

## **Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)**

Manuel Campos Sánchez-Bordona  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

1. Introducción.
  - 1.1. Las categorías tradicionales. 1.2. La recepción ulterior de las nuevas categorías: el ejemplo de la Ley 32/2003.
2. Los textos básicos comunitarios (normativos y paranormativos) sobre los servicios de interés económico general.
  - 2.1. Los textos normativos. 2.2. Los textos paranormativos.
3. Los servicios de interés general en los textos normativos nacionales.
4. Un intento de clarificación de los conceptos.
  - 4.1. Las atribuciones de soberanía. 4.2. Las actividades en principio no económicas. 4.3. La zona gris de los "servicios sociales". 4.4. Los servicios de interés económico general.
5. La supuesta menor relevancia de los problemas planteados por los servicios de interés económico general en el ámbito local.
  - 5.1. La tesis tradicional. 5.2. El debilitamiento de la tesis tradicional.
6. La financiación de los servicios (locales) de interés económico general. La Sentencia Altmark de 24 de julio de 2003.
7. Un ejemplo significativo –y polémico– de aplicación de las normas de defensa de la competencia a la prestación de servicios de interés económico general por las corporaciones locales: las decisiones de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en materia de acceso a internet y establecimiento de redes.

## 1. Introducción

Servicio público, servicios públicos fundamentales; servicios esenciales, servicios mínimos; servicios de interés general, servicios de interés económico general, servicio universal; derechos especiales o exclusivos, obligaciones de servicio universal, obligaciones de servicio público. He aquí un elenco de viejos y nuevos términos –y no están todos los que hacen relación a figuras similares– que no siempre permiten distinguir con claridad los conceptos jurídicos que expresan. La lectura de los textos normativos que contienen algunas de aquellas expresiones no pocas veces aumenta, más que resuelve, las perplejidades sobre su significado.

### 1.1. Las categorías tradicionales

Por referirnos a las categorías tradicionales en nuestro Derecho hasta hace relativamente poco tiempo, quizá sea significativo reflejar cuáles fueron las empleadas en el texto fundamental, la Constitución, como reflejo de la “cultura jurídica” existente hace sólo veinticinco años.

A) Se emplea la expresión “servicios públicos”, con o sin el calificativo de “fundamentales”, respectivamente en los artículos 106.2 (“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados [...] siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los *servicios públicos*”) y 158.1 (“En los presupuestos generales del Estado podrá establecerse una asignación a las comunidades autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los *servicios públicos fundamentales* en todo el territorio español”).

B) Se utiliza la expresión “servicios esenciales” en los artículos 28.2 (“La ley que regule el ejercicio de este derecho [de huelga] establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los *servicios esenciales de la comunidad*”) y 37.2 (“La ley que regule el ejercicio de este derecho [el de adoptar medidas de conflicto colectivo] sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los *servicios esenciales de la comunidad*”).

C) Se hace referencia en otras ocasiones a determinados “servicios” particularizados, como el relativo a la salud pública en el artículo 43 (“competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y *servicios necesarios*”) y a los *servicios* para la tercera edad en el artículo 50 (“Los poderes públicos garantizarán [...] la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán el bienestar mediante un sistema de *servicios sociales* que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”).

D) Se incorpora la expresión “interés general” o “intereses generales” bien en el contexto genérico del artículo 103.1 (“La Administración pública sirve con objetividad los *intereses generales* [...]”), y del artículo 128, apartados 1 y 3 (“Toda la riqueza del país está subordinada al *interés general*”; “Mediante ley se podrá [...] acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el *interés general*”); bien en contextos más particularizados, en relación con los fines que han de inspirar determinadas instituciones o actuaciones públicas: artículo 30.3 (“Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de *finas de interés general*”); artículo 34.1 (“Se reconoce el derecho de fundación para *finas de interés general*”); artículo 44 (“Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del *interés general*”), y artículo 47 (“[...] regulando la utilización del suelo de acuerdo con el *interés general* para impedir la especulación”); bien, por último, en el marco de distribución de competencias territoriales: artículo 149.1.20 (“puertos de *interés general*, aeropuertos de *interés general*”) y 149.1.24 (“obras públicas de *interés general*”).

### 1.2. La recepción ulterior de las nuevas categorías: el ejemplo de la Ley 32/2003

El legislador ha incorporado recientemente en su producción normativa ordinaria categorías jurídicas diferentes de las tradicionales, sin duda en gran parte por exigencias de la incorporación a nuestro Derecho de determinadas directivas comunitarias. Me voy a limitar a reproducir, a título de ejemplo significativo, los preceptos de una de las más recientes leyes para resaltar la introducción en nuestro ordenamiento interno de aquellas categorías. Me refiero a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de las telecomunicaciones.

El uso de estas nuevas categorías trasciende, sin embargo, el ámbito aplicativo de las telecomunicaciones, en la medida en que sobre ellas se está produciendo –sin que seamos quizá demasiado conscientes del fenómeno– una verdadera reformulación en otros sectores de lo que podríamos denominar “intervención” administrativa.

El artículo 2 de la Ley 32/2003, bajo la rúbrica “Las telecomunicaciones como servicios de interés general”, dispone:

“1. Las telecomunicaciones son *servicios de interés general* que se prestan en régimen de libre competencia.

2. Sólo tienen la consideración de *servicio público* o están sometidos a *obligaciones de servicio público* los servicios regulados en el artículo 4 y en el título III de esta ley.

La imposición de *obligaciones de servicio público* perseguirá la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de esta ley y podrá recaer sobre los ope-

radores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, o que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia.”

Dentro de *las obligaciones de servicio público* en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas tienen una especial relevancia aquellas que se refieran al denominado “servicio universal”. Para la Ley 32/2003, bajo esta denominación se encuentran las prestaciones que, como mínimo esencial, deben garantizarse, en materia de telecomunicaciones, a todos los ciudadanos.<sup>1</sup>

La misma ley, que no se ha sustraído a la tendencia de incluir en su anexo II un catálogo de “definiciones”, incluye las de dos nociones jurídicas de origen asimismo comunitario que se superponen a otras tradicionales en nuestro Derecho (los bien conocidos monopolios, reservas, autorizaciones y concesiones). Se trata de los *derechos exclusivos* y de los *derechos especiales*, cuya utilización, también en este caso, trasciende del ámbito limitado de las telecomunicaciones para convertirse en un instrumento clave en el análisis jurídico de este género de servicios.

A) La definición de “derechos exclusivos” se hace en el apartado 5 del anexo II: “Los derechos concedidos a una empresa por medio de un instrumento legal, reglamentario o administrativo que le reserve el derecho a prestar un servicio o a emprender una actividad determinada en una zona geográfica específica.”

B) En cuanto a los “derechos especiales”, el apartado 6 entiende por tales:

“Los derechos concedidos a un número limitado de empresas por medio de un instrumento legal, reglamentario o administrativo que, en una zona geográfica específica:

“a) Designen o limiten, con arreglo a criterios que sean objetivos, proporcionales y no discriminatorios, a dos o más el número de tales empresas autorizadas a prestar un servicio o emprender una actividad determinada, o

“b) Confiere a una empresa o empresas, con arreglo a tales criterios, ventajas legales o reglamentarias que dificulten gravemente la capacidad de otra empresa de prestar el mismo servicio o emprender la misma actividad en la misma zona geográfica y en unas condiciones básicamente similares.”

¿Son todas las citadas categorías jurídicas realmente diferenciables, entre sí y con respecto de las tradicionales, con el rigor exigible en Derecho? Ciertamente se

trata, en términos amplios, de diversas denominaciones de un mismo fenómeno jurídico pero quizá por su novedad los instrumentos hermenéuticos de análisis no han depurado aún sus contornos.

Me propongo a continuación centrar la atención en los “servicios de interés económico general” y apuntar tan sólo algunos de los problemas que plantean en el ámbito de las corporaciones locales. Para ello comenzaré por hacer un breve repaso de los textos normativos básicos de Derecho comunitario que perfilan dicha categoría y expondré su utilización en diversas leyes sectoriales españolas.

## 2. Los textos básicos comunitarios (normativos y paranormativos) sobre los servicios de interés económico general

### 2.1. Los textos normativos

El artículo 73 del Tratado de la CE (antiguo artículo 77) afirma que “serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público”.

Es en el artículo 86 del mismo Tratado de la CE (antiguo artículo 90) donde aparece por vez primera la expresión “servicios de interés económico general”, en el contexto de normas aplicables a las empresas (públicas o privadas, lo que resulta indiferente desde la óptica comunitaria):

“1. Los estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

“2. 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 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. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.”<sup>2</sup>

El Tratado de Amsterdam introdujo un nuevo artículo 16 en el Tratado de la CE que reconoce el carácter fun-

1. A estos efectos, el artículo 22 define el concepto y el ámbito de aplicación del servicio universal en los siguientes términos: “1. Se entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible. Bajo el

mencionado concepto de servicio universal se deberá garantizar, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen por el Gobierno [...]”

2. Aun cuando no trata directamente sobre este tipo de servicios, es sin duda aplicable a ellos como norma en materia de competencia el artículo 87

damental de los valores subyacentes a los servicios de interés general y la necesidad de que la Comunidad tenga en cuenta su función en la concepción y aplicación de todas sus políticas;

“Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que *los servicios de interés económico general* ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.”

Por último, el artículo III.6 del proyecto del nuevo Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa,<sup>3</sup> precepto que, de entrar en vigor, sustituirá al antes transcrito artículo 16 del Tratado de la CE,<sup>4</sup> dispone:

“Sin perjuicio de los artículos III.55, III.56 y III.136, y a la vista del lugar que *los servicios de interés económico general* ocupan, como servicios a los que en la Unión todos conceden valor, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y sus estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, económicos y financieros en particular, que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se definirán mediante leyes europeas.”

Previamente, en el artículo II.36, al referirse al acceso a los servicios de interés económico general, el proyecto de nuevo Tratado dispone:

“La Unión reconoce y respeta el acceso a *los servicios de interés económico general*, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con la Constitución, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.”

## 2.2. Los textos parnormativos

La Comisión ha sido consciente desde hace años de los problemas generados por la aplicación de las normas antes citadas, como lo prueba su “producción editorial” al respecto. Utilizando como instrumento el de las comunicaciones (cuyo excesivo uso, por lo demás, ha sido en ocasiones justamente criticado), ha dedicado a

esta cuestión dos, una en 1996<sup>5</sup> y otra en 2001,<sup>6</sup> así como un libro verde<sup>7</sup> que abrió el debate a todos los sectores interesados, seguido recientemente de un libro blanco<sup>8</sup> hecho público el 12 de mayo de 2004 en el que se da cuenta de los resultados de dicho debate y se expone el planteamiento final de la Comisión, comunicado al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

Por referirme sólo a la últimas de las dos citadas comunicaciones, la Comisión, al publicar en 2001 la denominada “Los servicios de interés general en Europa”, incluyó en su anexo II una serie de definiciones con las que pretendió “clarificar” las dificultades conceptuales en torno a las categorías que venimos tratando. Creo de interés reproducirlas literalmente, en los siguientes términos:

“*Servicios de interés general*. Este concepto abarca los servicios de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público.

“*Servicios de interés económico general*. Es el término utilizado en el artículo 86 del Tratado y se refiere a los servicios de mercado a los que los estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general. Se tiende así a abarcar ámbitos tales como las redes de transporte, la energía y las comunicaciones.

“*Servicio público*. Es un término ambiguo ya que puede referirse o bien al organismo que presta de hecho el servicio o a la función de interés general atribuida al organismo correspondiente. Con objeto de fomentar o facilitar el desempeño de la función de interés general, las autoridades públicas pueden imponer obligaciones concretas de servicio público al organismo que presta el servicio, por ejemplo en los sectores del transporte terrestre, aéreo o por ferrocarril o de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala nacional o regional. A veces se confunde el concepto de servicio público, que se refiere a la vocación de prestar un servicio al público en términos del servicio que hay que prestar, con el concepto de sector público (que incluye la función pública), que se refiere a la condición jurídica de quien presta el servicio en lo que respecta a quien es el propietario del servicio.

“*Servicio universal*. El servicio universal, especialmente la definición de las obligaciones concretas de servicio

del Tratado de la CE (antiguo artículo 92), a tenor del cual: “1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, 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.” En el apartado segundo se mencionan las ayuda compatibles *per se* con el mercado común y en el apartado tercero las que “podrán considerarse compatibles” con él.

3. DO C 169 de 18.7.2003.

4. La diferencia más significativa entre ambos textos es la previsión de que los principios rectores y las condiciones de los servicios sean definidos mediante “leyes europeas”.

5. DO C 281 de 26.9.1996.

6. DO C 17 de 19.1.2001.

7. COM (2003) 270 final.

8. COM (2004) 374 final.

universal, constituye un complemento básico de la liberalización del mercado de servicios tales como las telecomunicaciones en la Unión Europea. Al definir y garantizar los servicios universales se asegura la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores durante la transición de la prestación en régimen de monopolio a unos mercados abiertos a la competencia. El servicio universal, en el entorno de unos mercados de telecomunicaciones abiertos y competitivos, se define como el conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tienen acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible.”

Quizá resulte ilustrativo comparar este elenco de definiciones con las afirmaciones que, dos años más tarde (21 de mayo de 2003), la propia Comisión hizo en el libro verde sobre los servicios de interés general y que ahora reitera en el libro blanco de 2004:

“El término *‘servicios de interés general’* no figura en el Tratado. En la práctica comunitaria, deriva de la expresión *‘servicios de interés económico general’*, que sí recoge el Tratado. Más amplio que este último, abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público.

“[...] La expresión *‘servicios de interés económico general’*, utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público.

“[...] Los términos *‘servicio de interés general’* y *‘servicio de interés económico general’* no deben confundirse con la expresión *‘servicio público’*, un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión. Con esta expresión se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio en cuestión. Por esta razón, dicho término no se utiliza en el presente documento.

“[...] Otra expresión que se utiliza en el presente documento es la de *‘obligaciones de servicio público’*. Alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria.

“[...] El término *‘empresa pública’* también suele utilizarse, por lo general, para definir el régimen de propiedad del proveedor de un servicio. El Tratado prevé a este respecto una estricta neutralidad. Con arreglo al Derecho comunitario, es irrelevante que los proveedores de servicios de interés general sean públicos o privados; todos están sujetos a los mismos derechos y obligaciones.”

### 3. Los servicios de interés general en los textos normativos nacionales

Anteriormente me he referido a la que considero la regulación más completa sobre esta materia, que es la contenida en la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones. No es, sin embargo, la única. En los últimos años hay muestras reiteradas de leyes que o bien aplican las nuevas categorías a grandes sectores del ordenamiento administrativo o bien las adoptan en regulaciones que podríamos calificar de “horizontales”.

Citaré, en concreto, como muestra de las primeras, cinco leyes sectoriales que, aun no coincidentes de modo literal en su terminología, hacen uso de dichas categorías.

A) La Ley 54/1997, del sector eléctrico, de 27 de noviembre, afirma en su exposición de motivos *“abandonar la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional”*. En consonancia con este presupuesto, su artículo segundo *“reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente ley”*, estableciendo que *“estas actividades se ejercerán garantizando el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de servicio esencial”*.

B) La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, afirma en su exposición de motivos que *“se suprime en el sector del gas la consideración de servicio público. Se estima que el conjunto de las actividades reguladas en esta ley no requieren de la presencia y responsabilidad del Estado para su desarrollo. No obstante,*

se ha mantenido para todas ellas la consideración de *actividades de interés general* [...]”. En consonancia con este criterio, su artículo 2.2 reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades a que se refieren los títulos III y IV de la ley y añade que “estas actividades se ejercerán garantizando el suministro de productos petrolíferos y de gas por canalización a los consumidores demandantes dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de *actividades de interés económico general*. Respecto de dichas actividades, las administraciones públicas ejercerán las facultades previstas en la presente ley”.

C) La Ley 24/1998, de 13 de junio, de regulación del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, afirma en su artículo 1.1 que el objeto de dicha regulación es “garantizar la prestación del servicio postal universal a todos los ciudadanos, satisfacer las necesidades de comunicación postal en España y asegurar un ámbito de libre competencia en el sector”. A estos efectos, el apartado segundo establece que “Los servicios postales *son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia*. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público, los servicios regulados en el título III”.

D) La Ley 39/2003, de 17 de diciembre, del sector ferroviario, tras definir en su artículo 42 lo que entiende por transporte ferroviario, afirma en su apartado segundo que “El transporte ferroviario es un *servicio de interés general* y esencial para la Comunidad y puede ser de viajeros y de mercancías. Dicho servicio se prestará en régimen de libre competencia, con arreglo a lo previsto en esta ley”.

E) La Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, dispone en su artículo 57 que “Son servicios portuarios *las actividades de prestación de interés general* que se desarrollan en la zona de servicio de los puertos, siendo necesarias para la correcta explotación de los mismos en condiciones de seguridad, eficacia, eficiencia, calidad, regularidad, continuidad y no discriminación. [...] Los servicios portuarios se clasifican en servicios generales del puerto, cuya prestación se reserva a la autoridad portuaria, y servicios básicos, que se prestan en régimen de competencia”.<sup>9</sup>

9. En la Exposición de motivos de la Ley 48/2003 se afirma que ésta “modifica el concepto de servicio portuario de la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante, en la cual aparece vinculado a la titularidad y competencias de la autoridad portuaria y su prestación se desarrolla en régimen de gestión directa o indirecta, según proceda, por el concepto más amplio de servicios prestados en los puertos de interés general que se clasifican en servicios portuarios básicos y generales, servicios comerciales y servicio de señalización marítima”.

10. Entre las muchas aportaciones recientes a dicho debate, véase L. MARTÍN REBOLLO, “Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y

Entre las regulaciones de carácter “horizontal” que adoptan las nuevas categorías destaca la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, cuyo título II destina un capítulo entero (el II) a los que denomina beneficiarios en materia de actividades y servicios públicos o de interés general. En concreto, su artículo 13, bajo la rúbrica de “*Servicios de interés general*”, dispone que “la Administración General del Estado adoptará las medidas necesarias para que las entidades, empresas y establecimientos que presten *servicios o realicen actividades de interés general sujetos a obligaciones propias del servicio público* concedan un trato más favorable para los miembros de las familias numerosas que tengan reconocida tal condición en las contraprestaciones que deban satisfacer”.

#### 4. Un intento de clarificación de los conceptos

Este trabajo no pretende ser una aportación más al debate académico sobre el servicio público en su sentido amplio.<sup>10</sup> Entiéndase en su acepción orgánica, tradicional en nuestro Derecho (reserva de titularidad pública y gestión directa o indirecta), en su acepción orgánica más mitigada (reserva de titularidad pública coexistente con iniciativas privadas bajo régimen más o menos autorizador) o en su acepción funcional, la noción ha alcanzado un grado tal de polisemia que quizá haya quedado inutilizada como “instrumento de precisión” en el lenguaje jurídico.

En todo caso, es obvio que la expresión “servicios públicos” sigue desempeñando un papel clave en el Derecho positivo español. Baste, como botón de muestra de su pervivencia, la reciente regulación de los contratos de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas o, dentro del ámbito estrictamente local, los artículos 85 y 85 bis de la Ley de bases de régimen local, una y otros según la nueva redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

El intento de clarificación debería precisar los límites de los servicios de interés económico general por referencia a otros en los que también concurren determinadas manifestaciones de la intervención pública. A estos efectos podrían ser distinguibles tanto de las atribuciones ejercidas de modo soberano como de la prestación

sus posibles implicaciones futuras”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, número 287, agosto de 2002, páginas 15 a 27. Desde un punto de vista más sistemático, véase S. MUÑOZ MACHADO en el capítulo V del tomo I del *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Madrid, 2004, analiza las “Funciones sociales y económicas públicas en el Estado social y en el marco económico de los mercados libres”, dentro del cual dedica un epígrafe singular al “régimen jurídico de los servicios públicos económicos”. El trabajo de M. VAQUER CABALLERÍA citado en la nota 13 ofrece una actualizada bibliografía de referencia.

de servicios que, en principio, no tienen carácter económico y no se someten, por lo tanto, al régimen de mercado.

#### 4.1. Las atribuciones de soberanía

Dentro de lo que podríamos denominar las “funciones” del Estado existen, sin duda, unos “dominios reservados” a las autoridades públicas –con mayor precisión, a determinadas instituciones públicas– que resultan ajenos a todo este debate. Se trata de las funciones soberanas, prerrogativas estatales, regalías o cualquier otra denominación que se les quiera dar. No es que, en cuanto tales, no admitan la transferencia de atribuciones a instituciones supranacionales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución (el ejemplo de la política monetaria es paradigmático) sino que, en la medida en que dicha transferencia no se haya producido, son ajenas a la aplicación de las exigencias comunitarias relativas al “mercado” en general. Aun cuando hay quien no duda en otorgar a algunas de aquellas atribuciones soberanas el calificativo de servicio, e incluso de servicio público, creo preferible no hacerlo aunque sólo fuera por exigencias de la claridad conceptual.

Es claro que el ejercicio de este conjunto de funciones soberanas resulta incompatible con su sometimiento a las leyes del mercado.

#### 4.2. Las actividades en principio no económicas

Un segundo grupo o escalón de funciones estatales –en sentido amplio– son aquellas a las que no habría inconveniente en calificar de actividades prestacionales (o “servicios”) en principio desprovistas de carácter “económico”. Centradas fundamentalmente en torno a dos grandes sectores –la educación y la seguridad social–, su naturaleza extra-económica<sup>11</sup> venía siendo admitida sin mayores reparos y, en este mismo sentido, la Comunicación 2001 defendía su carácter ajeno al mercado.

En efecto, se puede leer en ella: “Los servicios tales como la educación nacional y los regímenes básicos obligatorios de seguridad social también están excluidos de la aplicación de las normas de competencia y mercado interior”.<sup>12</sup> Exclusión que, sin embargo, va siendo puesta progresivamente en tela de juicio. A este res-

pecto se han subrayado<sup>13</sup> justamente las diferencias de matiz existentes entre la comunicación de 1996 y la de 2001, diferencias que se hacen más perceptibles en el libro verde de 2003 y aun en el libro blanco de 2004. Baste, para observar el cambio, leer los pasajes del libro verde al respecto.

Tras recordar en él cómo en su comunicación de 2001 había presentado como ejemplos de actividades no económicas aquellas que consideraba “intrínsecamente prerrogativa del Estado, como la educación nacional y los regímenes básicos de seguridad social obligatorios, y a ciertas actividades ejercidas por organismos cuyas funciones son esencialmente sociales y que no tienen por objeto emprender actividades industriales o comerciales”, la Comisión afirma en el libro verde de 2003 que esta “distinción no es estática en el tiempo” y que “no sería ni posible ni deseable elaborar *a priori* una lista definitiva de todos los servicios de interés general que deben considerarse no económicos. Reconoce, además, ante el “carácter cambiante y dinámico de esta distinción”, que todo ello “no deja de suscitar inquietud, especialmente entre los proveedores de servicios no económicos, que reclaman mayor seguridad jurídica por lo que respecta a su entorno regulador”.

El libro blanco de 2004 avanza en este mismo sentido. Tras “reconocer plenamente el *interés general en los servicios sociales y sanitarios*” y reflejar su carácter específico “que se deriva de las exigencias de solidaridad, voluntariado e inclusión de categorías de población vulnerables, entre otras”, la Comisión plantea ahora la necesidad de distinguir entre las funciones y objetivos, por un lado, y los instrumentos de prestación de estos servicios, por otro, lo cual “contribuiría a crear más claridad, a fin de permitir la modernización de los citados servicios en función de las cambiantes necesidades de los usuarios”. Y, lo que es más significativo, afirma de manera explícita que “[...] la aclaración de la referida distinción ayudará, sobre todo, a los estados miembros en los que la prestación de servicios sociales y sanitarios se basa en la economía de mercado a *anticiparse a los efectos que la normativa comunitaria en materia de competencia pueda tener sobre los mismos*”.<sup>14</sup>

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que en el específico campo de la asistencia sanitaria (con matices diferenciados entre la hospitalaria y la no hospitalaria) la

11. Sólo en sentido impropio cabe admitir el carácter “extraeconómico” de actividades cuyo peso en la generación del producto interior bruto resulta innegable. No dudo de que cualquier economista se rebelaría, con razón, ante este reduccionismo.

12. La Comisión fundaba esta afirmación sobre la base de sendas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En la primera (asunto 236/86, Humbel), afirmaba, “dictaminó que el Estado, al establecer y mantener tal sistema, no pretende dedicarse a una actividad lucrativa sino que cumple su deber para con su propia población en los campos social, cultural y educativo [...]”. En la segunda (asuntos C-159/91 y C-160/91, Poucet) el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que las organiza-

ciones encargadas de gestionar regímenes de seguridad social impuestos por el Estado, tales como el seguro obligatorio de enfermedad, que se basan en el principio de solidaridad, sin ánimo de lucro y cuyas prestaciones no son proporcionales al importe de las cotizaciones obligatorias, cumplen una función exclusivamente social y no ejercen una actividad económica”.

13. M. VAQUER CABALLERÍA, “El servicio público y las actividades de interés general”, en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, El Nuevo Servicio Público, Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*, Caracas, 2002, páginas 77 a 94.

14. El subrayado es mío. En todo caso, añade la Comisión, “la decisión de recurrir a mecanismos de mercado o de prestar los servicios directamente,

Comisión ha abierto un “proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria”, en gran parte motivada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que pone en tela de juicio el hasta ahora carácter relativamente estanco de los sistemas públicos de salud de los estados miembros.

#### 4.3. La zona gris de los “servicios sociales”

Un subgrupo dentro del segundo apartado –o quizá un tercer grupo autónomo– es el formado por los servicios que podrían denominarse “sociales” o de “bienestar social”, junto con los relativos a derivados de la intervención pública activa en el ámbito de la cultura. En el actual modelo europeo de sociedad es obvio el papel protagonista en estos sectores de las administraciones públicas que, por lo demás, coexiste con el de organizaciones no gubernamentales, especialmente de beneficencia, humanitarias y de voluntariado. ¿Se trata también de servicios “no económicos”, sustraídos a los principios del mercado? ¿Son, en este tipo de servicios, diferenciables los componentes sociales de los “económicos”?

En su comunicación de 2001 la Comisión admitía que: “[...] Muchas actividades llevadas a cabo por organizaciones que desempeñan en gran medida funciones sociales, que no pretenden obtener beneficios y que en teoría no se dedican a actividades industriales o comerciales, estarán por lo general excluidas del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de competencia y mercado interior. Esto abarca varias actividades no económicas de organizaciones tales como sindicatos, partidos políticos, iglesias y sociedades religiosas, asociaciones de consumidores, asociaciones culturales, organizaciones de beneficencia, caridad y ayuda. Sin embargo, siempre que una de estas organizaciones, al realizar una tarea de interés general, se dedique a actividades económicas, la aplicación de las normas comunitarias a estas actividades económicas se regirá por los principios establecidos en la presente comunicación respetando en especial el entorno social y cultural en el que tienen lugar las actividades pertinentes. Por otra parte, cuando el Derecho comunitario se aplique a estas actividades, la Comisión examinará también, a la luz de una reflexión más genérica sobre sus poderes discrecionales, si, según los intereses de la Comunidad, es necesario incoar un procedimiento en estos casos, a tenor de sus obligaciones legales establecidas en el Tratado de la CE.”

a través de organismos públicos financiados con cargo a los impuestos, continuará siendo, como es natural, una opción política de los estados miembros.”

15. En este sentido, véase el Dictamen de iniciativa aprobado por el Comité Económico y Social el 12 de septiembre de 2001 sobre “Los servicios socia-

El libro verde de 2003, por su parte, plantea si debería precisarse la situación de las organizaciones sin ánimo de lucro y de las organizaciones que ejercen en gran medida funciones sociales. La cuestión no está en absoluto zanjada, como lo demuestran las referencias del libro blanco de 2004 a este tipo de servicios. Se ha llegado a preguntar incluso si procedería una exención general (respecto de las normas de competencia) para los servicios sociales exclusivamente prestados por operadores sin ánimo de lucro modificando el propio Tratado o, como solución de menor rango y alcance más limitado, que el Consejo hiciera uso de los reglamentos de exención por categorías que el artículo 89 del Tratado le permite adoptar.<sup>15</sup>

#### 4.4. Los servicios de interés económico general

El último grupo de actividades o servicios es, finalmente, el que constituye el objeto específico de este trabajo. Se trata, como ha quedado expuesto, de la noción utilizada en el apartado segundo del artículo 86 del Tratado que designa los servicios de naturaleza económica a los que bien los estados miembros bien la propia Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.

La lectura de dicho precepto y, junto a él, del artículo 16 introducido por el Tratado de Amsterdam pone de relieve lo que será una constante en todas las cuestiones relativas a este género de servicios: la tensión entre polos que se deja sin resolver del todo cuando se pretende hacerlo apelando a ambiguas fórmulas de compromiso. Tensión estados-Comunidad, tensión entre regulación general y regulaciones sectoriales, tensión, especialmente, entre normas de competencia y subsistencia de prerrogativas. A estas tres zonas de conflicto me referiré seguidamente.

En principio, el artículo 16 encomienda a la Comunidad y a los estados miembros la responsabilidad de velar, con arreglo a sus competencias respectivas, por que sus políticas permitan que los servicios de interés económico general cumplan su cometido. Lo cierto es, sin embargo, que el propio Tratado no atribuye a la Comunidad competencias positivas específicas en este ámbito, ni aquel precepto dota a la Comunidad de medios de acción específicos al respecto.

La Comisión admite que la definición, organización, financiación y supervisión de los servicios de interés general incumbe a los estados miembros. Sin embargo,

les privados sin ánimo de lucro en el contexto de los servicios de interés general en Europa”.



acto seguido, destaca que la Comunidad posee competencias en una serie de ámbitos que guardan igualmente relación con ellos: mercado interior, competencia y ayudas estatales, libre circulación, política social, transporte, medio ambiente, salud, política de los consumidores, redes transeuropeas, industria, cohesión económica y social, investigación, comercio, cooperación al desarrollo y fiscalidad. Las competencias y las responsabilidades que le confiere el Tratado ofrecen, pues, a la Comunidad una destacada capacidad de intervención normativa y le proporcionan instrumentos suficientes para predeterminar, en realidad, gran parte del régimen jurídico-económico de aquellos servicios.

De manera particular dicha intervención se ha plasmado en relación con los servicios prestados a través de lo que se puede denominar “grandes industrias en red”, respecto de las cuales la Comunidad ha optado decididamente por una determinada línea, esto es por la apertura gradual de sus respectivos mercados. A los servicios de telecomunicaciones, postales, electricidad, gas y transportes –por citar los sectores más significativos– no sólo se les ha calificado de servicios de interés económico general sino que se les ha dotado de un “marco regulador global” comunitario en el que se especifican las obligaciones de servicio público a escala europea. Innecesario es decir que este marco regulador se impone a los estados miembros condicionando su teórica capacidad de configuración normativa autónoma.

La justificación de esta acción comunitaria ha sido que aquellas industrias “presentan una dimensión comunitaria indiscutible y constituyen un ámbito en el que la necesidad de definir un concepto de interés general europeo se deja sentir con particular fuerza”, premisas que, a la luz de lo dispuesto, entre otras normas, en el título XV del Tratado (redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía), permiten la intervención comunitaria con el doble objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior y de reforzar la cohesión económica y social.

La acción comunitaria, sin embargo, sobrepasa el ámbito de los grandes servicios que se prestan en red y, no obstante la afirmación teórica del respeto a las competencias estatales, penetra progresivamente también en la regulación de otros servicios de interés económico general. O, desde otro punto de vista, condiciona aquellas mediante la aplicación, más o menos estricta, de las disposiciones comunitarias, singularmente las relativas a la defensa de la competencia.

Hasta ahora, como ya ha quedado dicho, la intervención legislativa comunitaria en cuanto a los servicios de interés económico general ha tenido mero carácter sectorial. Se han aprobado “paquetes de medidas” sectoriales para las ya citadas “industrias de redes” (esto es, para los servicios de comunicaciones electrónicas, los

servicios postales, el gas, la electricidad y el transporte) pero no se ha llegado a formar un “corpus” integrador aplicable a todos los servicios de interés económico general. No es arriesgado suponer que tal ausencia deriva principalmente de la falta de acuerdo político entre las diferentes concepciones –y sus representantes estatales– sobre el fenómeno que venimos analizando, factor al que quizá podría añadirse la falta de consolidación doctrinal sobre esta figura.

La Comisión se planteó en el libro verde de 2003 si no había llegado el momento de aprobar, a la vista de la experiencia acumulada, un “marco europeo común para asegurar la aplicación coherente a nivel comunitario de los principios que subyacen al artículo 16 del Tratado”. Se trataría de un “instrumento general” que pudiera “definir, precisar y consolidar los objetivos y los principios comunes a todos los tipos de servicios de interés general o a varios de ellos en ámbitos de competencia comunitaria. Además, serviría de base para nuevas disposiciones legislativas sectoriales, que podrían poner en práctica los objetivos definidos en el instrumento marco, simplificando y consolidando así el mercado interior del sector”.

En el libro blanco de 2004, visto el resultado de la consulta, la Comisión abandona –o quizá, simplemente difiere en el tiempo– esta idea afirmando que “no ha quedado demostrado que un marco horizontal presente valor añadido frente al planteamiento sectorial seguido hasta ahora” y que “de momento” renuncia a hacer propuestas a este respecto. Añade, sin embargo, que volverá a examinar la viabilidad y necesidad de adoptar una norma marco en relación con los servicios de interés general “cuando entre en vigor el Tratado constitucional”.

Lo cierto es, sin embargo, que por vía de inducción pueden inferirse ya una serie de notas comunes de los servicios de interés general que, a falta de su “codificación” general, están contribuyendo a precisar los contornos normativos del concepto. Función que, por lo demás, y dado el *horror vacui* que no sólo en la naturaleza sino también en el derecho se produce, la propia Comisión trata de protagonizar apelando a sus propias comunicaciones. Desde otro punto de vista, casi innecesario resulta subrayar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia adquiere en estas circunstancias un papel determinante.

La primera de dichas notas comunes es la introducción del concepto “servicio universal” mediante el que se garantiza que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad especificada, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio de un Estado miembro con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible. Se reconoce, pues, mediante él que todos los ciudadanos tienen el derecho a acceder

a ciertos servicios considerados esenciales, lo que determina que las industrias del sector han de prestarlo –o, en algunos casos, contribuir a su prestación por vía de financiación– en condiciones mínimas determinadas, incluida una cobertura territorial completa.

Junto a las exigencias del servicio universal, que por su propia naturaleza sólo es aplicable en un nivel determinado y que está sujeto a la evolución política, social, económica y tecnológica, son asimismo notas comunes a la prestación de los servicios de interés económico general las exigencias de calidad y su corolario de continuidad o ininterrumpibilidad, en relación con algunos de ellos (lo que plantea algunos problemas en relación con el derecho de huelga) y la garantía del suministro. La asequibilidad en el precio, la fiabilidad y la seguridad del servicio y la protección a los consumidores y usuarios cierran el conjunto de atributos exigidos.

En otro orden de cosas, no ya sustantivo, merecería destacarse cómo las regulaciones sectoriales comunitarias de los servicios de interés económico general han producido un “efecto colateral” particularmente destacado en las propias estructuras orgánico-administrativas imponiendo un modelo determinado de organismos reguladores o autoridades de reglamentación independientes.<sup>16</sup>

El apartado segundo del artículo 86 del Tratado de la CE, si bien reconoce el derecho de los estados miembros a imponer obligaciones específicas de servicio público a las empresas prestadoras de servicios de interés económico general, establece un principio fundamental (la sumisión de su actividad a las normas del Tratado, en especial a las de defensa de la competencia) atemperado por una cláusula delimitadora: la sumisión a dichas normas no procederá en la medida en que su aplicación impida el cumplimiento de la misión específica confiada a las citadas empresas. En otras palabras, no habrá aplicación de las normas de “mercado” cuando esta exclusión sea estrictamente necesaria para cumplir su misión de interés general. El énfasis que se ponga en uno u otro plato de la balanza vendrá determinado, sin duda, por la interpretación –más o menos estricta– que se haga de cuándo la prerrogativa y no la compe-

tencia son “necesarias” para la defensa del interés general subyacente en este género de servicios.

Una vez decidido por los poderes públicos estatales –con el margen de autonomía ya analizado– que ciertos servicios son de interés general y deben quedar sometidos a obligaciones de servicio público, son posibles diversas fórmulas de prestación de dichos servicios. Cabe, en primer lugar, imponer aquellas obligaciones a todos los operadores de un mercado o, en algunos casos, a un número limitado de éstos con obligaciones específicas, sin concederles derechos especiales o exclusivos (cuando solamente se impongan las obligaciones de servicio público a un operador o un número limitado de operadores, el resto de los que compiten en dicho mercado habrán de contribuir normalmente a la financiación de los costes adicionales netos del servicio de interés general). Cabe asimismo la posibilidad, determinada por circunstancias objetivas que hagan que sólo sea económicamente viable un único proveedor, de atribuir derechos exclusivos y especiales de prestación del servicio de interés general, mediante fórmulas más o menos concesionales, a un solo operador por períodos limitados. Entran en juego entonces las exigencias derivadas de la transparencia y concurrencia competitiva en los procedimientos de licitación. Y es igualmente posible que el cumplimiento de la misión de interés general pueda requerir en otros casos fórmulas que combinen las dos precedentes.

En todo caso, siendo como son los estados miembros libres a la hora de decidir el modo en que ha de funcionar este género de servicios, han de respetar las normas comunitarias pertinentes en materia de mercado interior y competencia. Respeto que se extiende incluso al caso de que decidan que sean ellos mismos quienes presten estos servicios directamente a través de su propia administración, en vez de confiar su prestación a un tercero (empresas públicas o privadas) pues el artículo 86, en relación con el 295 del Tratado, parte del principio de neutralidad en este aspecto.

En coherencia con aquellas normas, también las decisiones de conceder derechos especiales o exclusivos a proveedores de servicios de interés económico general,

16. Merece la pena transcribir las reflexiones que al respecto contiene el apartado 34 del libro verde de 2003: “La legislación comunitaria en materia de industrias de redes ha tenido en cuenta la importancia que revisten las administraciones públicas de los estados miembros en la aplicación de la normativa en materia de servicios de interés general, exigiendo la creación de autoridades de reglamentación independientes. La legislación comunitaria deja a la discreción de los estados miembros las modalidades institucionales concretas relativas a estas autoridades reguladoras. Podría tratarse, por tanto, de un organismo existente o del ministerio responsable del sector. *Esta última solución, que ha sido adoptada por unos pocos estados miembros, ha planteado problemas por lo que respecta a la independencia de la autoridad reguladora nacional en algunos casos en que el Estado miembro también ostenta la propiedad o el control de las empresas que operan en el sector* [sin subrayar en el original]. La importancia, así como la naturaleza permanente,

compleja y cambiante de los trabajos de regulación, requieren a menudo la especialización e independencia de un organismo regulador sectorial. La existencia de un organismo de estas características es imprescindible para completar la acción de las autoridades responsables en materia de competencia por lo que respecta a los objetivos, la especialización sectorial, y la planificación y continuidad de la intervención. En concreto, a los organismos reguladores específicos les toca desempeñar un papel de primer orden como garantes de la prestación de servicios de interés general, la existencia de condiciones de competencia leal, la prevención de la interrupción del servicio o de su prestación y un nivel apropiado de protección de los consumidores. En casi todos los estados miembros se han creado organismos de esta índole para los sectores correspondientes [...]”

o de favorecerles de cualquier otra forma, puede constituir una infracción contra el Tratado, pese a la protección parcial que ofrece el artículo 86. La Comisión, por lo demás, en cuanto guardiana de dichas normas, vela por que se respete el principio de proporcionalidad implícito en el apartado segundo de dicho artículo, ya que la restricción de la competencia no puede exceder de lo necesario para garantizar el cumplimiento efectivo de la misión de interés general, debiendo preferirse en todo caso fórmulas alternativas que creen las menores distorsiones posibles.

## 5. La supuesta menor relevancia de los problemas planteados por los servicios de interés económico general en el ámbito local

### 5.1. La tesis tradicional

La idea tradicionalmente admitida había sido que no existían en el ámbito local especiales problemas derivados de aplicar las normas comunitarias sobre competencia a los hasta entonces denominados *servicios públicos*. La menor importancia de los prestados en dicho ámbito, se decía, parece excluir la afectación a los intercambios comunitarios, eje de la aplicación de aquellas normas.

Ejemplo de esta concepción tradicional era, por ejemplo, el dictamen del Comité de las Regiones de 16 de enero de 1997 sobre “El papel de las autoridades locales y regionales en los servicios públicos”.<sup>17</sup> Tras subrayar la “gran incertidumbre sobre la situación actual de la competencia en lo que se refiere al amplio espectro de servicios públicos que suministran los estados miembros”, aquel dictamen se refería al “impacto relativamente limitado” de las normas de competencia en los servicios prestados por las autoridades locales “excepto en aquellos ámbitos en los que los servicios son verdadera o potencialmente de carácter transnacional: por ejemplo, transportes, telecomunicaciones, servicios postales y energía”. A juicio del Comité, “la mayor parte del suministro de servicios públicos por parte de las autoridades locales y regionales no es de carácter transnacional y, por ello, el CDR considera que no entran en el ámbito de la política de competencia de la Unión [...]”

En esta misma línea podían leerse algunas afirmaciones de la Comunicación 2001. En ella<sup>18</sup> la Comisión afirmaba que las normas sobre competencia (artículos 85 y 86 del Tratado CE) no debían plantear problemas en

relación con los servicios de interés general pues “normalmente una actividad que sólo afecta al mercado de forma insignificante –como puede ser el caso de varios servicios de interés general de carácter local– no afectará al comercio entre estados miembros y, por lo tanto, no estará sujeta a las normas comunitarias”.<sup>19</sup> Asimismo, citaba la política de no aplicar las reglas comunitarias de competencia a los asuntos de menor importancia (regla *de minimis*).<sup>20</sup> También en estos casos, afirmaba, “es probable que muchos servicios locales se consideren asuntos de menor importancia y, por lo tanto, la Comisión no tendrá que proceder contra este tipo de presuntas infracciones de las normas de competencia”.

Afirmaciones que la Comisión hacía extensivas a la evaluación con arreglo a las normas del Tratado de la CE sobre ayudas estatales:

“[...] es verdad que el importe relativamente pequeño de la ayuda o el tamaño relativamente pequeño de la empresa que la recibe no excluye la posibilidad de que se pueda ver afectado el comercio intracomunitario. Sin embargo, según jurisprudencia reiterada, el criterio de afectar al comercio sólo se cumple cuando el beneficiario de la ayuda desarrolla una actividad económica que concierne al comercio entre estados miembros. La Comisión también fija unos umbrales por debajo de los cuales no se aplican las normas sobre ayudas estatales [...]. Fruto de ello, es probable que muchos servicios locales no entren en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales.”<sup>21</sup>

### 5.2. El debilitamiento de la tesis tradicional

La situación dista, sin embargo, de ser tan clara, como lo pone de relieve la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de julio de 2003, asunto 280/2000, Altmark Trans, sobre la que después volveré al hilo de los problemas de financiación de los servicios públicos locales. Enfrentado el Tribunal de Justicia con el problema de la compatibilidad de las subvenciones otorgadas para compensar el déficit de un servicio regular de transporte público de viajeros por carretera (en el distrito de Stendal, Alemania), esto es, un servicio público de transporte local, la primera cuestión que hubo de dilucidar es hasta qué punto dicho problema tenía una componente comunitaria, esto es, hasta qué punto “afecta a los intercambios entre los estados miembros”.

La cuestión prejudicial suscitada por el Bundesverwaltungsgerichtshof en primer lugar era, en efecto,

17. El dictamen se emite en respuesta a la comunicación de la Comisión de 1996.

18. Apartado 32.

19. La Comisión basaba esta afirmación en la sentencia del Tribunal de Justicia recaída en el asunto C-215/96, Bagnasco, pero difícilmente podría hablarse en jurisprudencia consolidada al respecto, como a continuación se dirá.

20. Se refería a la Comunicación de la Comisión, de 6 de marzo de 1996, relativa a las ayudas *de minimis* (DO C 68, p. 9), anticipando lo que más tarde sería el Reglamento (CE) 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado de la CE a las ayudas *de minimis*.

21. Apartado 33.

si las subvenciones concedidas para compensar el déficit de un servicio público de transporte de viajeros de ámbito local, estaban sujetas en cualquier caso a la prohibición de ayudas que figura en el artículo 92, apartado 1, del Tratado de la CE o bien, debido a su alcance local o regional, *a priori* tales subvenciones no podrían afectar al comercio entre estados miembros. El órgano judicial alemán cuestionaba asimismo si la respuesta a dicha cuestión dependía eventualmente de la situación concreta y la importancia del ámbito de actividad de los transportes urbanos, de cercanías o regionales de que se trate en cada caso.

La respuesta del Tribunal de Justicia, aun cuando se apoya en precedentes jurisprudenciales anteriores, es importante en el sentido de corroborar que la afectación a los intercambios comunitarios puede producirse en el ámbito local y en asuntos de cuantía aparentemente modesta:

“A este respecto, debe señalarse, en primer lugar, que en modo alguno cabe excluir que una subvención pública concedida a una empresa que presta únicamente servicios de transporte local o regional y que no presta servicios de transporte fuera de su Estado de origen pueda, a pesar de ello, tener una incidencia en los intercambios entre los estados miembros.

“Efectivamente, cuando un Estado miembro concede una subvención pública a una empresa, la prestación de servicios de transporte por parte de esta empresa puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros estados miembros de prestar sus servicios de transporte en el mercado de dicho Estado miembro (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1988, Francia/Comisión, 102/87, Rec. p. 4067, apartado 19; de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión, C-305/89, Rec. p. I-1603, apartado 26, y España/Comisión, antes citada, apartado 40).

“En el presente asunto, esta afirmación no es sólo hipotética, puesto que, tal como se desprende, en particular, de las observaciones de la Comisión, varios estados miembros comenzaron desde 1995 a abrir determinados mercados de transporte a la competencia de empresas establecidas en otros estados miembros, de forma que varias empresas ya ofrecen sus servicios de transporte urbano, de cercanías o regional en estados miembros distintos de su Estado de origen.

“Además, la Comunicación de la Comisión, de 6 de marzo de 1996, relativa a las ayudas *de minimis* (DO C 68, p. 9), no se aplica al sector del transporte, como se desprende de su párrafo cuarto. Asimismo, el Regla-

mento (CE) 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado de la CE a las ayudas *de minimis* (DO L 10, p. 30), tampoco se aplica a este sector de conformidad con su tercer considerando y su artículo 1, letra a).

“Por último, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no existe un umbral o porcentaje por debajo del cual pueda 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, antes citadas).

“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.”

La tesis así formulada ciertamente se refiere tan sólo al ámbito de las ayudas públicas en el sector de los transportes (caracterizado, además, por la presencia de determinadas normas de derecho derivado), pero posiblemente quepa extrapolarla a otros sectores hasta el punto de que se ha llegado a cuestionar si realmente los reglamentos *de minimis* pueden seguir considerándose conformes con el artículo 87.1 del Tratado.<sup>22</sup>

Y es que, al margen ya del problema de las ayudas públicas, la interpretación de los términos “que puedan afectar al comercio entre los estados miembros”, referidos a las conductas anticompetitivas descritas en los actuales artículos 81 y 82 del Tratado no deja de suscitar problemas, tanto más acuciantes una vez que se ha aprobado el Reglamento 1/2003 del Consejo, sobre aplicación –también judicial– de las normas previstas en dichos dos artículos.<sup>23</sup> Baste, como muestra de la complejidad del tema, referirnos a la Comunicación de la Comisión (2004/C 101/07) en la que se fijan “directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado”.<sup>24</sup>

En efecto, en un mercado interior crecientemente caracterizado por su unidad económica –ni siquiera es necesario referirnos al tópico de la globalización– las restricciones que se produzcan en los intercambios de bienes y servicios en un determinado ámbito local bien pueden generar efectos más amplios. De ahí que la menor dimensión de los servicios de interés general en el ámbito económico local no sea, por sí sola, un factor

22. En este sentido, de manera incidental, S. ACIERNO y J. BAQUERO CRUZ, “La Sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, número 9, enero-marzo 2004, páginas 169 a 190.

23. DO L 1 de 4.1.2003.

24. DO C 101 de 27.4.2004.

que los haga inmunes a la aplicación de las normas comunitarias relativas a la competencia.

Hasta tal punto ello es así que en el libro blanco de 2004 la Comisión ha reconocido que la consulta pública por ella auspiciada desde 2003 “ha confirmado la demanda de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a la compensación por prestación de servicio público, demanda que ha sido particularmente enérgica a nivel local, *en relación con los servicios locales*”.

En todo caso, sean aplicables o no las normas comunitarias de competencia a determinados servicios locales en razón de su afectación a los intercambios comunitarios, no es dudoso que pueden llegar a serlo las normas nacionales sobre la materia, cuyo paralelismo con las comunitarias es ya intenso y no dejará de crecer. Y, a este respecto, el artículo 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, en su versión reformada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, tras afirmar que las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley (sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia)<sup>25</sup> introduce un sesgo diferente cuando se trata de actividades, incluso administrativas, no resultantes de la aplicación de la ley. Para estos casos, el inciso segundo del apartado primero dispone que, por el contrario, serán de aplicación [las normas reguladoras de la defensa de la competencia] a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.<sup>26</sup>

## 6. La financiación de los servicios (locales) de interés económico general. La Sentencia Altmark de 24 de julio de 2003

Pocas veces se ha suscitado en el Tribunal de Justicia tanta polémica como la derivada del asunto Altmark, a cuya solución final<sup>27</sup> han contribuido de manera decisiva

las aportaciones de tres abogados generales –quienes emitieron sus conclusiones bien en el curso del procedimiento prejudicial *a quo*, bien en otros procedimientos análogos más o menos coetáneos– con opiniones divergentes sobre los problemas relativos a la financiación de los servicios de interés económico general.

No es posible en el seno de este trabajo ofrecer un análisis detallado<sup>28</sup> de los problemas a los que se enfrentaba el Tribunal de Justicia en el asunto Altmark, algunos de ellos derivados de la eventual falta de claridad de decisiones jurisdiccionales precedentes. Mucho menos lo es hacer un análisis pormenorizado de alguna de las paradojas que contiene (y que no dejaron de ser anticipadas en las conclusiones del Abogado General Léger), también desde el punto de vista del análisis económico<sup>29</sup> o un esbozo de sus consecuencias a largo plazo, sobre las que el ya citado libro blanco deja de pronunciarse.

A los efectos que aquí interesan baste decir que, enfrentado el Tribunal de Justicia con una serie de cuestiones prejudiciales que atañen al binomio prestación de servicios de interés económico general-financiación pública, en el marco del régimen comunitario aplicable a las ayudas de Estado, y una vez reconocida la posible afectación a los intercambios entre estados miembros que pudiera derivar de un servicio de transporte público local como era el que estaba en juego, la solución a la que llega precisa la noción de ayuda pública en relación con el concepto de “compensaciones” debidas por razón del cumplimiento de obligaciones de servicio público.

El núcleo de la respuesta del Tribunal de Justicia se encuentra en los apartados 88 a 94 de la sentencia –algunos de ellos transcritos literalmente en el fallo–, que considero conveniente reproducir:

“No obstante, para que a tal compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, debe cumplirse una serie de requisitos.

“En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente

25. Téngase en cuenta que en la sentencia de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/01, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha exigido que incluso las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la competencia excluyan la aplicación de las leyes nacionales que legitimen los comportamientos anticompetitivos de las empresas contrarios a las normas comunitarias en materia de competencia. Véase sobre dicha sentencia y sus implicaciones A. GUERRA FERNÁNDEZ, “Comentarios a la sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorcio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, número 228, noviembre-diciembre de 2003, páginas 85 a 96.

26. ¿Cabría hacer una distinción tajante entre las actividades “no resultantes” (en el sentido de no directamente derivadas de) de la aplicación de una ley y aquellas cuya cobertura viene simplemente dada por fórmulas abiertas que prestan “amparo” a la actuación genérica de los poderes públicos en los ámbitos económicos? En el caso de las entidades locales, no

queda claro si la cobertura que les presta el artículo 86.1 de la Ley de bases de régimen local a fin de permitirles “ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas” basta para considerar a estas últimas actividades como “resultantes de la aplicación de una ley”.

27. En el libro blanco de 2004 se califica literalmente de “sentencia histórica” si bien, acto seguido, la Comisión, al reflejar las principales conclusiones de la consulta pública, recoge que en materia de financiación de los servicios de interés general, la mayoría de las opiniones se pronuncian en favor de la clarificación y simplificación de las normas aplicables, considerando que la sentencia Altmark es “positiva pero insuficiente”.

28. Véase al respecto el trabajo citado en la nota 22.

29. En este sentido S. SANTAMATO y N. PESARESI, “Compensation for services of economic interest: some thoughts on the Altmark ruling”, en *Competition Policy Newsletter*, número 1, 2004, páginas 17 a 22, calificando la sentencia como “a fine an successful attempt at squaring the circle [...]”.

definidas. En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente deberá examinar, por tanto, si las obligaciones de servicio público impuestas a Altmark Trans se derivan claramente de la legislación nacional y/o de las licencias controvertidas.

“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.

“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.

“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.

“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.

“Se desprende de lo anterior que si las subvenciones públicas concedidas a empresas encargadas explícitamente de obligaciones de servicio público para compensar los costes ocasionados por la ejecución de estas obligaciones responden a los requisitos indicados en los apartados 89 a 93 de la presente sentencia, tales subvenciones no están sujetas al artículo 92, apartado 1, del Tratado. Por el contrario, la intervención estatal que no cumpla uno o varios de estos requisitos deberá considerarse una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición.”

La jurisprudencia Altmark marca, pues, un hito en relación con cuestiones nucleares de la prestación de servicios de interés general como son las derivadas de su financiación pública. Dada la neutralidad del concepto de “empresa” que mantienen las normas comunitarias, aquella jurisprudencia es aplicable tanto a empresas privadas encargadas de la prestación de dichas actividades como a las propias personas públicas, tengan éstas o no forma societaria, que las desempeñen. Habrá que examinar, en relación con unas y otras, de manera sucesiva, si la naturaleza de los servicios que se tratan de prestar corresponde a actividades de interés económico general y, dentro de ellas, si es posible identificar obligaciones de servicio público susceptibles de ser compensadas, y en qué medida, con cargo a los presupuestos. En su caso, deberán respetarse las obligaciones formales –notificación a la Comisión– sin cuyo cumplimiento no es posible reconocer la inmediata eficacia y, eventualmente, incluso la validez de las ayudas públicas previstas.

La jurisprudencia Altmark habrá, *a fortiori*, de ser tenida en cuenta en cualesquiera otras modalidades de intervención de los poderes públicos locales en sectores de actividad económica distintos de los que presentan interés general. Se quiere decir con ello, por ejemplo, que no bastará la eventual cobertura proporcionada a las entidades locales por el artículo 86 de la Ley de bases de régimen local para ejercer iniciativas económicas si la financiación de éstas se pretende sin más con cargo directamente a los presupuestos municipales o mediante otros artificios contables que supongan, en definitiva, resarcir no importa qué pérdidas a base de fondos públicos.

### **7. Un ejemplo significativo –y polémico– de aplicación de las normas de defensa de la competencia a la prestación de servicios de interés económico general por las corporaciones locales: las decisiones de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en materia de acceso a internet y establecimiento de redes**

En determinados municipios españoles las respectivas corporaciones, por sí o a través de organismos municipales, han decidido facilitar el acceso a internet a sus vecinos, bien instalando su propia red de telecomunicaciones (en el caso de Instituto Municipal de Informática de Barcelona al que se refiere la decisión de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 27 de mayo de 2004 se pretendía instalar un punto de acceso con una antena exterior en edificios municipales, de forma que proporcionen cobertura a espacios públicos adyacentes a estos centros hasta una distancia máxima aproximada de cien metros) bien facilitando, bajo otras fórmulas, el acceso de los vecinos a determinados, o a todos, los servidores de contenidos de internet.

La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones se ha pronunciado en varias ocasiones a este respecto. Su resolución de 5 de junio de 2003 (expediente 2003/622) daba respuesta a la consulta formulada por un consorcio local (Localret) respecto de la constitución de una serie de enlaces de microondas para dar cobertura a todo el núcleo o núcleos disgregados cercanos, siendo el ayuntamiento el propietario de esta infraestructura, manteniéndola y dotándola de un enlace a internet. Se contemplaba en la consulta tanto la posibilidad de que los usuarios de esta infraestructura pagaran por el servicio recibido como la posibilidad de que este servicio fuera totalmente gratuito, asumiendo todo el coste el ayuntamiento.

En la resolución de 27 de mayo de 2004 (expediente 2004/542), la consulta planteada por el Ayuntamiento de Barcelona se concretaba en la necesidad de inscribirse como operador para la prestación del servicio antes descrito, pero la respuesta de la Comisión –que confirma dicha obligación– va más allá y fija unos criterios generales sobre la intervención municipal en este ámbito que presentan sin duda un interés relevante

La Comisión responde tras la entrada en vigor de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones, que, como ya he indicado, al regular la prestación de servicios y la explotación de redes de telecomunicaciones, los define como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. Ello supone, a juicio de la Comisión, las siguientes consecuencias:

A) Se trata de un régimen de actividad económica que no sería tal si los operadores no pudieran esperar el lógico retorno de las inversiones que realizan en el sector. Por tanto, el escenario diseñado por el legislador es aquel en el que los operadores perciban contraprestaciones económicas por las actividades que prestan a los usuarios. Aun cuando rige de forma general y salvo en el caso de determinados servicios y operadores, el principio de libertad en la fijación de precios por los operadores, la aplicación de tal principio ha de ejercerse con respecto al mantenimiento de las reglas de la libre competencia. Por ello, aunque en principio no está prohibida la prestación gratuita, ello se haga de forma excepcional y no implique distorsiones de la libre competencia, en cuyo caso será necesaria la intervención *a posteriori* del órgano competente.

B) La actividad objeto de consulta está liberalizada, esto es, no constituye un servicio de titularidad pública municipal. Una corporación municipal, directamente o a través de un tercero sin ánimo de lucro, puede intervenir en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, compitiendo con el resto de operadores en la actividad de provisión al público de servicios de acceso a internet y estableciendo y explotando redes de telecomunicaciones. En este caso, su

actividad estará sometida tanto a la normativa sectorial de las telecomunicaciones como al resto de la normativa reguladora de la libre competencia.

Además, las corporaciones municipales, dada su condición de administraciones públicas, están sometidas a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 8.4 de la Ley general de telecomunicaciones, a cuyo tenor, la prestación o explotación en el mercado, de servicios o redes de comunicaciones electrónicas por las administraciones públicas se deberán ajustar a lo dispuesto en la citada ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, pudiendo la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones imponerles condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.

Precisamente, debido a la especial posición que ostenta toda administración pública, esta separación contable constituye un medio adecuado para detectar la posible realización de prácticas anticompetitivas que puedan distorsionar la libre competencia. Esta mayor transparencia que implica la separación contable no sólo permite una intervención *ex post* más fácil por el acceso a la información, sino que evita, la mayoría de las veces, que se produzca la distorsión de la competencia ya que tiene el efecto directo de dificultar la ocultación de la misma.

C) Aplicando la regla general anteriormente señalada, en un primer análisis hay que concluir que la gratuidad de un servicio de telecomunicaciones puede constituir, en cualquier caso, una conducta prohibida por los principios que rigen las normas de defensa de la competencia y ello por la posibilidad de constituir una práctica desleal o exclusionista. No obstante, teniendo en cuenta que la citada regla admite excepciones, la cuestión deberá ser estudiada caso por caso, en función de las características del servicio y de la posición en el mercado que ocupara el ayuntamiento en cuanto a su condición de operador en el sector de las telecomunicaciones y la existencia de otros operadores del mismo servicio, u otro que lo pueda sustituir, interesados a concurrir en el mismo ámbito territorial.

La Comisión distingue, a continuación, entre el servicio de transmisión de datos de acceso limitado a internet y el establecimiento y explotación de una red pública de telecomunicaciones. En cuanto al primero, habida cuenta de la práctica generalizada de ofrecer el servicio de acceso a internet de forma gratuita a los usuarios (lo cual, afirma, no quiere decir que el operador no obtenga una contraprestación económica por el citado servicio sino que la obtiene de forma indirecta) los eventuales efectos negativos que pudieran derivarse del servicio gratuito de acceso limitado a internet por parte de la corporación local a la que se refiere la consulta son prácticamente inexistentes.

D) En cuanto a la instalación y explotación de la red pública de comunicaciones electrónicas, las circunstancias cambian. De nuevo insiste el organismo regulador en que el establecimiento y la explotación de redes de una actividad liberalizada que se presta en régimen de libre competencia no pueden ser considerados como un servicio público.

La ausencia de contraprestación económica por el uso de la citada red pública podría distorsionar la libre competencia entre los operadores y, con mayor motivo, si uno de ellos es una administración pública que puede estar subsidiando la instalación de la red al no cobrar por la utilización de la misma.

En el ámbito de la Administración local, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, las tasas podrán establecerse y exigirse por los ayuntamientos a cambio de “la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia y por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público municipal”.

La actividad que nos ocupa no tiene la naturaleza de servicio público ni se encuentra entre las enumeradas como de competencia municipal en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, no siendo, por tanto, susceptibles de financiarse mediante el establecimiento de una tasa municipal *ad hoc* ni con cargo a fondos públicos municipales.

En cuanto a la financiación de la actividad con cargo a la presupuestos municipales hemos de señalar una vez más que, como ya se ha indicado anteriormente, los ayuntamientos, al establecer y explotar una red pública de telecomunicaciones, habrán de operar en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, sin prevalerse de su condición de Administración pública, v. gr., neutralizando pérdidas con transferencias de fondos públicos municipales. Ello podría suponer una clara ventaja competitiva respecto de sus posibles competidores en el mercado y una barrera de entrada para éstos en el mismo mercado ya que no podrían replicar la actividad al no poder obtener, ni siquiera, el retorno de la inversión que deben realizar.

Por lo tanto, la financiación de la red deberá, en todo caso, realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la misma en un régimen de libre competencia. ■