

SERVICIO PÚBLICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES*

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE**

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES Y PRECISIONES PREVIAS. 1. Sobre el concepto de servicio público. 2. Sobre la compatibilidad del servicio público con el Derecho comunitario.— II. LA COMPATIBILIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. La polémica general. 2. La compatibilidad del servicio público en sentido subjetivo con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española. A) En general. B) En particular, la compatibilidad de la configuración de la radio y la televisión como servicios públicos en sentido subjetivo con el artículo 20.1 CE.— III. SERVICIO PÚBLICO EN SENTIDO OBJETIVO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.— III. BIBLIOGRAFÍA (SELECCIÓN).

I. CONSIDERACIONES Y PRECISIONES PREVIAS

Una reflexión sobre la relación entre el servicio público y los derechos fundamentales exige realizar una serie de consideraciones y precisiones previas. Cuando menos, son dos, a mi juicio, las consideraciones o precisiones previas que parecen obligadas:

* Texto inalterado de la intervención del autor en el Curso de Verano de la UNED sobre «Interés general y servicio público» (Ávila, 22-26 de julio de 2002).

** Profesor Titular de Derecho Administrativo (UNED).

En primer lugar, sobre el concepto de servicio público del que uno se propone partir, pues difícilmente se puede pretender decir algo sobre su relación con los derechos fundamentales si se ignora qué es lo que por tal se ha de entender.

Una vez abordada la cuestión anterior, se impondrá una segunda consideración previa sobre el encaje del servicio público en el Derecho comunitario europeo, ya que si aquél resultase incompatible con éste, carecería de todo sentido (por innecesario y estéril), dada en particular la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional (incluido el Derecho constitucional de los Estados miembros), reflexionar, además, sobre la compatibilidad del servicio público con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española.

Ambas consideraciones de carácter previo afectan al objeto de al menos dos ponencias anteriores del presente curso, la del profesor Luis Ortega (relativa al concepto de servicio público) y la de la profesora Elisenda Malaret (que tuvo por objeto la perspectiva europea de la cuestión), por lo que, a fin de evitar en lo posible reiteraciones innecesarias y sobre todo cansinas, procuraré hacerlas de la manera más breve, esquemática y clara posible.

1. SOBRE EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

Pues bien, del concepto de servicio público se ha dicho que es plurívoco, anfibológico, proteico, ambiguo, elástico, impreciso, vago, mudable, etéreo, evanescente y no sé cuantas cosas más del mismo o parecido tenor. No en vano ha hecho fortuna la afirmación, un tanto tópica ya, de que existen tantas nociones de servicio público como autores se han ocupado de ella y normas la han invocado a lo largo de los últimos cien años. En este sentido, es de todos sabido que la primera y más antigua —aunque no la única, como veremos— objeción formulada a la teoría del servicio público es, precisamente, la que se refiere a la imprecisión conceptual de su objeto.

Ahora bien, tratando de simplificar algo las cosas, cabe decir que la noción de servicio público (cuando no se la utiliza sin más, lo que tampoco ha venido siendo del todo infrecuente, como expresión sinónima de actividad administrativa —como sucede, por

ejemplo, en el artículo 106.2 CE—, sino en un sentido más preciso, alusivo a una actividad de naturaleza prestacional):

- Comprende, en primer lugar y en todo caso, un elemento objetivo, material, funcional o teleológico, por cuanto hace referencia a una actividad prestacional dirigida a la satisfacción regular y continua de una necesidad colectiva de interés general;
- y, en segundo lugar, también *puede* comprender (para algunos incluso *debe* comprender, aunque precisamente en torno a este aspecto comienza la disparidad de criterio) un elemento subjetivo, formal u orgánico; tal cosa sucede cuando la titularidad de la actividad prestacional de que se trate se reserva al sector público.

Cuando la noción de servicio público comprende ambos elementos, acostumbramos a hablar de un servicio público en sentido estricto, mientras que si no comprende el segundo de los elementos recién mencionados, se suele hablar, a lo sumo, de un servicio público en sentido amplio, es decir, en un sentido meramente objetivo, material o funcional. La diferencia radica, claro está, en que en este último caso el ejercicio de la actividad prestacional en que consista el servicio público está a disposición de la libre iniciativa privada (en estos supuestos, y por influjo del Derecho comunitario, se habla últimamente, para huir del ambiguo concepto de servicio público, de «servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia» —telecomunicaciones, servicios postales, etc.—), mientras que en el supuesto inverso la reserva del servicio al sector público impide que el mismo pueda ser libremente prestado por los particulares, ya que dicha reserva o bien comporta directamente un monopolio de gestión pública (la llamada gestión directa del servicio público por su propia Administración titular, ya sea en régimen de Derecho público, ya sea en régimen de Derecho privado a través de una personificación instrumental jurídico-privada —una sociedad mercantil o una fundación—), o si se prevé la gestión indirecta del servicio por particulares, ésta no es naturalmente manifestación de la libre iniciativa privada o del ejercicio de un derecho preexistente (y menos fundamental), sino de una previa y necesaria relación contractual de naturaleza administrativa, en cuya virtud la Administración titular del servicio otorga a uno o varios particulares la gestión indi-

recta del mismo (hacemos referencia, claro es, al *contrato de gestión de servicios públicos* en cualquiera de sus diversas modalidades: concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta —art. 156 TRLCAP—).

Pues bien, esta distinción entre servicio público en sentido estricto y servicio público en sentido amplio es, como a nadie se le oculta, de capital importancia a la hora de establecer su respectiva incidencia sobre los derechos fundamentales, ya que, cuando la declaración de servicio público recae sobre una actividad en principio incluida o incluíble en el ámbito de protección de un derecho fundamental, su reserva al sector público comporta en rigor su eliminación como actividad susceptible de ser desarrollada en ejercicio de un derecho fundamental (en definitiva, en régimen de libertad), cosa que no ocurre, como es natural, cuando estamos en presencia de un servicio público en sentido meramente objetivo, material o funcional (o, en la terminología de origen comunitario hoy en día ya plenamente arraigada, un *servicio de interés general que se presta en régimen de competencia*), dado que éste hace referencia, por definición, a una actividad prestacional que está a disposición de la libre iniciativa privada, es decir, que los particulares pueden desarrollar en ejercicio de sus derechos fundamentales, en particular de la libertad de empresa (art. 38 CE). Eso sí, aunque sea de intensidad obviamente menor, también la configuración de una actividad prestacional como servicio público en un sentido meramente objetivo, material o funcional conlleva una afectación importante de los derechos fundamentales en cuyo ámbito de protección se inserte la actividad en que su prestación consista, ya que es precisamente su condición de servicio de interés general la que obliga de ordinario a someterla a una intensa regulación pública (la llamada «re-regulación» o «neorregulación»), que en lo esencial suele perseguir, como es sabido, tres grandes finalidades:

- En primer lugar, garantizar el cumplimiento de unas condiciones y unos requisitos mínimos por parte de los prestadores del servicio, a cuyo efecto su prestación se sujeta a la exigencia de previa obtención de un título habilitante (repárese, así pues, en que la liberalización de un servicio público en modo alguno comporta la superación de la clásica intervención administrativa consistente en someter el ejercicio de una determinada actividad a la reserva de previa autorización).

- En segundo lugar, la regulación persigue hacer posible, primero, y garantizar, después, la competencia en sectores de actividad en que ésta no suele ser una realidad espontánea (no en vano se habla en estos casos de auténticos «mercados de laboratorio»). Como es sabido, los sectores regulados son sectores caracterizados por una cierta tendencia estructural al monopolio (o, al menos, al oligopolio), ya sea porque la prestación del servicio se realiza necesariamente sobre costas y a veces incluso únicas (es decir, no infinitamente multiplicables) infraestructuras en red (piénsese en la red ferroviaria, en la red eléctrica, en las redes de oleoductos y gasoductos, etc.), ya sea por las dificultades de acceso al mercado de nuevos entrantes, derivadas del copamiento de aquél por el antiguo operador monopolista (público o privado) del servicio, que, de no regularse el mercado, podría fácilmente impedir la competencia mediante subvenciones cruzadas entre los sectores rentables y no rentables de la actividad u otras conductas anticompetitivas a su alcance. A estos efectos la regulación a la que se somete la prestación en régimen de competencia de servicios de interés general caracterizados por tales rasgos estructurales prevé, por ejemplo (singularmente en el ámbito de las telecomunicaciones), la obligación de interconexión de las redes (art. 22 LGTel), la interoperabilidad de los servicios (art. 11.1.7.º LGTel), la obligación de los titulares de las redes (normalmente el antiguo operador monopolista del servicio) de permitir el acceso a las mismas de terceros prestadores de servicios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias (art. 24 LGTel) y, en fin, otras medidas de regulación *asimétrica* en favor de los nuevos entrantes (tales como el establecimiento de moratorias para que el operador dominante pueda comenzar la prestación de determinados servicios o el establecimiento de un régimen más estricto en materia tarifaria para dicho operador). De ahí que se haga hincapié en que nos hallamos en presencia de una regulación *para la competencia*, más que en presencia de una regulación *de la competencia* (o de una competencia *regulada*).
- Y, en tercer lugar, la regulación de los servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia persigue asegurar la satisfacción —en condiciones razonables y asequibles— de las prestaciones no competitivas que éstos tam-

bién comprenden, es decir, de aquellas prestaciones que, por falta de rentabilidad, el mercado por sí solo no satisfaría. Esto se logra, como es sabido, mediante la imposición a los prestadores del servicio de las llamadas *obligaciones de servicio público* (repárese en el dato, a la vez curioso y sintomático, de que aun en este contexto —de sectores liberalizados— se utilice la expresión «servicio público», aunque naturalmente en un sentido meramente objetivo, material o funcional), obligaciones entre las que destacan señaladamente el denominado servicio universal y los servicios obligatorios.

En todo caso, y para concluir este —ya demasiado extenso— *excursus* preliminar de orden conceptual, es importante subrayar que la acción servicial pública no se limita a los supuestos en que la actividad prestacional de que se trate esté configurada como servicio público en sentido estricto (es decir, supuestos en que su titularidad se reserva al sector público), ya que en ocasiones la acción prestacional pública simplemente concurre con la de los particulares, que la llevan a cabo en régimen de libertad. En tales casos, la actividad prestacional pública o bien viene exigida por explícitos mandatos constitucionales (*vid.*, por ejemplo, arts. 27, 41, 43 ó 50 CE) que, sin embargo y al mismo tiempo, no obligan —o a veces incluso se oponen expresamente— a la configuración de un servicio público reservado al sector público (piénsese en la enseñanza, la salud, los servicios sociales, etc.), o bien se funda sin más, en particular cuando la actividad prestacional de que se trate tenga un contenido económico, en el reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE).

2. SOBRE LA COMPATIBILIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO CON EL DERECHO COMUNITARIO

La segunda consideración previa que —siquiera muy brevemente— conviene realizar en el presente contexto es la que se refiere a la compatibilidad del servicio público con el Derecho comunitario, toda vez que en éste tiene su origen el segundo —y, en el tiempo, más reciente— flanco desde el que está siendo embestido el servicio público (*rectius*: el servicio público en sentido subjetivo, formal u orgánico, es decir, aquel cuya titularidad se reserva al sector público).

Los Tratados comunitarios utilizan la expresión «servicio público» en una sola ocasión (en el artículo 73 TCE), y lo hacen en un sentido meramente objetivo, material o funcional, pues se hace allí referencia a las obligaciones de servicio público («obligaciones inherentes a la noción de servicio público») en el sector de los transportes. Es natural que así sea, dado que el concepto subjetivo, formal u orgánico de servicio público no es conocido en los ordenamientos de todos los Estados miembros (sí lo es, por ejemplo, en Francia o en España, pero no en Alemania o el Reino Unido).

De ahí que el Derecho comunitario, en los artículos 16 y 86.2 TCE, utilice una noción neutra —y en todo caso material u objetiva— para referirse a las actividades prestacionales de naturaleza económica dirigidas a la satisfacción de necesidades colectivas de interés general, a saber: la de «*servicios de interés económico general*». Según el artículo 86.2 TCE, la prestación de tales servicios, siendo indiferente quién o quiénes los presten (el sector público, los particulares o ambos en concurrencia; en este sentido, el precepto habla genéricamente de las «*empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general*»), está sometida «*a las reglas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia*». Ahora bien, es ésta una regla que, como tal, admite *modulaciones* e incluso *excepciones*, ya que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general sólo estarán sometidas 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*».

Así pues, es verdad que la *regla* que formula el artículo 86.2 TCE (la prestación de los servicios de interés económico general en régimen de competencia) comporta, ante todo, la necesidad de situar dichos servicios en el ámbito de libre disponibilidad de la iniciativa privada, dado que, en efecto, no hay competencia sin libre iniciativa privada (por muy intensa que pueda ser la regulación pública a la que esté sometida la prestación de dichos servicios). De ahí precisamente que en el artículo 86.2 TCE tenga su fundamento y origen el proceso de liberalización de servicios públicos al que asistimos desde hace años en el seno de la Unión Europea.

Ahora bien, *excepcionalmente* —insisto—, cuando la prestación de dichos servicios en régimen de competencia (esto es, de libre disponibilidad para la iniciativa privada) impida, de hecho o de derecho,

el cumplimiento de la misión específica a ellos confiada, el Derecho comunitario no sólo no se opone, sino que exige su prestación con arreglo a un régimen distinto al de la competencia, por ejemplo (sin ser ésta la única alternativa posible), mediante su reserva al sector público. En este sentido cabe citar, en particular, la importante jurisprudencia sentada por el TJCE en sus conocidas sentencias recaídas en los asuntos *Corbeau*¹ y *Almelo*² a principios y mediados de los años noventa.

De ahí que pueda afirmarse, a modo de resumen, que el servicio público en sentido subjetivo, formal u orgánico (es decir, la reserva de su titularidad al sector público, y más aún si ésta conlleva asimismo el monopolio de gestión pública) *no es absolutamente pero sí tendencialmente incompatible* con el Derecho comunitario.

Como es natural, todo lo contrario se predica del servicio público en sentido meramente objetivo, material o funcional, dado que, como ya nos consta, la condición material de servicio público no es sino la circunstancia que legitima especialmente la regulación pública del ejercicio de una actividad prestacional de interés general, que en este caso, por definición, se lleva a cabo en régimen de competencia, es decir, de libre disponibilidad para la iniciativa privada.

II. LA COMPATIBILIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. LA POLÉMICA GENERAL

El de los derechos fundamentales es, en efecto, junto con el argumento relativo a su imprecisión conceptual y el más reciente referido al Derecho comunitario (ambos anteriormente aludidos), el tercer flanco desde el que se ha venido atacando la teoría del servicio público.

¹ PSTJCE de 19 de mayo de 1993 (as. 320/91).

² PSTJCE de 27 de abril de 1994 (as. 393/92).

Como es obvio, quienes combaten el servicio público en nombre de los derechos fundamentales se refieren sólo al servicio público en sentido subjetivo, formal u orgánico (es decir, a aquel entendimiento del mismo que comporta la reserva de su titularidad al sector público, y que, consecuentemente, excluye su libre disponibilidad para la iniciativa privada) y no asimismo al servicio público en sentido meramente objetivo, material o funcional, que, en la medida en que no excluye a la iniciativa privada de su prestación, es precisamente el concepto de servicio público que reivindican y al que se refieren como «el nuevo servicio público»³.

Naturalmente, esta tendencia doctrinal sólo se manifiesta en aquellos países cuyos ordenamientos conocen la noción subjetiva de servicio público, especialmente Francia y España. En Francia ha sido un eminente iusadministrativista, el profesor Pierre Devolvé⁴, quien desde mediados de los ochenta ha encabezado la batalla contra el servicio público, al que (del mismo modo que otros autores significados, como, por ejemplo, el profesor D. Truchet)⁵ considera textualmente una amenaza intrínseca para los derechos fundamentales, en particular la libertad de empresa, ya que la reserva de la titularidad de una actividad prestacional al sector público conlleva su sustracción del régimen de libre iniciativa privada, esto es, impide que la misma pueda ser desarrollada por los particulares en régimen de libertad o, lo que es lo mismo, en ejercicio de derechos fundamentales preexistentes.

En España esta tesis (según la cual —insisto— el servicio público es, en esencia y por antonomasia, liberticida, la antítesis de la libertad) ha sido defendida, en particular, por el profesor Gaspar Ariño Ortiz y —con distinta intensidad, eso sí— por sus discípulos y colaboradores más cercanos (entre quienes cabe citar señaladamente a los profesores Juan Miguel de la Cuétara Martínez o José Luis Martínez López-Muñiz). A modo de ejemplo, y por ser gráficamente ilustrativa de su manera de ver las cosas, parece oportuno extrac-

³ Vid. G. ARIÑO ORTIZ/J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ/J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, M. Pons, Madrid, 1997.

⁴ Vid. «Service public et libertés publiques», *Revue Française de Droit Administratif*, 1985, núm. 1.

⁵ Vid. «Label de service public et statut du service public», *Actualité Juridique-Droit Administratif (AJDA)*, 1982.

tar la siguiente afirmación realizada por el profesor Ariño en un trabajo de 1992⁶:

«Es mi firme convicción —dice el autor citado— que la doctrina del servicio (público), tanto en este supuesto (se refiere a la radio y la televisión) como en el de la libertad de enseñanza, está condenada a desaparecer en los próximos años. Lo que en verdad resulta difícil de entender es que países —y personas— amantes de la libertad hayan soportado durante tantos años este mito del servicio público y la fe hegeliana en el Estado. Pero esto ha terminado afortunadamente, aunque, como los elefantes, se mantenga en pie después de muerto».

Esta afirmación se completa con otra posterior del mismo autor, en sus términos algo más condescendiente con la teoría del servicio público, pues la formula el profesor Ariño cinco años más tarde desde la convicción íntima de que su tesis sobre el servicio público como noción periclitada es ya definitivamente vencedora. Dice Ariño en 1997⁷:

«El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los países pobres, a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy —como dice José Luis Villar— hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan, más que la ideología o la política, y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales —también los políticos y culturales— sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló».

De esta manera de ver las cosas discrepan frontalmente quienes, tanto en Francia como en España, entienden por el contrario que el servicio público, también en su sentido subjetivo pero sobre todo en su sentido objetivo, material o funcional, es una técnica al servicio

⁶ Vid. «Servicio público y libertades públicas», en AA.VV., *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX*, Libro homenaje al Profesor Fernando Garrido Falla, UCM, Madrid, 1992, págs. 1315 ss.

⁷ Vid. «Significado actual de la noción de servicio público», en G. ARIÑO ORTIZ/J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ/J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, cit., págs. 25 ss.

de la satisfacción real y efectiva de los derechos de los ciudadanos (entre los autores que han sostenido este punto de vista cabe citar especialmente a Chevallier⁸ y Regourd⁹ —en Francia— y a Carmen Chinchilla¹⁰ —en España—). Según Chevallier, si bien es cierto que el servicio público afecta siempre de alguna manera a la libertad, y en particular a la libertad de empresa, lo hace siempre también en nombre y al servicio de la satisfacción de otros derechos y libertades de igual o superior valor, y, por eso, lejos de ser necesariamente incompatible con la libertad, la creación de un servicio público supone, la mayoría de las veces, la conquista de nuevos derechos y libertades. En este mismo sentido, sostiene la profesora Carmen Chinchilla entre nosotros que el servicio público, antes que una amenaza para los derechos fundamentales y las libertades públicas, puede ser una garantía para los mismos. Según ella, en determinados casos constituye una responsabilidad de los poderes públicos garantizar la prestación de ciertos servicios. Cuando esto ocurre —prosigue— el servicio público opera como una técnica de realización o satisfacción de los derechos fundamentales, y no como un instrumento de aniquilación de los mismos.

Desde luego, esto es así no sólo cuando estamos en presencia de derechos fundamentales de naturaleza genuinamente prestacional (que ciertamente son los menos, pues los «derechos» constitucionales de esta naturaleza suelen estar jurídicamente configurados como meros «principios rectores de la política social y económica»), sino también cuando, aun tratándose de un clásico derecho de libertad, su vigencia efectiva requiere de acciones positivas por parte de los poderes públicos, a cuya adopción, como es sabido, éstos vienen constitucionalmente obligados en virtud de lo dispuesto por el artículo 9.2 CE.

⁸ Cfr. *Le service public*, PUF, París, 1978.

⁹ Vid. «Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours», *Revue de Droit Public* (RDP), tomo 103, 1987, núm. 1.

¹⁰ Vid. «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en *Estudios sobre la Constitución Española*, Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991; asimismo, «Servicio público: ¿crisis o renovación?», en E. MALARET (dir.), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 61 ss. (en particular, 84 ss.).

De todos modos, no se puede dejar de reconocer que al argumentar en tales términos los autores que sostienen este último punto de vista suelen poner el énfasis en la noción objetiva o material (más que en la subjetiva o formal) de servicio público, pues es común que se subraye que «el servicio público no significa monopolio —ni público ni privado— de gestión»¹¹.

2. LA COMPATIBILIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO EN SENTIDO SUBJETIVO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A) En general

Como ya se indicó anteriormente, ninguna duda cabe de que cuando una actividad prestacional en principio incluida o incluíble en el ámbito de actividad protegido de un derecho fundamental (siquiera sea el del derecho a la libertad de empresa, art. 38 CE) se configura como servicio público en sentido subjetivo (es decir, cuya titularidad se reserva al sector público), dicho derecho fundamental resulta limitado o restringido, dado que ya no es posible desarrollar aquella actividad como manifestación del ejercicio de un derecho fundamental. Y esto es así con independencia de si la declaración de servicio público (la *publicatio*) comporta asimismo el monopolio de gestión pública (en este caso, la limitación del derecho fundamental es obvia) o se prevé la gestión indirecta del servicio por particulares, porque en este último supuesto éstos no están ejerciendo un derecho fundamental (preexistente), sino actuando *por encargo* del poder público (esto es, de la Administración titular del servicio). Precisamente por ello los particulares no son titulares de un derecho público subjetivo al otorgamiento de las concesiones de servicio público, las cuales, además, suelen estar contingentadas (y no abiertas a cuantas personas deseen solicitar su otorgamiento).

¹¹ *Vid.* C. CHINCHILLA, «El servicio público: ¿crisis o renovación?», cit., pág. 89.

Pues bien, la Constitución Española contiene una expresa habilitación que permite al legislador limitar los derechos fundamentales —y, en particular, la libertad de empresa (art. 38 CE)— mediante la reserva al sector público de servicios de naturaleza esencial. En efecto, el artículo 128.2 CE permite que mediante ley se reserve «al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio (...) cuando así lo exigiere el interés general». Dos son, pues, los requisitos que integran el presupuesto habilitante de la facultad regulada en el artículo 128.2 CE, a saber: por un lado, el carácter esencial del servicio que se pretenda reservar al sector público; y, por otro, que esta reserva venga exigida por el interés general. En ambos casos se trata de conceptos constitucionales altamente indeterminados, por lo que el legislador goza de un innegable margen de apreciación a la hora de apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante; margen éste que, aunque no impide, sí limita considerablemente la intensidad del control de constitucionalidad de tales leyes por el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC)¹². En este sentido, si bien el TC ofreció tempranamente una interpretación de la noción de «servicios esenciales», ésta es muy generosa, pues sólo exige que el servicio que se pretenda reservar al sector público recaiga sobre una «prestación vital o necesaria para la vida de la comunidad»¹³, un concepto jurídico no menos indeterminado que el que —a su través— se pretende precisar.

En todo caso, es importante recalcar que la situación de monopolio, a la que se refiere también el artículo 128.2 CE, no es un requisito imprescindible de la *publicatio*, sino un *plus* que refuerza su legitimidad constitucional, y significa que la reserva podrá llevarse a cabo *sobre todo —pero no solamente—* cuando se trate de actividades que, de dejarse en manos de la libre iniciativa privada, estarían abocadas a ejercerse en régimen de monopolio¹⁴.

¹² El profesor G. ARIÑO ORTIZ va aún más lejos, pues considera que no se trata de genuinos conceptos jurídicos indeterminados, sino de conceptos abiertos o estándares jurídico-políticos que no admiten una sola interpretación justa y que, en consecuencia, el TC no puede judicializar. *Vid.* «Servicio público y libertades públicas», cit., págs. 1316 s.

¹³ *Vid.* STC de 17 de julio de 1981.

¹⁴ *Vid.* C. CHINCHILLA, «Servicio público: ¿crisis o renovación?», cit., pág. 86.

B) En particular, sobre la compatibilidad de la configuración de la radio y la televisión como servicios públicos en sentido subjetivo con el artículo 20.1 CE

Curiosamente hasta hoy la cuestión de la compatibilidad del servicio público en sentido subjetivo con los derechos fundamentales se ha planteado frontalmente, como es sabido, tan sólo en el caso de la radio y la televisión, definidas ambas aún hoy legalmente como servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado (salvo la televisión por cable).

Si bien el Tribunal Constitucional ha avalado en definitiva la constitucionalidad de tal declaración, su jurisprudencia¹⁵ ha ido evolucionando a lo largo de los años, incorporando importantes matices y cautelas a su doctrina, algunas de las cuales, a mi juicio, rozan, como tendré ocasión de señalar más adelante, la heterodoxia dogmática.

Inicialmente, en su temprana sentencia 12/1982, de 31 de marzo, el TC fundó la constitucionalidad de la declaración como servicio público de la televisión en un argumento de orden técnico conectado con la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (a saber: las limitaciones del espectro de frecuencias o, lo que es lo mismo, la escasez de ondas). En efecto, si bien el TC reconoce que

«no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible. Mas si el principio general de nuestro ordenamiento jurídico-político es el derecho a crear los soportes o instrumentos de comunicación, este derecho (...) presenta indudables límites. Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares. (...), cuando el medio de reproducción que se crea tiene que servirse de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización (...), su grado de escasez natural o tecnológica

¹⁵ *Vid.*, en particular, SSTC 12/1982, de 31 de marzo, 206/1990, de 13 de diciembre, 189/1991, de 3 de octubre, 31/1994, de 31 de enero, y 127/1994, de 5 de mayo.

determina una tendencia oligopolística que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el *statu quo* jurídico y político del medio y en definitiva el derecho mismo a una difusión e información libres».

Así pues, el TC acaba concluyendo que

«(...) la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador. (...) adoptar el sistema de gestión indirecta del servicio público requiere una decisión del legislador y un desarrollo que este Tribunal no puede suplir (...). La llamada «televisión privada» (...) no está necesariamente impuesta por el art. 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del artículo 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una ley orgánica».

Más adelante el TC ha variado ambas líneas argumentales, tanto la utilizada para justificar la constitucionalidad de la *publicatio* como aquella otra que, una vez afirmada la constitucionalidad de la declaración de servicio público, se refiere a la discutida obligatoriedad constitucional de prever la posibilidad de su gestión indirecta por particulares. En efecto, en 1990 (STC 206/1990, de 13 de diciembre), para justificar la constitucionalidad de la declaración de servicio público, el TC deja de poner el énfasis en las limitaciones de carácter técnico, argumentando a partir de entonces sobre la base de la *dimensión objetiva* de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 CE; dimensión objetiva cuya garantía constitucionalmente debida *puede* consistir (aunque no necesariamente *debe* consistir) en la declaración de la TV como servicio público:

«(...) el derecho de todos a recibir información —dice el TC— tiene una dimensión de garantía de una institución fundamental, cual es la opinión pública libre, que trasciende a lo que es común y propio de otros derechos fundamentales... (y que exige también)... la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder, como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión. Así, la calificación de servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que

el legislador la considera necesaria para garantizar —en términos de igualdad y efectividad— determinados derechos fundamentales de la colectividad».

Como acabo de señalar, el TC también varió a partir de 1990 (STC 206/1990) su postura en cuanto a si el artículo 20 CE exige o no reconocer la posibilidad de la gestión indirecta del servicio público de televisión por particulares. Así, si en 1982 el TC sostenía que la gestión indirecta del servicio público de televisión por particulares «no es una derivación necesaria del artículo 20 CE», en 1990, sin embargo, pasa a afirmar lo siguiente:

«(...) la calificación de la TV como servicio público “es constitucionalmente legítima” (...), pero no es, en absoluto, una etiqueta que, una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos —los de comunicar libremente el pensamiento y la información— que la *publicatio* limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar (...) Los cambios en los condicionamientos técnicos (...) y también en los valores sociales, pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la *publicatio*, tanto en lo que se refiere a la constitucionalidad de un monopolio público en la gestión televisiva, como a los límites que establece la regulación de una gestión privada del servicio que el legislador está obligado a realizar respetando los principios de libertad, igualdad y pluralismo».

Con otras palabras, el TC viene a sostener ahora, a diferencia de lo que mantuvo inicialmente, que los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información sí *obligan* a prever la posibilidad de una gestión indirecta o privada del servicio público de televisión. Esta nueva postura le permitió al TC declarar pocos años más tarde en su importante STC 31/1994, de 31 de enero, que

«en virtud de la configuración, constitucionalmente legítima, de la TV como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos. Pero lo que no puede hacer el legislador es diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la TV local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental (...) pues la ausencia de regulación legal comporta, de

hecho (...), no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE (...). Ni la *publicatio* de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (...) ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados *ex Constitutione* (...). Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, no cabe, porque subsista la laguna legal, sujetar a concesión o autorización administrativa —de imposible consecución, por lo demás— el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el artículo 20.1 a) y d) CE».

En mi opinión, esta postura (según ella cual, por un lado, los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información obligan a prever la posibilidad de una gestión indirecta o privada del servicio público, y de acuerdo con la cual, por otro lado, dicha gestión indirecta es manifestación del ejercicio de un derecho fundamental) resulta, desde el punto de vista dogmático, heterodoxa, paradójica o contradictoria, dado que, como ya tuve ocasión de señalar anteriormente, los particulares que gestionan indirectamente un servicio público cuya titularidad está reservada al sector público no ejercen al hacerlo un derecho fundamental preexistente, sino que simplemente actúan *por encargo* del poder público (es decir, de la Administración titular del servicio). Como se dijo, es ésta, precisamente, la razón por la que los particulares no son titulares de un derecho público subjetivo al otorgamiento de las concesiones de servicio público.

Como razona acertadamente la profesora Carmen Chinchilla,

«no deja de ser contradictorio que el TC, por un lado, considere conforme con la Constitución la calificación legal de la televisión como servicio público y, por otro, reconozca la existencia de un derecho fundamental a crear una emisora de televisión (en su modalidad de TV local por cable), y tache de inconstitucionalidad la omisión del legislador al no regular un régimen de concesiones para ese tipo de televisión. Si es un derecho fundamental que nace de la Constitu-

ción, ¿cómo puede depender su ejercicio de una concesión, que, por definición, supone la negación de la preexistencia del derecho que se concede?»¹⁶.

A mi juicio, si se considera que una determinada actividad debe ser accesible a los particulares, por comportar el ejercicio de un derecho fundamental, sólo cabe una única solución: entender que su declaración como servicio público reservado al sector público no es conforme con la Constitución. Casar la *publicatio* o declaración de servicio público (en sentido orgánico-subjetivo) con un derecho subjetivo de los particulares a la gestión indirecta del servicio me parece sencillamente la cuadratura del círculo, una afirmación, en definitiva, que entraña una notoria contradicción en los términos. Si se reconoce el derecho fundamental a la gestión privada de la actividad, entonces no se puede pretender hablar de un servicio público en sentido subjetivo, sino, a lo sumo, de un servicio público en sentido meramente objetivo, material o funcional, o, por emplear la terminología de origen comunitario hoy en día ya plenamente arraigada, de un servicio de interés general que, aunque sometido a regulación (incluso es posible que muy intensa), se presta en régimen de competencia.

3. SERVICIO PÚBLICO EN SENTIDO OBJETIVO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La anterior consideración me conduce derechamente al último punto de mi ponencia, que, para terminar, abordo ya muy brevemente: la incidencia sobre los derechos fundamentales que conlleva la regulación de los servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia, es decir, la incidencia que sobre los derechos fundamentales comporta la configuración de una actividad prestacional de interés general como servicio público en un sentido meramente objetivo, material o funcional.

Como ya señalé anteriormente, la regulación de los servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia persigue, en lo esencial, tres grandes finalidades:

¹⁶ Vid. «Servicio público: ¿crisis o renovación?», cit., pág. 96.

- En primer lugar, garantizar el cumplimiento de unas condiciones y unos requisitos mínimos por parte de los prestadores del servicio, a cuyo efecto su prestación se sujeta a la exigencia de previa obtención de un título habilitante.
- En segundo lugar, la regulación pretende garantizar la competencia en sectores de actividad en que ésta no suele ser espontánea, debido a una cierta tendencia estructural del sector al monopolio (o, al menos, al oligopolio). Como se dijo, a estos efectos la regulación prevé, por ejemplo en el ámbito del Derecho de las telecomunicaciones, la obligación de interconexión de las redes, la interoperabilidad de los servicios, la obligación de los titulares de las redes de permitir el acceso a las mismas de terceros prestadores de servicios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias y, en fin, otras medidas de regulación *asimétrica* en favor de los nuevos entrantes.
- Y, en tercer lugar, la regulación de los servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia persigue asegurar la satisfacción de las prestaciones no competitivas que éstos también comprenden, es decir, de aquellas que, por falta de rentabilidad, el mercado por sí solo no satisfaría. Esto se logra, como ya se dijo, mediante la imposición a los prestadores del servicio de las llamadas *obligaciones de servicio público*, entre las que destacan señaladamente —vuelvo a insistir— el denominado servicio universal y los servicios obligatorios.

Como es evidente, todas estas medidas de regulación son ciertamente limitativas o restrictivas de derechos fundamentales —especialmente del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) y, en el caso de las medidas de regulación *asimétrica*, del derecho a la igualdad (art. 14 CE)—, pero constitucionalmente legítimas en la medida en que, por un lado, procuran garantizar la misma competencia o el funcionamiento del mercado, que es precisamente el presupuesto constitucional de la propia libertad de empresa (como así se reconoce expresamente en el artículo 38 CE: «*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*»), y, por otro, son medidas que procuran asegurar de manera proporcionada y razonable la satisfacción del interés general, o, lo que es lo mismo, la de los derechos prestacionales de todos los ciudadanos. En este senti-

do, el TC ha recalcado en reiteradas ocasiones que «*la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado*»¹⁷.

En definitiva, aunque sea de intensidad obviamente menor, también la configuración de una actividad prestacional como servicio público en sentido meramente objetivo, material o funcional (y no sólo su reserva al sector público) conlleva una afectación importante —si bien, insisto, por lo general plenamente justificada y por ello legítima desde el punto de vista constitucional— de los derechos fundamentales en cuyo ámbito de protección se inserta la actividad en que su prestación consiste. En cualquier caso, en ninguno de los sectores abiertos a la competencia (energía, telecomunicaciones, servicios postales, etc.) se ha entendido que las medidas de regulación previstas en sus respectivas leyes liberalizadoras constituyan, *abstractamente* consideradas, restricciones o limitaciones desproporcionadas o irrazonables —es decir, genuinas *vulneraciones*— del derecho fundamental a la libertad de empresa o del derecho a la igualdad.

III. BIBLIOGRAFÍA (SELECCIÓN)

ARIÑO ORTIZ, G., «Servicio público y libertades públicas», en AA.VV., *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX*, Libro homenaje al Profesor Fernando Garrido Falla, UCM, Madrid, 1992.

ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El nuevo servicio público*, M. Pons, Madrid, 1997.

BELTRÁN DE FELIPE, M., *Reflexiones sobre el estado actual de algunas políticas públicas y de las formas clásicas de intervención administrativa en la economía*, Esperia, Londres, 1999.

BERNALDO DE QUIRÓS, L., «Liberalización, desregulación y mercado», en E. Martín Ortega (dir.), *Derecho Administrativo Económico*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988.

¹⁷ *Vid.*, por todas, STC 127/1994 (FJ 6.º D).

- «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española*, Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- «Servicio público: ¿crisis o renovación?», en E. Malaret García (dir.), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Empresa pública y servicio público: el final de una época», *REDA*, núm. 89, 1996.
- «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *RAP*, núm. 150, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP*, núm. 17, 1955.
- GARRIDO FALLA, F., «La crisis de la noción de servicio público», en *Las transformaciones del régimen administrativo*, IEP, Madrid, 1954.
- «El modelo económico de la Constitución y la revisión del concepto de servicio público», *REDA*, núm. 29, 1981.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «Introducción al régimen jurídico general de los servicios públicos», en E. Malaret García (dir.), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El reto de los servicios públicos en Europa*, Documento de Trabajo, Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo, Serie Económica, W-26, Luxemburgo, 1996.
- «El Derecho comunitario ante el servicio público y la competencia», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Boletín, núm. B-124, 1997.
- «Derecho comunitario y actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 183, 2000.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad (1993-1994)», *REDA*, núm. 84, 1994.
- MALARET GARCÍA, E., «Servicios públicos y Unión Europea: los servicios públicos telefónicos en el marco de la liberalización de las telecomunicaciones. La reducción del ámbito del monopolio, paso previo a su desaparición», en E. Malaret García (dir.), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *RAP*, núm. 145, 1998.

- MARTÍN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, núm. 100-102, 1983, volumen III.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, 4 vols., Civitas, Madrid, 1998.
- QUADRA-SALCEDO, T. de la, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, CEC, Madrid, 1995.
- «Los servicios televisivos», en E. Malaret García (dir.), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- ROLDÁN MARTÍN, A., «Los nuevos contornos del servicio público», en E. Martín Ortega (dir.), *Derecho Administrativo Económico*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, M. Pons, Madrid, 1997.
- «Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público», *REDC*, núm. 57, 1999.
- VILLAR EZCURRA, J. L., *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999.
- VILLAR PALASÍ, J. L., «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 3, 1950.