

SERVICIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL: LA RENOVADA ACTUALIDAD DE LOS PRIMEROS

LUCIANO PAREJO ALFONSO*

SUMARIO: I. Introducción. II. La construcción dogmática tradicional del servicio público. III. El servicio público en la Constitución y la incidencia del Derecho comunitario europeo. IV. El servicio público hoy; su significado y alcance.

I. INTRODUCCIÓN

En lo que respecta a las técnicas, organizativas y funcionales, de que se sirve el Estado para cumplir su responsabilidad indeclinable –en tanto que poder constituido al efecto– en las condiciones de la vida social, vivimos, como es bien sabido, un periodo de transición en el que la aparición de soluciones nuevas, con sustitución de las tradicionales, convive con el mantenimiento de éstas, sin que sea posible aún anticipar el resultado del proceso en curso. Esto vale especialmente para la satisfacción de necesidades colectivas en términos de dación de bienes y prestación de servicios de interés económico en sectores expuestos a la internacionalización de la economía y sensibles a la evolución científico-tecnológica. Y se manifiesta, en palabras, de G. FERNÁNDEZ FARRERES¹ en la tendencia al abandono, explícito o implícito (por empleo de la nueva expresión «servicios de interés general»), de la calificación formal de servicio público en los servicios, significativamente los prestados en red. Son ilustrativas las nuevas regulaciones legales, de la segunda mitad de la década de los noventa del S. XX y primeros años de éste, de los sectores eléctrico, de hidrocarburos, telecomunicaciones, correos y ferroviario.

* Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Carlos III de Madrid.

¹ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía», *Justicia Administrativa*, núm. 18, enero 2003, págs.

II. LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA TRADICIONAL DEL SERVICIO PÚBLICO

El servicio público es, así se ha repetido hasta la saciedad, una noción –carente de definición legal y, por tanto, esencialmente dogmática²– que, de la mano de su misma expansión, dice todo y nada. Lo advierte con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997 (RJ 1997/4065): el concepto de servicio público, calificado frecuentemente de polisémico, no es categoría dogmática unívoca. No huelgan, pues, algunas precisiones sobre sus distintas significaciones, antes de abordar la cuestión central que ahora nos interesa.

Por de pronto, el servicio público puede invocarse bien como idea más propiamente política que jurídica, bien como técnica precisa de organización de una actividad de dación de bienes o prestación de servicios. El primer sentido es el que está indudablemente presente en el artículo 106.2 CE para establecer el régimen fundamental de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Desde esta perspectiva la noción tiene un muy amplio radio de acción, equivalente prácticamente a giro o tráfico propio de dichas Administraciones³. El segundo sentido es ciertamente más preciso, por alusivo a actividades prestacionales, pero sigue distando de ser unívoco. Pues la doctrina emplea el concepto con alcance distinto en función de las dimensiones preferentemente tenidas a la vista.

En el sentido más estricto posible, se entiende por servicio público, desde los años cincuenta del S. XX⁴ el conjunto actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general, entendiéndose por reserva la *publicatio* de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la Administración (lo que significa: establecimiento de monopolio a favor de ésta⁵ y exclusión, por tanto, de la libre iniciativa privada), sin perjuicio de que

² En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 (RJ 1989/8390) se afirma rotundamente por ello que ningún texto legal facilita un concepto de servicio público.

³ Desde esta perspectiva, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha homologado como servicio público toda actuación, gestión o actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad, con resultado lesivo (SsTS de 5 de junio de 1989 –RJ 1989/4338– y 22 de marzo de 1995 –RJ 1995/1986–). La STS de 21 de abril de 1998 (RJ 1998/4045) señala que el régimen de servicio público no depende del régimen a que estén sometidos los elementos instrumentales que integran la actividad de prestación en que el servicio público consiste, pues éste admite formas diversas de gestión: cuando el elemento causal esté dedicado o afecto al servicio o la función administrativas en general (el ejercicio de funciones públicas) no cabe considerarlo ajeno al servicio público. En esta misma línea también la STS de 23 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10381).

⁴ En este sentido VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *RAP* núm. 3, año 1950; también E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», *RAP* núm. 17, año 1955; y, más recientemente, J.L. MEILÁN GIL, «El servicio público como categoría», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, año 1997.

⁵ El monopolio no es nota aceptada por toda nuestra doctrina «clásica» sobre el servicio público; véase F. GARRIDO FALLA, «El concepto de servicio público en Derecho español», *RAP* núm. 135, año 1994.

aquella pueda abrir ésta a la referida iniciativa privada (en caso de opción por la gestión indirecta) en virtud de su disposición sobre la forma de gestión de la propia actividad. De esta construcción dogmática resulta una *noción formal, subjetiva y estricta de servicio público*, que alude a las características de la organización de la correspondiente prestación en función de las características que la misma debe reunir, pero que, en consecuencia, no debe confundirse con tales características: continuidad, regularidad, igualdad de acceso y trato, universalidad, adecuación al progreso técnico, control precios, etc. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1979 (RJ 1979/2960) habla, al referirse a ella, de concepto estricto, sin concretarlo. Pero ya la posterior Sentencia del mismo Alto Tribunal de 24 de octubre de 1989 (RJ 1989/8390) define el servicio público correspondiente a tal concepto como *actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de manera regular y continua*.

Justamente el entendimiento de la reserva a favor de la Administración como técnica que no conlleva necesaria e inexorablemente el efecto del monopolio, por poder implicar sencilla y exclusivamente el de habilitación para actuar, da lugar a un concepto más amplio y, por tanto, a la distinción entre servicio público subjetivo (el que es tal en sentido estricto) y servicio público objetivo. En este último la reserva, al ser mero apoderamiento, no enerva el juego de la libre empresa en régimen de libre competencia, por lo que en la materia concurren la acción pública y la de los sujetos privados, aunque la concurrencia pueda ser desigual en función del régimen jurídico-público a que queda sujeta la acción pública. Es el caso de materias tan clásicas como las de sanidad y educación. El servicio público objetivo reposa, pues, sobre una noción sustantiva o funcional, alusiva sin más a la satisfacción de necesidades colectivas de interés general.

Es esta última noción sustantiva o funcional la que está en la base de la línea jurisprudencial que sitúa el *locus ordinario* de su juego en la instancia local y según la cual:

1. El concepto estricto de servicio público es más bien predicable de la esfera estatal (la Administración General del Estado), pues en el ámbito local *el servicio público aparece vinculado a la idea de competencia* en sintonía con el artículo 85 LrBRL, conforme al cual son servicios públicos locales todos los dirigidos al cumplimiento de los fines de la competencia de las entidades locales⁶. Atiende el servicio público local, pues, *no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia para su desarrollo*. De esta suerte, la calificación de una actividad prestacional como

⁶ Lo que conecta con lo que había apuntado ya la STS de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6988): el artículo 25, d) LrBRL considera en todo caso competencia municipal la promoción y gestión de viviendas y sabido es que los servicios públicos locales son todos aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, los cuales pueden gestionarse de forma directa, entre las que incluye el artículo 85.3, c) LrBRL la sociedad mercantil, cuyo capital social sea íntegramente público.

de la competencia local no convierte al ente local en titular de la misma, ni excluye su desarrollo por otras Administraciones o la iniciativa particular. De donde se sigue la distinción entre los servicios públicos de titularidad municipal y los servicios públicos locales caracterizados por i) la declaración formal de su *publicatio*; ii) su naturaleza prestacional; iii) la necesidad de su gestión por procedimiento o forma de Derecho público; y iv) su respuesta al criterio teleológico de los fines de la competencia municipal (STS de 23 de mayo de 1997 [RJ 1997/4065])

2. Son, así, servicios públicos locales en sentido amplio, cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales (art. 85.1 LrBRL). En todos ellos se está ante una aplicación del principio del artículo 128.2 CE, inciso primero, relativo a la iniciativa económica pública; principio, que tiene su reflejo, en el ámbito local, en el artículo 86 LrBRL, el cual recoge la iniciativa pública local para el desarrollo de actividades económicas bien en régimen de libre competencia, bien en régimen de reserva y consiguiente posibilidad de establecer un efectivo monopolio (STS de 1 de febrero de 2002 [RJ 2002/1590]).

III. EL SERVICIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN Y LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

1. El marco constitucional del servicio público a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional

Como no podía ser de otra forma y a pesar de la apariencia de inexistencia en ella de un marco mínimamente significativo en punto a la organización del sector público administrativo⁷, la Constitución –sobre el trasfondo indudable del Derecho comunitario europeo– ha incidido decisivamente en esta cuestión⁸; afirmación, que la doctrina del Tribunal Constitucional respalda con contundencia, excusando cualquier justificación añadida. Antes de abordar, pues, la evolución que la norma fundamental y también el Derecho comunitario europeo han inducido en la dogmática jurídico-administrativa del servicio público, conviene analizar aquella doctrina, establecida fundamentalmente a propósito de la radio y la televisión y a la vista, por tanto, del correspondiente derecho fundamental reconocido en el artículo 20 CE, contrastándola con las exigencias del referido Derecho supranacional.

La jurisprudencia constitucional puede resumirse así:

1º. La Constitución define un marco en el que la calificación como servicio público es una más de entre las opciones políticas legítimas. Tal calificación forma par-

⁷ Se trata, en efecto, de mera apariencia y no de realidad, causada por el efecto combinado del desduido de esta dimensión del orden constitucional y la inercia de la idea de lo organizativo como el ámbito estatal doméstico en el que rige una esencial libertad de configuración de las soluciones.

⁸ Motivando reflexiones doctrinales específicas. Así F. GARRIDO FALLA, «El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público», *REDA* núm. 29, año 1981.

te de las potestades propias del legislador ordinario (STC 127/1994, de 5 de mayo), sin que, de otro lado, sea una alternativa obligada, como tampoco lo es, de otro lado, la consistente en la simple entrega de una actividad a la libertad de empresa (STC 12/1982, de 31 de marzo).

2º. La decisión del legislador tiene por objeto una cuestión de Derecho objetivo y no de derecho subjetivo (SsTC 119/1991, de 3 de junio; y 127/1994, de 5 de mayo). Como señala esta segunda Sentencia, la estricta libertad empresa (art. 38 CE), desplegada sin sometimiento a intervención administrativa alguna, no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental a recibir información libre y pluralista, especialmente cuando –como sucede en nuestras sociedades modernas– existen inevitables obstáculos fácticos a la misma existencia del mercado dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones objeto de regulación legal.

3º. La clave de la decisión legal reside en el interés:

– Pues la noción de servicio esencial de la comunidad hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción se endereza la prestación, entendiendo por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos; con la consecuencia de que *a priori* ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial, siéndolo únicamente en los casos en que la satisfacción de los intereses afectados exija el mantenimiento del servicio y en la medida y con la intensidad en que efectivamente lo exija (STC 8/1992, de 16 de enero, que cita la STC 51/1986; en el mismo sentido, antes, la SsTC 74/1982, de 7 de diciembre; 79/1982, de 20 de diciembre; 206/1990, de 17 de diciembre).

– Y la asunción por los poderes públicos de una actividad como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a particulares, no puede tener otra justificación –en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales– que la de *servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales*; en modo alguno la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser prestados directamente por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad. Pues se trata no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de comunidad..., sino también, y sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de derechos fundamentales. De esta suerte, es claro que la vigencia de los derechos fundamentales del artículo 20 CE no puede llevar a declarar la inconstitucionalidad de la calificación como servicio público. Y ello, incluso teniendo en cuenta el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues éste permite que el ejercicio de aquellas libertades pueda ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas en una Ley, siempre y cuando constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática. De ahí que en la STEDH de 24 de noviembre de 1994 se afirme que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para juzgar la necesidad de restricciones o injerencias en las referidas libertades,

por más que aquéllas –conforme señala la STDEH de 22 de mayo de 1990– sean susceptibles de control en punto a su justificación de manera razonable y convincente y su proporcionalidad al fin perseguido (STC 127/1994, de 5 de mayo).

4°. La decisión del legislador tiene por objeto *cualesquiera recursos y actividades, no sólo los de carácter económico*. Pues el artículo 128.2 CE permite reservar al sector público cualesquiera recursos o servicios esenciales y una interpretación literal –aunada a otra sistemática– derivada del uso de dos expresiones constitucionales que no pueden querer decir lo mismo, obliga a entender que los servicios esenciales de una comunidad no tienen por qué ser recursos naturales o económicos, siendo ésta una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas. Por eso mismo el propio Tribunal Constitucional ha admitido la licitud de la aplicación por el legislador de la idea de servicio público esencial a otros derechos fundamentales con el fin de preservar el interés general (STC 127/1994, de 5 de mayo).

5°. La decisión del legislador está sujeta desde luego a evolución: *los cambios en los condicionamientos técnicos y los costes de infraestructura, pero también en los valores sociales, pueden suponer la revisión de la justificación y de los límites que supone la publicatio, tanto respecto de la constitucionalidad del monopolio, como del alcance de la gestión privada* (SsTC 88/1995, de 6 de junio, citando la 12/1982; y 206/1990, de 17 de diciembre).

6°. La decisión del legislador precisa, en todo caso, *estar justificada y está sujeta desde luego al control del propio Tribunal Constitucional* (STC 206/1990, de 17 de diciembre), debiendo la regulación resultante ser proporcionada (STC 127/1994, de 5 de mayo, que alude a las SsTC 206/1990 y 119/1991).

2. El marco, superpuesto, comunitario europeo, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo

Entendido en los términos de la doctrina constitucional que acaba de ser resumida, el marco definido por la norma fundamental se muestra perfectamente adecuado a los requerimientos del Derecho comunitario europeo, que obviamente –por la limitada perspectiva propia de éste– se centran en la mayor homogeneidad posible del mercado único interior, es decir, del espectro de actividades colocadas en la lógica del mercado y regidas, por tanto, por la libre competencia.

Teniendo en cuenta la «neutralidad» de la integración europea respecto del régimen de la propiedad en los Estados miembros (art. 295 TCE), la clave radica sin duda en el artículo 86 TCE, en tanto que, circunscribiéndose a las actividades de contenido o carácter económico⁹, contempla supuestos en los que determinados ser-

⁹ Así es porque el precepto se enmarca en la regulación de la política de defensa de la libre competencia, por lo que quedan fuera del radio de acción de aquél las actividades llamadas de *regalía*, es decir, que implican la autoridad o suponen el ejercicio de *imperium*.

vicios pueden quedar sujetos, en virtud del interés general que en ellos se haga presente, a regímenes más o menos exorbitantes respecto del propio de la libre competencia en el mercado. Resulta así la diferenciación de las siguientes tres categorías de actividades, enumeradas de menor a mayor proximidad al sector público:

– Actividades económicas ordinarias (art. 86.1 TCE), a las que son de aplicación plenamente las reglas propias del mercado único interior (en particular la libre competencia en igualdad de condiciones) y que pueden ser desempeñadas desde luego por el sector público mediante el ejercicio de la iniciativa económica (art. 295 TCE).

– Actividades de interés económico general (art. 86.2 TCE), que presentan ya un régimen diferenciado de las anteriores por la presencia en ellas de una «misión de interés general», sin perjuicio de que la diferenciación no puede ir más allá de lo estrictamente exigido por el cumplimiento de tal misión). Esta categoría coincide con la noción interna de servicio público funcional u objetivo, toda vez que en ella el interés general autoriza para la imposición a los servicios prestados por la iniciativa privada de obligaciones denominadas justamente de servicio público (en el extremo: las llamadas obligaciones de servicio universal), que, en su caso y para su compensación, legitiman restricciones a la libre competencia en grado diverso (mediante la financiación pública o el otorgamiento de derechos especiales, significativamente) e, incluso, la exclusión completa de la misma (otorgamiento de derechos exclusivos, supuesto que equivale al servicio público formal, orgánico, subjetivo o estricto interno).

– Actividades de interés no económico general (excluidas del art. 86 TCE), a las que no es de directa aplicación el régimen de la libre competencia en el mercado y que llegan hasta las funciones públicas en sentido estricto.

En consecuencia: en la categoría comunitaria genérica de «servicio de interés general» tienen cabida las dos variantes fundamentales del servicio público, desde luego la funcional o amplia (que es la que responde a la perspectiva que es propia del Derecho comunitario europeo), pero dentro de ésta también la formal o estricta (por ser admisible la reserva en régimen de monopolio a favor del sector público).

El problema que plantea el Derecho comunitario, pues, no reside tanto en sí mismo, cuanto en los términos de su interpretación y aplicación, en sede del proceso denominado de «integración negativa» que opera por el método tópico¹⁰, a partir de la perspectiva material o funcional que le es propia. Pues el aludido proceso no ha sido hasta ahora lineal, ni puede darse por concluido, habiéndose desarrollado con cierta independencia incluso de la paralela «integración positiva» o sujeta a la lógica intergubernamental, como demuestra el escaso, si no nulo eco que en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional ha tenido la incorporación al Derecho originario –indudablemente motivada por su jurisprudencia– del actual artículo 16 TCE. De esta suerte, al día de hoy resulta aún difícil saber con certeza cual es la economía interna del artículo 86 TCE: si establece la regla general de que los servicios de interés eco-

¹⁰ Se denomina así al que tiene lugar por la vía del Derecho y a través de instrumento judicial (la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo). Véase F. SCHARPF, *Gobernar en Europa ¿eficaz y democráticamente?*, traducción al español de J. ALBORÉS REY, Ed. Alianza Editorial, Madrid 2000.

nómico general deben desarrollarse en régimen de libre competencia, siendo su extracción de la lógica de ésta una estricta excepción o, por el contrario, una y otra son reglas del mismo carácter y textura que operan en paralelo y dados sus correspondientes supuestos.

El trasfondo de la jurisprudencia comunitaria sobre el artículo 86 TCE no es otro, en efecto, que la definición funcional de empresa (concepto ligado al de actividad económica). Existe una doctrina consolidada¹¹, a tenor de la cual el concepto comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica (entendida ésta como cualquier actividad consistente en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado), siendo indiferentes el estatuto jurídico de dicha entidad y su modo de financiación. De ahí que no sean empresas ni las entidades gestoras de sistemas de seguridad social (STJE de 19 de enero de 1994 –1994/3–); ni el organismo Eurocontrol por ejercer poder público (STJCE de 19 de enero de 1994, Eurocontrol, –1994/3–); ni tampoco el sistema nacional de sanidad español por basarse en la solidaridad (STPI de 4 de marzo de 2003 –asunto Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental [FENIN] c. Comisión; T-319/99): SNS no empresa por solidaridad–).

Aunque, por la propia lógica inicial del proceso de integración supranacional, la aplicación del artículo 86 TCE tardara en convertirse en cuestión central de la política de la libre competencia, al principio el TJCE no encontró grandes dificultades para amparar en el número 2 de dicho artículo, por ejemplo, el régimen excepcional aplicado a los transportistas obligados a la explotación de líneas no rentables (STJCE de 11 de abril de 1989). Pronto, sin embargo, adoptó una primera posición en la interpretación del mencionado precepto, concretamente la de considerar su aplicación una perturbación del mercado; con la consecuencia de quedar así puesta en cuestión desde el principio toda decisión nacional de delimitación del espacio público sobre la base del interés general: dicha decisión crea de suyo una situación dominante que determina la imposibilidad de la satisfacción de las demandas reales por la iniciativa privada en el seno del mercado. Se trata de una posición que permitió al Tribunal de Justicia acompañar a la Comisión Europea, a lo largo de la década de los años noventa del S. XX, en su política de liberalización de los monopolios estatales establecidos especialmente en los servicios en red y en los llamados sectores excluidos¹². Y que

¹¹ SsTJCE de 23 de abril de 1991, Höfner y Helsen, C-41-90 –TJCE 1991/180–; 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91 –TJCE 1993/19–; 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, –TJCE 200/188–; y 2 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, –TJCE 2001/294–.

¹² Son ilustrativas las siguientes dos Sentencias:

– STJCE de 23 de abril de 1991 (recaída en asunto relativo a la mediación en la contratación de director de ventas para una empresa alemana), en la que se contiene la afirmación ya aludida en el texto de que la perturbación del mercado resulta sin más de la creación de una posición dominante (el monopolio legal del sector público en la actividad-servicio de mediación) en condiciones de imposibilidad de la satisfacción de las demandas reales y que impide la atención por la iniciativa privada del mercado insatisfecho.

implica la colocación de los artículos 30 y 86 TCE no uno junto a otro, sino uno sobre otro. Con la consecuencia de la limitación de la actuación estatal en el terreno económico desde el criterio de la preservación del mercado de toda perturbación; consecuencia, que contiene en sí el germen de la progresiva ampliación del campo del mercado en detrimento del espacio de lo público.

La realidad misma, sin embargo, ha acabado por forzar un giro en la jurisprudencia, que supone hasta cierto punto una vuelta al planteamiento de los años ochenta del S. XX. Si en la STJCE de 18 de junio de 1998 (asunto Comisión c. Italia, C-35/96) se excluye la acción de compra en el mercado de la consideración sin más de actividad económica, pues ésta consiste en la de ofrecer bienes y servicios en un mercado determinado, en la anterior de 19 de mayo de 1993 (asunto Paul Corbeau –TJCE 1993/71–) se sostiene, sobre la base de que la creación de una posición dominante por medida estatal adoptada al amparo del artículo 86.2 TCE no es de por sí incompatible con el y la legitimidad de dicha medida depende de su justificación (sometida a la comprobación del propio TJCE), que la necesidad de la generación de condiciones de equilibrio económico mediante la posibilidad de compensación entre sectores de la actividad rentables y sectores de la misma menos rentables proporciona justificación suficiente a la limitación de la competencia entre empresarios privados en los sectores más rentables. Un paso más da la STJCE de 27 de abril de 1994 (asunto Almelo; C-393/92), al declarar que el criterio del equilibrio económico debe tener en cuenta los costes que la gestión debe soportar y la normativa a que ésta esté sometida. Por tanto: el criterio legitimador de la restricción y, en su caso, exclusión del mercado pasa a ser ahora el de ausencia en el caso de condiciones para el funcionamiento espontáneo del mercado.

Esta nueva doctrina jurisprudencial se complementa con los siguientes pronunciamientos:

– La STJE de 23 de octubre de 1997 (Comisión c. República Francesa; C-159/94), que, tras reiterar la doctrina sentada en el asunto Corbeau, precisa la suficiencia, para la inaplicabilidad del artículo 86 TCE a una empresa, de la circunstancia de que la libre competencia impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de las obligaciones específicas de dicha empresa, no siendo necesario que la propia supervivencia de ésta esté amenazada.

– La STJE 2 de octubre de 2001 (Firma Ambulanz Glöckner; C-475/99; TJCE 2001/294), citando también la doctrina del asunto Corbeau, añade que el criterio para el enjuiciamiento de la suficiencia de la justificación (por relación a la existencia de una misión de interés económico general capaz de enervar la aplicación de las normas de competencia) es el del cumplimiento de la misión en condiciones econó-

– STJCE de 1991 (asunto C 202/88, relativo a la Directiva de telecomunicaciones), que establece ya una conexión entre el otorgamiento de derechos exclusivos y una suerte de presunción de lesión del artículo 30 TCE cuando el beneficiario de aquellos derechos no esté en situación de: i) ofrecer todo el elenco de aparatos o modelos; ii) informar a todos los usuarios sobre el estado y la utilización de los aparatos terminales; y iii) garantizar la calidad de estos aparatos.

micamente aceptables, entendiéndose justificada siempre la restricción o, incluso, la exclusión del mercado cuando así lo exija el equilibrio económico de la misión y siendo condición de la legitimidad (por razonabilidad) de las referidas restricción o exclusión que la empresa beneficiaria de la misión de interés general sea capaz de satisfacer permanentemente la demanda del servicio o las prestaciones. Por el contrario, no se cumple desde luego el criterio cuando se trata de servicios específicos disociables del servicio interés económico general, en la medida en que dichos servicios no pongan en peligro el equilibrio económico de este último.

– Y la STJCE de 24 de julio de 2003 (asunto *Altmark Trans GMBH, Regierungspräsidium Magdeburg*; C-280/2000 –TJCE 2003/218–) confirma la capacidad de los Estados para i) excluir del ámbito de aplicación de la reglamentación comunitaria correspondiente la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional que dependan necesariamente de las subvenciones públicas; y ii) limitar la aplicación de éstas a aquellos casos en que, de otro modo, no sea posible garantizar la prestación de un servicio de transporte suficiente, siempre que se respete el principio de seguridad jurídica. Y ello en tanto que dichas subvenciones pueden considerarse una compensación que constituye contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público.

A la luz de la precedente jurisprudencia se entiende el esfuerzo de sistematización realizado en la Comunicación de la Comisión sobre «Los servicios de interés general en Europa» de 1996 (DOCE 96/C 281/03), conforme a la cual:

Los servicios de interés general constituyen un género que comprende todas las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas de servicio público.

De los servicios de interés económico general se distinguen i) las funciones de regalía (seguridad, justicia, diplomacia o estado civil) y ii) las actividades no económicas (empleo, protección social, salud pública, educación y formación, cultura).

Como ha señalado recientemente M. VAQUER CABALLERÍA¹³, esta última distinción es problemática justamente por el método tópico propio de la integración negativa impulsada por la jurisprudencia comunitaria. Y lo es especialmente respecto de la empresa y la actividad económica:

- i) En materia de empleo, se entiende que una oficina pública de empleo sin ánimo lucro y que funciona en régimen de monopolio es una actividad económica (SsTJCE de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, as. C-41-90; 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, as. C-55/96). Y ello, porque, como se ha dicho, la noción comunitaria de empresa es funcional o material y no subjetiva, dependiendo su conceptualización de su función.

¹³ M. VAQUER CABALLERÍA, «I problemi della contrapposizione tra economico e sociale nella caratterizzazione dei servizi di interesse generale», ponencia presentada en seminario celebrado en la Universidad de Pavia, pendiente de publicación y al que se ha tenido acceso por gentileza del autor.

- ii) En materia de seguridad social, se entiende que son empresas las entidades con fines no lucrativos que gestionan el régimen de un seguro, establecido como voluntario, destinado a completar el régimen básico obligatorio empresa (STJCE de 16 de noviembre de 1995, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance* y otros, as. C-244/94); o incluso un fondo de pensiones de afiliación obligatoria por actuar en competencia con las empresas de seguros (STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, as. C-67/96); pero, en sentido contrario, se considera que no son empresas: las entidades gestoras del seguro de enfermedad y del servicio de seguridad social, pues su función es exclusivamente social (STJCE de 17 febrero de 1993, *Poucet y Pistre*, as. ac. C-158/91 y C-160/91); el seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales, por el mismo motivo (STJCE de 22 de enero de 2002, *Cisal*, as. C-218/00); así como la gestión de prestaciones sanitarias incluidas en regímenes de seguridad social (STJCE de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, as. C-70/95) y el régimen de seguro obligatorio de enfermedad financiado por cotizaciones, pese a haber competencia entre las cajas gestoras en cuanto al tipo cotización (STJCE de 16 de marzo de 2004, *AOK Bundesverband*, as. ac. C-264/01, C-354/01 y C-355/01).
- iii) En materia de sanidad, el criterio general es que se trata de un sector económico (STJCE de 28 de abril de 1998, *Kholl*, as. C-158/96), pero, sin embargo, los organismos del sistema nacional de salud español (incluidos los entes privados concertados) no se consideran empresas por actuar sobre la base del principio de solidaridad (STPI de 4 de marzo de 2003, *FENIN*, T-319/99).

Es lógicamente más cauta la posterior Comunicación de Comisión sobre «Los servicios de interés general en Europa» del año 2000 (DOCE 01/C/17/04), que sólo hace dos proclamaciones generales: i) los servicios tales como la educación nacional y los regímenes básicos obligatorios de seguridad social están excluidos de la aplicación de las normas de la competencia y el mercado interior; y ii) 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, están por lo general excluidas del ámbito de las normas de competencia y mercado interior.

El llamado Libro Verde sobre los servicios de interés general de 21 de mayo de 2003 (COM (2003) 270 final) confirma la cautela, fijando tan sólo los siguientes criterios para determinar si un servicio es o no de naturaleza económica:

- Posibilidad de la coexistencia en un mismo sector de servicios económicos y no económicos.
- Aplicabilidad de las normas del mercado interior, competencia y ayudas públicas allí donde, aún no existiendo inicialmente mercado, se genera un mercado emergente en el que las empresas contratan su prestación con las autoridades públicas.

- La existencia o no de mercado depende de la evolución tecnológica, económica y social y la distinción entre actividades económicas y no económicas es, por tanto, dinámica y en evolución permanente, por lo que no es posible ni deseable el establecimiento de una lista definitiva *a priori*.
- Como ejemplos de actividades no económicas sólo son citables la educación nacional y los regímenes básicos de seguridad social obligatorios.

En resumen: en el Derecho comunitario se da la convivencia de lo público y lo privado en términos que básicamente coinciden con los del Derecho constitucional, si bien los referidos ámbitos se encuentran, por ausencia de reglas claras, seguras y estables, en un equilibrio inestable.

De todas formas, la incorporación por el Tratado de Amsterdam al Derecho originario del actual artículo 16 TCE ha determinado el enriquecimiento del orden de valores y bienes del referido Derecho –quizás no adecuadamente reflejado en el proyecto de «Constitución» pendiente de aprobación– con el de vinculación directa de los servicios de interés económico general con la promoción de la cohesión social y territorial, extrayendo de ello una consecuencia de reafirmación de lo público: el deber de la Comunidad y los Estados miembros de velar por que los aludidos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido. Sin perjuicio de la sorprendente e indebida desatención que el TJCE le viene dispensando, es evidente que este importante precepto debe determinar un verdadero replanteamiento de la interpretación y aplicación del artículo 86 y conexos TCE.

En este sentido, M. VAQUER CABALLERÍA¹⁴ ha llamado agudamente la atención sobre el hecho de que el artículo 86 TCE habla no de servicios económicos de interés general sino de servicios de interés económico general. Lo que significa que el carácter económico se predica no de los servicios mismos, que no son tales por naturaleza, sino del interés. Lo determinante no es, pues, la índole de la actividad, sino la entidad y el alcance del interés general al que sirve la configuración jurídica de dicha actividad, su régimen. Con independencia, pues, de las clasificaciones que de las actividades o servicios puedan establecerse, el criterio jurídicamente decisivo es ajeno a las mismas y juega en el plano previo del orden jurídico (en último término el constitucional, interno y comunitario), pues de éste (de la ponderación de los valores y bienes por él consagrados) depende la legítima concernencia de los sujetos, privados y públicos, por determinados objetos (actividades, servicios). Pues todo interés expresa una relación de concernencia: el hecho de que un sujeto esté concernido por un objeto. Siendo la ponderación de los expresados valores y bienes lo propio de la tarea de desarrollo constitucional del legislador, el interés público o privado es el resultado de aquélla. Cuando tal resultado consiste en la determinación de un interés general-público exigente de la organización de una actividad-servicio en términos que impliquen la restricción o, incluso, la exclusión de la libre competencia en el

¹⁴ M. VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.* en nota anterior.

mercado, es claro que comporta la eliminación de lo restringido o excluido como legítimo objeto de concernencia, es decir, interés por los sujetos privados. Pues la libertad de empresa es un derecho que sólo puede ejercerse en el mercado, tal como éste esté delimitado (incluso negativamente) en cada momento por el ordenamiento jurídico.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 86.2 TCE el fundamento de la restricción o exclusión del mercado radica exclusivamente en la determinación de una misión de interés general. Dicho en otros términos: estriba no en la naturaleza de la actividad o el servicio, de la que pudiera deducirse su pertenencia al mercado, sino en la adecuación de la organización de la provisión de los bienes o la prestación de los servicios a las exigencias de los valores y los bienes jurídicamente protegidos que sean pertinentes. En palabras de M. VAQUER, la distinción no es descriptiva, sino prescriptiva, como desde luego confirma el artículo 16 TCE. Las coordenadas comunitario europeas así definidas encajan perfectamente con el marco constitucional español ya analizado.

3. El tratamiento actual del servicio público en la doctrina y en la práctica administrativa y jurisprudencial

Tras la Constitución, la doctrina ha pasado a situar la cuestión analizada, en efecto, en el contexto del «orden constitucional económico» y a identificar, por ello, la reserva de servicios esenciales a la Administración, en virtud del artículo 128.2 CE, con el ámbito del tradicional servicio público, lo que significa la caracterización de éste, en principio, por relación a i) la reserva (entendida como exclusión del acceso de los particulares a la actividad); ii) la titularidad pública de la actividad; y, por tanto, iii) el monopolio de *iure*, aunque no necesariamente de *facto*, por parte de la Administración¹⁵. Sin embargo, ya del propio tenor literal del expresado precepto constitucional resulta que la reserva no se identifica con monopolio, pudiendo reducirse a la habilitación para el desarrollo de la correspondiente actividad¹⁶. En todo caso, la identificación del ámbito del servicio público con la reserva entendida en sentido amplio responde a la necesidad de incluir en ésta y, por tanto, en el supuesto del artículo 128.2 CE todas las variantes del género dogmático «servicio público».

¹⁵ En este sentido, G. ARIÑO ORTIZ, «Servicio público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)», en la obra colectiva *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del S. XX*, Homenaje al Profesor Garrido Falla, Ed. Complutense, Madrid 1992; R. GÓMEZ FERRER, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al Profesor E. García de Enterría, Madrid 1991; y S. MARTÍN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, Ed. La Ley, Madrid 1988.

¹⁶ No es preciso entrar a analizar aquí la cuestión, planteada por S. MUÑOZ MACHADO, de si la habilitación no coloca a la Administración en posición igual a la iniciativa privada por impedirlo la preferencia que ha de reconocerse, dado su carácter, a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE. En todo caso, no se comparte la posición de dicho autor.

Puede decirse, pues, que en el orden constitucional caben tres opciones de organización (con intervención diversa de la Administración) de servicios esenciales: i) la de la reserva en exclusividad o monopolio en favor de la Administración; ii) la de la reserva habilitante de la actuación de ésta; y iii) la de la actuación de la misma sobre la base de la directa habilitación constitucional de la iniciativa económica¹⁷. Es desde luego la interpretación del marco constitucional que mejor se acomoda al Derecho comunitario europeo y la que está en la base del sistema organizativo establecido para la Administración General del Estado por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de dicha Administración: diferenciación entre i) la organización-actividad administrativas (centralizada –Ministerios/Delegaciones del Gobierno– y descentralizada –Organismos Públicos en la variedad de Organismos Autónomos–) propiamente dichas o «sector público» en sentido estricto; ii) la organización-actividad de dación de bienes y prestación de servicios «cercanos» o «próximos» al sector público (Organismos Públicos en la variedad de Entidades Públicas Empresariales); y iii) la organización-actividad de dación de bienes y prestación de servicios «análogos» al sector privado (sociedades mercantiles)¹⁸. La más reciente jurisprudencia contencioso-administrativa es desde luego totalmente consistente con ella: la STS de 24 de enero de 2000 (RJ 2000/331) señala que mientras la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales constituye la esencia del servicio público (art. 128.2 CE), el interés general supone una subordinación al mismo que trae consigo limitaciones de carácter especial, permitiendo la prestación de un servicio en libre competencia pero condicionada a obligaciones concretas.

La novedad del actual tratamiento doctrinal del servicio público consiste en la doble identificación de: i) su concepto formal, subjetivo, orgánico o estricto con las características no de la actividad, sino precisa y únicamente de las técnicas organizativas de la provisión o prestación de éste; y ii) su concepto amplio, objetivo o funcional con las características de la provisión o prestación de que se trate y no de su organización, es decir, con las notas de continuidad, regularidad, igualdad de acceso y trato, universalidad, adecuación al progreso técnico, control precios, etc. Sin perjuicio de que estas últimas notas se den también –con mayor razón incluso– en las actividades de provisión o prestación organizadas como servicios públicos en sentido estricto, lo decisivo es su permanencia –exclusivamente sobre la base del interés general– a pesar de una distinta organización de las correspondientes actividades (despublicación), incluso en la hipótesis de la entrega de éstas al mercado. La razón es obvia: la paralela subsistencia de la causa de tales notas, que no es otra que el interés general. Bajo la Constitución se da, pues, la continuidad de la tradicional noción de servicio público objetivo o, mejor, de servicio público funcional, en términos que lo hacen equivalente a la noción comunitaria europea de servicio de interés general.

¹⁷ Existen, sin embargo, opiniones doctrinales que matizan en mayor o menor medida el expuesto abanico de soluciones. Véase G. FERNÁNDEZ FARRERES, op. cit. en nota núm. 1.

¹⁸ Se trata de una caracterización esquemática, que prescinde tanto de fórmulas intermedias, como de fenómenos singulares como el de las organizaciones llamadas «independientes».

El cambio producido no afecta, pues, a las necesidades sociales y el requerimiento de su satisfacción adecuada. Afecta a esta última satisfacción, que, en el marco constitucional, admite una pluralidad de soluciones organizativas, que van desde el extremo representado por el mercado sin más, pasando por toda la gama de restricciones-correcciones a éste justificadas en y proporcionadas al interés general pertinente, hasta el otro extremo: la exclusión del mercado y la reserva en exclusiva a la Administración. En palabras de la STC 127/1994, de 5 de mayo (referida a la televisión, pero perfectamente generalizable), la noción de servicio público es una técnica que –al igual que otras constitucionalmente posibles– puede permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las actividades públicas y privadas. Es una técnica de organización de la satisfacción de necesidades públicas. Una técnica, procede añadir, que presenta variedades, siendo la del servicio público formal, orgánico, subjetivo o estricto tan sólo una de ellas, precisamente la de intervención pública más enérgica.

La jurisprudencia contencioso-administrativa responde ya plenamente al cambio experimentado por el servicio público, como resulta de las siguientes pronunciamientos:

1. La atención a intereses privados que es inherente a entidades de este carácter (intereses privados de un colectivo, colectividad, grupo) es extraña a la noción de servicio público [STS de 19 de junio de 1979 (RJ 1979/2960)].

2. (1) En el sistema constitucional (art. 128.2 CE) se da la coexistencia de los dos sectores económicos, privado y público, que constituyen el que se ha dado en llamar sistema de economía mixta, con apartamiento del sistema que prima el principio de subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada, alcanzando ambas idéntico rango constitucional.

2. (2) Mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos (art. 38 CE), todas las actuaciones de los órganos de la Administración pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 CE), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a éstas últimas el art. 31.2 CE también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación.

2. (3) La coexistencia de la empresa pública (art. 128.2 CE) y privada (art. 38 CE) en el marco de la economía de mercado, sumada a la pertenencia de España a la Comunidad Europea, implica la libre competencia y su consecuencia: la aplicación de unas mismas reglas para ambos sectores, sin que la competencia pueda falsearse. Por tanto, la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación y que en el curso de ésta la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno ni directo ni indirecto a las mismas reglas de la libre competencia que rigen en el mercado.

2. (4) El principio de especialidad de la empresa pública exige determinar con rigor y precisión el objeto de ésta.

2. (5) Es preceptiva la justificación del consejo u oportunidad por el interés público de la creación de la empresa.

[STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989/7352)].

También el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia se ajusta plenamente a las nuevas coordenadas del servicio público:

a) Los ámbitos de actividad de sociedades municipales no incluidas en el art. 25 LrBRL no pueden ser consideradas gestión de servicios públicos. Por tanto, éstos han de ser referidos al ejercicio de una actividad económica, no constitutiva de servicio público, que atribuye a quien la realiza –el Ayuntamiento o la persona creada al efecto– la condición de empresario plenamente sometido, en su actividad dirigida al mercado, a las normas que lo regulan, entre ellas la de defensa de la competencia¹⁹ [R. de 26 de mayo de 1997 (AC 1997/1215)].

b) Por el contrario, cuando las actuaciones denunciadas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia presentan de modo evidente carácter administrativo, cual sucede con las referibles a los artículos 25 LrBRL – que contempla como de la competencia municipal, entre otros, el suministro de agua, la recogida y el tratamiento de residuos, el alcantarillado y el tratamiento de aguas residuales– y 26 LrBRL –que determina que los Municipios deben prestar los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, etc.–, a dicho carácter ha de estarse, pues para dichas actividades se declara la reserva a favor de las entidades locales en el artículo 86.3 LrBRL, pudiendo la prestación del servicio gestionarse de forma directa o indirecta [R. de 10 de abril de 2000 (AC 2000/4770)].

c) Cuando una Administración (en el caso, un Ayuntamiento) no actúa como operador económico, sino en el ejercicio de sus potestades legales, la Ley no atribuye a Tribunal de Defensa de la Competencia facultades para enjuiciar las disposiciones reglamentarias dictadas por los órganos de aquélla en el ejercicio de sus atribuciones legales ni para dictar resoluciones ejecutivas o declarativas en relación con su validez y eficacia, correspondiendo esas facultades de forma exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria, conforme resulta de lo dispuesto en el art. 1 de la LRJ-CA [R. de 23 de julio de 1999 (AC 1999/8122)].

d) De esta suerte se explica que, los excesos de un concesionario de transporte interurbano, aunque tenga una posición dominante, deben ser corregidos no por el Tribunal de Defensa de la Competencia, sino por la Administración concedente en ejercicio de sus potestades públicas [R. de 20 de octubre de 2000 (AC 2000/291663)].

¹⁹ Según la propia resolución, los artículos 86 LrBRL y 96 y 103 TRRL permiten a las entidades locales el ejercicio, a través de sociedades mercantiles, de la iniciativa pública de actividades económicas en régimen de libre concurrencia respecto de las actividades de utilidad pública prestadas dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes, en cuyo caso no resulta necesario acudir a los sistemas de contratación previstos en el TRRL.

IV. EL SERVICIO PÚBLICO HOY; SU SIGNIFICADO Y ALCANCE

Así pues, la noción de servicio público prestacional, lejos de sufrir el eclipse que se ha venido vaticinando casi como un lugar común, goza hoy de buena salud y experimenta –al compás de la transformación del Estado que es propia de nuestra época– una verdadera clarificación y, por tanto, una recobrada trascendencia para la efectividad del orden constitucional en punto al *status* del ciudadano. El contexto es, así, el de un Estado que, desde la responsabilidad universal por las condiciones de vida en sociedad, tiene a su disposición una pluralidad de opciones (tantas cuantas quepan en el marco constitucional-comunitario) para la organización de la satisfacción de las necesidades colectivas, entre las que la elección ha de guiarse por los intereses decantados desde el concreto orden constitucional-comunitario concretamente relevante. En este contexto, en el que la clave es la definición del interés que debe predominar en cada caso, en cuanto determinante de la delimitación –necesariamente evolutiva– de los espacios de lo público y lo privado, la noción de servicio público opera simultáneamente (a partir de la solución del mercado, pertinente cuando éste sea suficiente para –funcionando con su propia lógica– cubrir las necesidades sociales; supuesto en que desde luego el sector público puede concurrir con la empresa privada gracias a su iniciativa económica):

En el plano funcional: como equivalente a prestación de determinadas características –regularidad, calidad, solidaridad, acceso en igualdad, precio asequible, etc.– requerida por el interés general con independencia del sujeto que la desarrolle, es decir, sin exigir una organización público-administrativa de la provisión de los bienes o el suministro de los servicios correspondientes. En esta hipótesis la gama de las soluciones posibles es variada, pues el interés general demanda exclusivamente la «corrección» –conforme al principio de proporcionalidad– de las insuficiencias del mercado y, apelando a la responsabilidad última estatal, pone en manos del poder público potestades concretas y graduadas de intervención en el mercado, cuya manifestación más significativa es la imposición de obligaciones justamente de servicio público, hasta alcanzar la llamada obligación de servicio universal. La realización de este servicio público objetivo o funcional se produce a través de técnicas variadas: la regulación-reglamentación del sector; la declaración del interés público concreto con compensación de sus consecuencias económicas (subvención); o la restricción variable del mercado (derechos especiales).

En el plano subjetivo-orgánico: como equivalente a prestación de características determinadas (las mismas que en la hipótesis anterior) respecto de la que el interés general que se hace presente exige ya que el Estado, en función de la responsabilidad que en las condiciones sociales le incumbe, articule una organización específica de la satisfacción de las correspondientes necesidades sociales, concretamente en términos tales que hagan de la actividad así organizada un sector «cercano» o «próximo» a la Administración en sentido y que pueden, en concreto, tener una doble concreción: i) la habilitación de la acción pública (para la garantía de la prestación y

sin exclusión de la iniciativa privada); y ii) la reserva a favor de la Administración con exclusión del acceso directo de la iniciativa privada (otorgamiento de derechos exclusivos), pero sin prejuzgar la forma de gestión (que es cuestión organizativa interna al sector público).

La clave del servicio público en cualquiera de sus variantes es, pues, la presencia siempre del pertinente interés general capaz de otorgar soporte a la opción concreta para la organización de la satisfacción de las necesidades sociales. El interés general es, así, el elemento explicativo y justificativo del entero servicio público, en tanto que legitima y determina la intervención, de diverso alcance y siempre conforme con el orden constitucional-comunitario europeo, del poder público y, por tanto, la organización de la referida satisfacción de la necesidad colectiva; la forma de provisión o prestación de los bienes o servicios; y, por tanto, el régimen jurídico exorbitante del común que sea preciso (en términos del principio de proporcionalidad) para asegurar la continuidad, regularidad, calidad y adecuación al progreso técnico de tales provisión o prestación, así como el acceso a ellas en igualdad de condiciones y a precio asequible a todos los ciudadanos.