm. 6139/1996 y núm. 3050/1996, respectivamen-

te). Otra cosa es si esas reglas rigen con la misma intensidad que en el caso de la actividad económica.

De ello se desprende que la condición materialmente económica del servicio público lo sitúa en la órbita de la iniciativa pública, y, consiguientemente, lo somete a los requisitos procedimentales correspondientes para su instauración, imponiéndole un funcionamiento respetuoso con el mercado.

En este mismo sentido puede interpretarse el artículo 95 del texto refundido de régimen local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986:

“Artículo 95

“1. Los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. [...]”.

Así pues, en este momento los servicios públicos locales de contenido materialmente económico quedan sometidos a la lógica de la iniciativa pública y, eventualmente, a la dinámica del artículo 128 CE. De acuerdo con este planteamiento, solo serían admisibles las restricciones a la libre competencia en los sectores que han sido objeto de reserva legal.

En este contexto puede establecerse la siguiente categorización:

* Actividad económica: se corresponde con la consecución de fines públicos en general. Requiere el procedimiento de iniciativa pública –artículo 86.1 LRBRL– y queda sometida estrictamente a las reglas de libertad de mercado.

* Servicio público local: se corresponde en un sentido amplio con el ejercicio de competencias reconocidas al ente local:

➤ Para el ejercicio de funciones de autoridad o el ejercicio de actividad no económica: no se insertan en el mercado. Libertad de configuración.

➤ Para el ejercicio de actividades económicas. Artículo 128 CE y 86 LRBRL: procedimiento de iniciativa pública:

- En general: libertad de mercado estricta.
- Reserva simple: concurrencia, libertad de mercado relativa.
- Reserva monopolística: no concurrencia de la iniciativa privada.

Ciertamente este es un planteamiento que tiene dificultades de encaje en la dinámica actual de nuestro ordenamiento infraconstitucional, puesto que la legislación ha efectuado una reserva de sectores en favor de las entidades locales en términos muy restrictivos. En consecuencia, el grueso de los servicios públicos lo-

cales se encontraría ahora en una situación de libre mercado. Así sucedería con la promoción y gestión de viviendas, sanidad, servicios sociales o instalaciones culturales, deportivas o de ocio. Unos servicios a los que la Administración no podría otorgar ningún privilegio susceptible de falsear la competencia.

Por ello, un planteamiento como el descrito requiere para su operatividad la revisión del listado de sectores reservados a la actividad local.

3. El impacto del derecho europeo. El servicio de interés económico general

3.1. Planteamiento general

Sea como fuere, el perfil de la intervención de las Administraciones Públicas queda notablemente afectado por el derecho europeo en la rápida evolución que en este aspecto ha experimentado durante los últimos años.

En efecto, el pilar básico en la construcción europea es la consecución del mercado único. Objetivo que, a su vez, se fundamenta en el principio de libre competencia. Este principio se proyecta en la libertad de establecimiento y en la libertad de prestación de servicios, con la consiguiente prohibición de restricciones. Véanse los siguientes artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–:

“Artículo 49

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

“[...]

“Artículo 56

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

“[...]

“Artículo 57

“Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no

se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

“Los servicios comprenderán, en particular:

“a) actividades de carácter industrial;

“b) actividades de carácter mercantil;

“c) actividades artesanales;

“d) actividades propias de las profesiones liberales”.

El caso es que la progresión legislativa y, sobre todo, la jurisprudencia desarrollada a partir de los citados principios cuestionan seriamente la concepción del servicio público que mantenemos todavía en nuestro país.

En efecto, para nosotros el servicio público se identifica esencialmente con una organización pública prestadora del servicio. Una organización que puede operar en el mercado cargada de privilegios, con abstracción de los efectos que pueda producir sobre la libre competencia de los operadores privados. Esta es una concepción subjetiva del servicio público, paralela a una concepción también marcadamente subjetiva del derecho administrativo en general. Sin embargo, y como veremos, el derecho europeo ha impuesto ya una concepción estrictamente objetiva del servicio público.

Ciertamente los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios quedan inicialmente referidos en el Tratado a las relaciones transnacionales; esto es, a la libertad de los prestadores de un país para ejercer su actividad en otro país de la Unión. Ahora bien, progresivamente tales libertades se han generalizado, de forma que operan también en el ámbito interno de los Estados miembros (TJUE, sentencia de 20 de febrero de 2001, núm. C-205/1999). La Directiva de servicios es un ejemplo en este sentido, en la medida en que no se limita a proteger a los prestadores de servicios que provengan de otros Estados, sino a todos los operadores, internos o externos.

La Unión Europea es consciente de la relevancia de los servicios de interés general y del papel que tales servicios desempeñan en aspectos tan esenciales como la cohesión social. Unos servicios que quedan explícitamente reconocidos en el Tratado –artículo 14 y protocolo núm. 26–. En este contexto, la Unión se impone el objetivo de conciliar la consecución de los objetivos de servicio público con el principio estructural de libre competencia.

A partir de este planteamiento, los órganos de la Unión han desarrollado una intensa actividad con el objetivo de establecer un modelo que armonice tales valores. En este sentido, desde finales de los años no-

venta se han sucedido diversos actos y decisiones de la Comisión, singularmente los libros blanco y verde sobre los servicios de interés general de 2003 y 2004, la decisión y el marco SIEG de 2005, la guía de los servicios de interés económico general de 2010, o la reciente comunicación 2012 C 8-02.

Paralelamente, el TJUE ha desarrollado una intensa jurisprudencia en esta materia, jurisprudencia que está operando como una auténtica locomotora en la progresión del nuevo modelo.

El punto de apoyo sobre el que ha pivotado la jurisprudencia del Tribunal es el artículo 107 TFUE, y la restricción que dicho precepto establece respecto a las ayudas o las ventajas concedidas por los poderes públicos a las empresas propias o ajenas:

“Artículo 107

“1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

3.2. El concepto de servicio de interés económico general –SIEG–

La idea central del modelo europeo es el servicio de interés económico general. Un concepto que responde a los siguientes parámetros:

– La Unión reconoce a los Estados libertad para definir servicios de interés general.

Con excepción de los sectores sometidos a una regularización impuesta por la UE –correos, telecomunicaciones, transportes o energía–, la UE no puede fiscalizar tal decisión, excepto en los casos de “error manifiesto”.

– Así pues, los poderes públicos de los Estados miembros pueden considerar ciertos servicios como servicios de interés general, aunque tengan un contenido económico e incidan en el mercado. En ese contexto, si entienden que la oferta del mercado no es satisfactoria, pueden definir determinadas prestaciones en forma de obligaciones de servicio –misiones de servicio público–. La misión de servicio público constituye propiamente el concepto de servicio público para el derecho comunitario; un concepto de carácter estrictamente objetivo.

Hasta ahora, los órganos de la UE han respetado la libertad de los Estados para intervenir mediante la creación de un SIEG independientemente de la existencia de una necesidad objetiva.

Sin embargo, la Comunicación de la Comisión UE C 8/02 (DOUE de 11 de enero de 2012) introduce un condicionante para la creación del SIEG, en el sentido de que los objetivos de interés público que la Administración se propone no estén ya cubiertos por la iniciativa privada:

“48. Por tanto, la Comisión considera que no sería adecuado vincular obligaciones específicas de servicio público a una actividad que ya efectúan, o pueden efectuar satisfactoriamente y en condiciones, tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado. En cuanto a si un servicio puede ser prestado por el mercado, la evaluación de la Comisión se limita a comprobar si el Estado miembro ha cometido un error manifiesto”.

Se trata de un planteamiento tomado de la sentencia del TJCE de 20 de febrero de 2001 (asunto C-205/1999). Si esta idea se consolida, parece que estamos abocados a una posición de subsidiariedad de los poderes públicos en la economía, planteamiento histórico que habíamos abandonado ya en nuestro derecho.

– La misión de servicio público paradigmática es el servicio universal; concepto este que responde al objetivo de garantizar el acceso de todos los ciudadanos al servicio en cuestión. El servicio universal impone a los proveedores la obligación de prestar servicios concretos en determinadas condiciones; esto es, con una cobertura territorial completa, unos niveles de calidad mínimos y a un precio asequible.

– La misión de servicio público puede ser considerada como una obligación de carácter general y, por tanto, encomendada al conjunto de operadores; o bien puede ser atribuida exclusivamente a uno o varios operadores.

– Correlativamente, la financiación del servicio de interés económico general –esto es, de la misión de interés general– puede imputarse al conjunto de operadores como una carga, manteniendo de esa manera su neutralidad desde la perspectiva de la competencia, o bien puede ser asumida por la Administración compensando a los operadores –respetándose igualmente la neutralidad de la financiación–.

– Asimismo, cuando la garantía del servicio de interés general así lo requiera, los poderes públicos pueden introducir otras restricciones en la medida en que las mismas puedan resultar necesarias para financiar el servicio o, en general, para garantizar la consecución de la misión de interés general. Así, la jurisprudencia europea ha admitido limitaciones como la imposición de una autorización a los operadores privados (TJCE, sentencia de 20 de febrero de 2001, asunto C-205/1999), el establecimiento de derechos especiales o exclusivos en favor de los prestadores que asumen las misiones de interés general (TPICE, sentencia “BUPA” de 12 de febrero de 2008, asunto T-289/2003), incluso la imposición de los precios o tarifas de la prestación (TJCE, sentencia de 20 de abril de 2010, asunto C-265/08).

– En todo caso, la financiación pública o cualquier otra forma de ayuda queda restringida al coste de la misión más un beneficio industrial razonable.

Las ayudas o privilegios solo son admisibles si resultan proporcionales a los sobrecostes que ocasiona la misión de interés general. Por el contrario, resultarán inadmisibles en la medida en que excedan lo necesario para garantizar el cumplimiento de dicha misión de interés general.

Tal equilibrio queda igualmente recogido en el artículo 138.2 ROAS antes citado, al vincular las eventuales ayudas o ventajas a los sobrecostes derivados de la imposición de obligaciones de interés público.

– A este respecto, se considera ayuda no solo la aportación financiera, sino cualquier otra medida de apoyo susceptible de mejorar la competitividad de la empresa favorecida y, en consecuencia, falsear la competencia. En este punto es indiferente que la medida persiga objetivos sociales o similares (TJCE, sentencia de 26 de septiembre de 1996, asunto 241/94).

La jurisprudencia ha considerado como ayudas no solo las subvenciones, sino también la concesión de créditos en condiciones favorables, la prestación de garantías por parte de la Administración a la empresa operadora, el reconocimiento de beneficios tributarios, la aportación de capitales más allá de lo que se correspondería con el comportamiento normal de un inversor privado (TJCE, sentencia de 14 de septiembre de 1994, asunto C-42/93), y cualquier otra medida de efecto equivalente.

– El régimen descrito resulta independiente de la naturaleza pública o privada de la empresa gestora del servicio –principio de neutralidad–. En este aspecto el derecho europeo difiere de nuestra tradición jurídica,

tradición en que la naturaleza pública del operador ha sido razón suficiente para justificar los privilegios con los que opera y los desequilibrios del mercado y de la libre competencia que puedan resultar.

Este principio de neutralidad y la sumisión de las empresas públicas a las reglas de la libre competencia es la punta de lanza que desestabiliza nuestra concepción tradicional del servicio público, y genera un cambio de paradigma al que habrá que adaptarse.

Como puede comprobarse, la idea de servicio público implícita en el concepto SIEG es objetiva; esto es, se define por referencia al objetivo de la intervención, con total abstracción del sujeto que la protagoniza. Por otro lado, estamos ante una concepción esencialmente ligera de la intervención, que debe ser la mínima indispensable para la consecución del objetivo, al menos en lo que afecta al mercado. En definitiva, un servicio público que podemos calificar como minimalista.

3.3. Exclusiones

Quedan fuera de las reglas de competencia y, por tanto, del anterior planteamiento los siguientes sectores de la actividad pública:

A/ Las regalías o prerrogativas mediante las cuales el Estado ejerce su soberanía o actúa como tal Estado. En este caso están los servicios de autoridad en general, Policía, Justicia, Asuntos Exteriores o la inspección de actividades privadas.

B/ Los servicios no económicos de interés general, concebidos como servicios en los que el Estado cumple su función en los campos social, cultural o educativo; unos servicios que se prestan a la población y que no tienen un carácter predominantemente económico; esto es, los que se nutren esencialmente de la financiación del Estado o de la aportación solidaria de los ciudadanos, de forma que la contraprestación eventualmente abonada por el usuario no es significativa. En términos generales se encuentran en este caso servicios como la seguridad social, la educación o los sistemas nacionales de salud.

No es fácil establecer una frontera clara entre el servicio de interés general y el servicio de interés económico general. En el ámbito del derecho de competencia, el TJUE ha establecido que debe considerarse como actividad económica –por tanto, sujeta a la libre competencia– cualquier actividad consistente en ofrecer por parte de una empresa bienes o servicios en un determinado mercado a cambio de remuneración, con

independencia del carácter de la empresa y de su modo de financiación (TJUE, sentencia de 3 de marzo de 2011, procedimiento C-437/09).

El caso es que ofrecer bienes y servicios en el mercado es precisamente lo que hacen la mayor parte de nuestros servicios públicos. De ello se deduce que la práctica totalidad de los servicios prestacionales asumidos por nuestras Administraciones locales pueden considerarse “actividades económicas” en el sentido de los artículos 43 y 49 del Tratado CE.

En este contexto, el criterio de la existencia de remuneración o contraprestación significativa para distinguir el Servicio de Interés General del SIEG no es muy útil, puesto que en nuestro país es frecuente que los servicios públicos sean financiados de forma significativa por los usuarios mediante tasas y precios públicos.

Desde un punto de vista casuístico, el Tribunal ha establecido el carácter de servicio no económico de interés general en determinados ámbitos como la enseñanza o la seguridad social, valorando en este último caso la función de solidaridad y la no equivalencia entre cotizaciones y prestaciones (sentencia “Pucet”, de 17 de febrero de 1973, C-159/91). Ahora bien, en otros servicios prestacionales típicamente públicos la jurisprudencia europea ha considerado que tenían el carácter de servicio económico de interés general. Así ha sucedido parcialmente en materia de sanidad (sentencia “Smits-Peerbooms”, de 12 de julio de 2001, C-157/99, y sentencia TPI de 7 de noviembre de 2011, T-137/10), en materia de oficinas de colocación (sentencia “Höfner”, de 25 de abril de 1991, C-41/90), o incluso en materia de gestión de dominio público (TPI-CE, sentencia de 12 de diciembre de 2000, T-128/98).

En definitiva, no es fácil determinar la frontera entre el servicio de interés general y el servicio de interés económico general. La naturaleza o la finalidad del servicio no son en este sentido datos determinantes. Por otro lado, el hecho de que el objetivo del servicio sea esencialmente social no excluye su calificación como servicio de interés económico general. La comunicación de la Comisión UE de 26 de abril de 2006 se refiere a los servicios sociales de interés general, que define como aquellos que responden al principio de solidaridad y se caracterizan por la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones. Unos servicios cuyo objeto es garantizar determinados derechos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables, servicios en los que no hay ánimo de lucro. En este ámbito la Comisión admite la plena libertad de los Estados miembros para definir misiones de interés

general; aunque, cuando se trata de servicios de carácter económico, “también debe garantizarse la compatibilidad de sus modalidades de organización con otros ámbitos del derecho comunitario, en particular, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento y el derecho de competencia”, recordando en este sentido que “el Tribunal ha estipulado que deberán considerarse como actividades económicas, en el sentido del Tratado, las prestaciones ofrecidas normalmente a cambio de remuneración... De ello se deduce que la práctica totalidad de los servicios prestados en el ámbito social pueden considerarse ‘actividades económicas’ en el sentido de los artículos 43 y 49 del Tratado de la UE”.

C/ Las “ayudas de *mínimis*”.

El caso es que el derecho europeo de la competencia, en general, y las libertades de establecimiento y de libre prestación de servicios, en particular, quedan referidos a un ámbito interestatal; esto es, que se proyectan en el establecimiento o la prestación de servicios por parte de las empresas de un Estado determinado en otro Estado diferente.

En este contexto, la primera cuestión que se plantea es si tales principios operan exclusivamente a partir de un cierto volumen, de forma que las restricciones que por su cuantía no tengan la capacidad de afectar los flujos entre Estados puedan subsistir como una peculiaridad de derecho interno inmune a las imposiciones del derecho europeo. Una situación en la que podrían refugiarse buena parte de los servicios locales, si no todos.

En este sentido cabe recordar que, al establecer los límites de las ayudas estatales, el artículo 107 del Tratado solo se refiere a aquellas ayudas susceptibles de afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros:

“Artículo 107

“1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, [...]”.

Pues bien, en este punto la Comisión Europea se ha esforzado por poner límites a la expansión del derecho europeo de la competencia al ámbito de los servicios públicos, excluyendo en todo caso las ayudas prestadas por los poderes públicos que no superen determinado umbral económico. En este sentido, el Reglamento (CE) 1998/2006 fija un límite para las ayudas de 200 000 euros en el plazo de tres años, o su equivalen-

te si no se trata de una ayuda en dinero. Límite que el Reglamento UE 360/2012 eleva en lo que se refiere a las empresas que prestan servicios de interés económico general, a 500 000 euros en el mismo periodo de tres años.

Ahora bien, tanto la Comunicación de la Comisión UE de 26 de abril de 2006 sobre servicios sociales de interés general como la Decisión 2012/21/UE establecen que, para que operen los límites de *minimis*, las ayudas deben ser transparentes; lo que significa que deben quedar atribuidas formalmente mediante uno o varios actos del poder público en los términos que más adelante se indicarán.

Sin embargo, aunque la Comisión parte de la base de que las ayudas inferiores no afectan a los intercambios comunitarios, la exclusión lo es solo respecto al deber de comunicación de la ayuda, pero no afecta a la obligación de cumplir los requisitos inherentes a los SIEG, con la eventual ilegalidad de la ayuda o de las restricciones en caso contrario (Comunicación de la Comisión UE de 23 de marzo de 2011).

Por otro lado, a pesar de que la normativa europea formula inicialmente las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en un ámbito interestatal, tales libertades se extienden inevitablemente por vía de las legislaciones internas de transposición y también por vía jurisprudencial, de forma que acaban protegiendo también a los operadores nacionales frente a las intromisiones del propio Estado. La Directiva de servicios es un ejemplo en tal sentido.

Finalmente, por lo que se refiere a las ayudas, la jurisprudencia europea se ha mostrado particularmente beligerante en cuanto a los límites de *minimis*, res-tándolos trascendencia práctica:

Sentencia "Altmark Trans", de 24 de julio de 2003, núm. C-280/2000:

"81. Por último, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no existe un umbral o porcentaje por debajo del cual puede considerarse que los intercambios entre Estados miembros no se ven afectados. En efecto, la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen a priori la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros (véanse las sentencias Tubemeuse, apartado 43, y España/Comisión, apartado 42).

"82. Por tanto, el segundo requisito para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado, según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados miembros, no depende del carácter local o

regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate".

3.4. Requisitos formales en la constitución de un SIEG

Como se ha dicho, los poderes públicos disponen de un amplio margen de libertad para definir los servicios públicos o, en terminología europea, los servicios de interés general. Si tales servicios tienen un contenido económico en los términos expuestos, su configuración debe respetar determinados requisitos formales, sin los cuales no resultan admisibles sea cual fuere su cuantía.

El primer requisito es la previa definición formal de la misión o misiones de interés general.

En segundo lugar, la Administración debe atribuir dichas misiones a un prestador, sea público o privado, a varios de ellos o a todos los prestadores que operen en el mercado, en este último caso en calidad de obligación general. No es necesario que el encargo se efectúe mediante una norma; es suficiente en este sentido una resolución singular, como por ejemplo un contrato de concesión.

En la configuración del servicio la Administración debe determinar, asimismo, en qué medida la consecución de la misión de interés general requiere determinadas limitaciones en el mercado, como por ejemplo el otorgamiento de derechos especiales o exclusivos a los operadores encargados del SIEG, la imposición de tarifas, la concesión de determinadas ayudas u otras medidas de apoyo que resulten justificadas y proporcionales.

Tales obligaciones formales resultan ineludibles independientemente del régimen jurídico relativo a las ayudas estatales.

En cuanto a la concesión de ayudas, la citada sentencia "Altmark Trans", de 24 de julio de 2003, establece, además, unos requisitos complementarios:

"89. En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. [...]

"90. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras.

"91. Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

"92. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.

"93. En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones".

La Decisión 2012/21/UE define la configuración del SIEG en los siguientes términos:

"Artículo 4. Atribución

"El funcionamiento del servicio de interés económico general deberá atribuirse a la empresa en cuestión por medio de uno o varios actos cuya forma podrá ser determinada por cada Estado miembro. Estos actos deberán indicar, en particular:

"a) el contenido y la duración de las obligaciones de servicio público;

"b) las empresas afectadas y, si procede, el territorio afectado;

"c) la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas por la autoridad otorgante;

"d) una descripción del mecanismo de compensación y los parámetros aplicados al cálculo, control y revisión de la compensación;

"e) las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas, y

"f) una referencia a la presente Decisión.

"Artículo 5. Compensación

"El importe de la compensación no superará lo necesario para cubrir el coste neto derivado del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, incluido un beneficio razonable".

En este último sentido, las empresas designadas deberán llevar una contabilidad interna que indique por separado los costes e ingresos asociados al servicio de interés económico general.

Pero es que, en la más reciente doctrina de la Comisión de la Unión Europea, ese sistema de control de las ayudas estatales no es solo aplicable en los ámbitos de actuación pública en los que existe un mercado, sino también en los casos en los que el mercado se haya reservado a una única empresa (Comunicación de la Comisión UE 2012 8/02, apartado 2.3).

4. Epílogo

El derecho de la Unión Europea ha experimentado una rápida evolución, evolución que le ha llevado desde un planteamiento inicial de respeto a las diversas concepciones nacionales sobre la intervención de los poderes públicos en los mercados económicos, hasta una progresiva delimitación de las reglas del juego. Como se ha apuntado ya, en esa evolución la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha sido determinante.

Ahora nos encontramos ya en una nueva situación que nos obliga a adaptar nuestro ordenamiento interno. Una adaptación que comporta el salto cualitativo a un concepto objetivo y predeterminado del servicio público.

La construcción del concepto de servicio de interés económico general resulta determinante para nuestro derecho público en una doble dimensión: tanto por lo que se refiere a la actividad prestacional ejercida desde el poder público, como también en lo relativo a los parámetros del control administrativo sobre las actividades privadas.

Sin embargo, nuestro derecho no ha recibido todavía el concepto de servicio de interés económico general. Seguimos instalados confortablemente en nuestra idea tradicional del servicio público.

El planteamiento de la legislación general de régimen local sigue respondiendo al binomio clásico servicio público-actividad económica, un binomio que ha quedado superado por la normativa europea. En mi opinión ni siquiera hemos llegado a desarrollar adecuadamente el planteamiento del artículo 128 de la Constitución española. Dicho precepto sitúa las cosas precisamente en la misma lógica que informa el derecho europeo; esto es, en la lógica del equilibrio entre una intervención pública necesaria para la consecución del Estado social y los principios de libertad de empresa y libre competencia.

Como se ha apuntado, la adaptación habrá de comportar muchas limitaciones en contraste con la libertad que hasta ahora hemos tenido en este país respecto a la configuración y la actividad de los servicios públicos locales. Ahora bien, la construcción del SIEG también aporta algunas ventajas respecto a la actuación de las Administraciones Públicas en mercados liberalizados, y permite un margen de actuación que sería inaceptable en un modelo puro de mercado. El problema es que, en buena medida, la falta de recepción de este nuevo paradigma en nuestro ordenamiento interno nos impide disfrutar de una parte importante de los aspectos positivos de esta construcción.

Muestra de la falta de permeabilidad de nuestro sistema jurídico al concepto SIEG es la adaptación de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior. En efecto, dicha norma europea ha establecido las reglas del juego inherentes a la libertad de establecimiento y, al hacerlo, ha matizado el alcance de la liberalización en el caso de los sectores en los que operan servicios de interés económico general. En este sentido, la exposición de motivos advierte lo siguiente:

“Respecto a los SIEG, la Directiva establece que su aplicación no tiene que comportar la liberalización del SIEG ni la privatización de la entidad pública prestadora del servicio (artículo 1.1). El artículo 15.4 admite, en el caso de los servicios de interés general, un margen relativamente amplio para introducir restricciones cuantitativas, territoriales, imposición de servicios de prestación obligatoria, de tarifas u otros”.

El mismo artículo 15.4 permite en el caso de los servicios de interés económico general unas limitaciones a la actividad privada que inicialmente no resultan admisibles en el resto de mercados. Así, la Directiva admite en este caso la introducción de límites cuantitativos o territoriales en el establecimiento de actividades privadas, la imposición a la empresa prestadora de una

forma jurídica determinada, la exigencia de determinados requisitos respecto al capital, la reserva de determinadas prestaciones a operadores concretos, la obligación de disponer de un establecimiento en el término municipal, la imposición de un número mínimo de empleados, la fijación de las tarifas, o la obligación de efectuar prestaciones complementarias. Unas medidas que en el caso de los SIEG no quedan necesariamente vinculadas a alguna de las razones imperiosas de interés general restrictivamente establecidas, siendo admisibles si resultan convenientes o necesarias para la consecución de la misión de interés público definida por la Administración.

Entre tales medidas se encuentra la exigencia de licencia, sin que en este caso resulte necesario apelar a una razón imperiosa de interés general si así lo impone el cumplimiento de la misión de interés general (TSJCE, sentencia de 20 de febrero de 2001, procedimiento núm. C-205/99). La construcción SIEG permite incluso establecer derechos especiales o exclusivos a favor del operador designado, o el control de los precios.

Así pues, la configuración del servicio de interés económico general abre las puertas a la introducción de limitaciones en la actividad de operadores privados que inicialmente están vedadas, y, a su vez, justifica la posibilidad de ayudas a los operadores –públicos o privados–, ayudas que de otra forma resultarían inadmisibles de acuerdo con el ordenamiento europeo.

Sin embargo, como se ha apuntado ya, los efectos positivos que pueden extraerse del concepto de servicio de interés económico general encuentran en nuestro caso un obstáculo, puesto que la normativa de transposición no ha incorporado las referencias a este concepto que incluye la Directiva de servicios. En este sentido, los artículos 9, 11 y 13.1 de la Ley 17/09 omiten las matizaciones que con respecto al SIEG efectuaban los correlativos artículos 15.4 y 17.1 de la Directiva.

En definitiva, entiendo que estamos ante la necesidad de reordenar nuestro derecho interno, de definir adecuadamente el perfil general de nuestros servicios públicos por referencia a los principios de libertad de prestación de servicios, libertad de establecimiento de los operadores privados y libre competencia. En todo caso, nuestro ordenamiento debe abrir los canales jurídicos que permitan aplicar plenamente el concepto de servicio de interés económico general.

En otro orden de cosas, la idea del SIEG puede ser útil para avanzar en una interpretación adecuada del concepto de reserva de sectores y servicios. En efecto,

como se ha dicho, la reserva queda definida en la Constitución para los supuestos en los que la intervención pública afecta la libre competencia. La configuración del SIEG tiene precisamente el efecto de reducir al mínimo indispensable y aislar el efecto perturbador de la intervención de las Administraciones Públicas en el mercado, neutralizando su impacto sobre la libre competencia. Por consiguiente, un servicio definido en los términos SIEG no tiene por qué afectar significativa-

mente a la competencia, al menos en los supuestos en los que no se utilizan técnicas pesadas de intervención como el establecimiento de derechos reservados o exclusivos o el control de precios. Un SIEG así definido podría escapar por tanto a la necesidad de reserva en la medida en que no afecta a la libertad de empresa y la libre competencia, abriendo de este modo un nuevo espacio para el servicio público entre la mera iniciativa económica y la reserva de servicios. ■