

# SERVICIO PÚBLICO Y MERCADO (\*)

GERMAN FERNANDEZ FARRERES

1. El mercado, la competencia, la liberalización económica, las privatizaciones y el repliegue del sector público, la llamada desregulación o, como telón de fondo, la reconsideración de la amplitud alcanzada por el conjunto de prestaciones públicas económicas y sociales, son todos ellos, entre otros más similares, fenómenos que han pasado en la última década a marcar el rumbo de las políticas públicas o, al menos, a estar en el centro del debate de hacia donde debe encaminarse el Estado social. Más allá del sesgo de las acciones públicas en cada momento desarrolladas, parecen haberse consolidado en lo sustancial algunas concepciones básicas que hasta hace bien poco marcaban significativas diferencias ideológicas y que ahora no son ya, en general, discutibles. Con gran rapidez esas diferencias han ido perdiendo fuerza, casi difuminándose. Resultan, desde luego, minoritarias aquellas posiciones que se desmarcan de la ya arraigada idea de que el Estado debe someterse a una intensa cura de adelgazamiento que libere espacios para el juego de las iniciativas privadas. Aunque no es menos cierto que su puesta en práctica no deja de evidenciar resistencias y graves contradicciones.

Estas circunstancias, sobre todo en lo que atañe singularmente a la actividad económica, se han generalizado en la práctica totalidad de los países desarrollados. De manera significativa, en el contexto en el que nos situamos, la Unión Europea se ha colocado a la cabeza del movimiento de reforma que está provocando trascendentales cambios. Cambios que inciden en no pocas de las instituciones y técnicas jurídicas con arreglo a las cuales ha venido actuando la

---

(\*) SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos. II. Las telecomunicaciones. III. La televisión. IV. El sistema eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998.

Administración. Entre ellas, de manera destacada, en el servicio público, una de las más señeras del Derecho Público, a pesar de que, desde su mismo origen, ha estado acompañada de cierto halo misterioso por la multivocidad misma de la expresión y su pretendida capacidad para explicar globalmente la propia posición de la Administración en sus relaciones con los particulares.

La cuestión que se plantea no es menor, ciertamente. Se proyecta en un aspecto central de la actividad administrativa y, más aún, del Estado social de Derecho. Por tanto, en su trascendencia para el Derecho Administrativo y, en general, para el Derecho Público, no será preciso insistir.

2. El catedrático de la Complutense de Madrid, Santiago Muñoz Machado, ha asumido el reto de analizar las consecuencias que la liberalización económica y el potenciamiento del mercado competitivo —signos del momento presente e irremisiblemente de las décadas venideras— están teniendo en esa tradicional categoría del servicio público. También, los problemas que están suscitando y los reajustes conceptuales y técnicos que obligan a introducir en dicha categoría, máxime cuando no se puede simplificar de manera abrupta, procediendo poco menos que al levantamiento de su acta de defunción, tal como algunos parecen proclives a hacer.

No es la primera vez que el profesor Muñoz Machado acomete una empresa de semejante envergadura. Bien presente sigue estando su pionero *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (1982 y 1984), monumental obra en dos tomos en la que, cuando aún todo eran sombras, dejó ya fijado el significado y operatividad de cada uno de los conceptos y técnicas jurídicos con los que articular la nueva estructura territorial del Estado. Poco más tarde, anticipándose prácticamente a los acontecimientos, en su libro *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea* (1986), explicó los principios y reglas ordenadores de las relaciones del Estado y las Comunidades Autónomas con la Comunidad Europea y entre sus respectivos ordenamientos jurídicos. Algunos otros ejemplos de la capacidad de Muñoz Machado para detectar mucho antes que la mayoría los problemas y dificultades y para prever de antemano las soluciones podrían añadirse, pero no dedicaré a ello más espacio.

La obra que acaba de publicar bajo el título general *Servicio Público y Mercado*, responde con fidelidad a las características de sus anteriores aportaciones bibliográficas que sumariamente acabo de indicar. En esta ocasión, quizá, desbordando lo razonablemente previsible, porque la obra se resume, nada más ni nada menos, que en cuatro tomos con un total de más de mil páginas. Cuatro tomos que componen, desde luego, una unidad, pero cuatro tomos que son, a la vez, cuatro completas monografías. En el primero, bajo el subtítulo «Los Fundamentos», se formula una teoría general sobre el servicio público,

básicamente desde la perspectiva constitucional y desde las transformaciones que la introducción de la competencia está imponiendo. Pero tal construcción no está asentada, a la vez, sino en el análisis minucioso de tres sectores económicos presididos por la declaración de servicio público. No son los únicos, desde luego, aunque sí los más significativos. Además, como el mismo autor señala, su análisis particularizado permite comparar los contrastes que ofrece la diferente aplicación, según los casos, que se ha venido dando a la idea de servicio público como criterio determinante de la regulación legal de cada uno de ellos. Así, el tomo segundo está dedicado a las Telecomunicaciones, el tercero a la Televisión y el cuarto al Sistema Eléctrico.

3. La reflexión que aporta está apoyada, por de pronto, en un análisis minucioso y muy completo de las decisiones de la Comisión y de las sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que han ido levantando el sistema de competencia y perfilando las reglas del mercado libre y sus excepciones. También de la jurisprudencia constitucional. Las referencias bibliográficas, a pesar de su extensión en algunos casos, son las ajustadas a cada cuestión tratada, sin incurrir en esos excesos que, propiciados por las bases de datos, están comenzando a ser tan habituales.

La obra, ya lo he anticipado, no es un agregado de análisis sobre materias diversas que, bajo el paraguas del servicio público, se hayan agrupado para presentarse formalmente como una unidad. No, la obra tiene a lo largo de sus cuatro tomos un hilo conductor claro, centrado en el objetivo de precisar cómo el mercado y la competencia obligan a rectificar las aplicaciones que de la categoría del servicio público se han venido haciendo y cómo se puede recomponer dicha categoría. Y es que el proceso de desarticulación progresiva de los monopolios públicos suscita, en efecto, el capital problema de cómo garantizar, dados los nuevos criterios de actuación y prestación de los servicios en régimen de competencia, que la extensión de los mismos alcance a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y de continuidad.

De este modo, en el tomo I, bajo la rúbrica «Los Fundamentos», se sale al paso de la tesis mantenida por algunos de que la liberalización y la privatización obligan a dar por liquidados los servicios públicos. Para ello, Muñoz Machado analiza los orígenes mismos de los primeros servicios económicos atribuidos al Estado y la progresiva conformación de la ideología del servicio público incorporada finalmente a las Constituciones vigentes. El resultado al que se llega es que la aplicación a los servicios públicos de carácter económico de las reglas sobre libre competencia supone una profunda mutación de los principios de organización y régimen jurídico que han ordenado su funcionamiento. Pero esa transformación no equivale a su desaparición. La cuestión,

sin embargo, estriba en el alcance del cambio y si, en realidad, lo único que no se arrumba es sencillamente el *nomen iuris*, el término servicio público, pero sí su contenido sustancial, o, al menos, dada la pluralidad de contenidos que la doctrina ha incluido bajo esa categoría, el que en algunos casos el legislador no ha dudado en atribuir al servicio público. Al final, pudiera parecer que todo se diluye en un problema terminológico, en un ponerse previamente de acuerdo en qué se entiende por servicio público, porque de ello depende definitivamente que mercado y servicio público puedan o no compatibilizarse.

La tesis que se mantiene sistemáticamente a lo largo de toda la obra, aunque de manera más desarrollada en el tomo primero, es que la categoría de servicio público —dicho ahora, naturalmente, de forma muy esquemática— es de construcción doctrinal y que, como tal, presenta múltiples variantes, sin que el artículo 128.2 de nuestra Constitución haya sancionado una concreta y determinada interpretación doctrinal de esa noción. A partir de aquí se explica que el señalado precepto constitucional no obliga a que las reservas «se hagan siempre en exclusiva», lo que permite que se realicen sin que la Administración monoplice la titularidad —mucho menos la gestión— y sin que, por tanto quiebre la libre iniciativa económico privada. Con ello se salva, de entrada, la difícil, por no decir imposible, compatibilidad entre el servicio público y la libertad de empresa, pues si el contenido esencial de esta libertad está constituido por la libertad de acceso al mercado bajo los principios de igualdad y de libertad de competencia (SSTC 88/1986 y 17/1990), por la libertad de ejercicio o de permanencia en el mercado, que implica la libertad del empresario para determinar las circunstancias, la organización interna y externa de la empresa, así como el modo o forma de realización de su actividad económica, y por la libertad de cesación o salida del mercado, esa libertad de empresa, con ese contenido, no sería reconocible en aquellos sectores económicos en los que se haya procedido a la reserva estatal en términos de exclusividad. En tales casos, y en la medida en que se acceda por el legislador o por la propia Administración a la gestión indirecta de la actividad en régimen de concurrencia, podrá existir cierta competencia, pero no, desde luego, libertad de empresa con el alcance señalado. Por ello, la posibilidad de la reserva sin exclusividad solventa con habilidad el problema. La tesis, de todas formas, no deja de suscitar dudas.

La reserva sin exclusividad, ante todo, se diluye en una mera habilitación específica para que la Administración intervenga en un sector determinado —el que es objeto de la reserva—, sin perjuicio de la participación concurrente de las empresas privadas. O dicho en otros términos: la reserva que posibilita el artículo 128.2 de la Constitución pasa a ser —siempre según la interpretación que mantiene Muñoz Machado— una habilitación a la Administración para que ejerza, en concurrencia con empresas privadas, la actividad empresa-

rial en el sector o servicio reservado. Claro es que con ello termina siendo superflua, quedando vacía de contenido, la previsión del mismo precepto constitucional que, reconociendo abiertamente, y sin condicionamiento alguno, la iniciativa pública empresarial, vino a superar anteriores planteamientos subsidiarios de esa iniciativa respecto de la iniciativa privada, lo que el propio autor advirtió tempranamente (en su colaboración en el volumen colectivo *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, 1980, págs. 333-334).

En cualquier caso, el servicio público, desvinculado así de la interpretación del artículo 128.2 de la Constitución que ha identificado la reserva de servicios esenciales mediante Ley con titularidad pública, resulta compatible con el hecho de la apertura a la iniciativa privada de los mercados hasta ahora reservados al sector público. El acceso a esos mercados competitivos no estará ya yugulado por el servicio público, ni la técnica concesional será necesaria para posibilitarlo, abriéndose paso otros títulos habilitantes, como la autorización y la licencia individual. El servicio público, en fin, complementará la competencia consustancial al mercado, imponiendo ciertas restricciones que, sin embargo, no supondrán la negación de los derechos fundamentales y, entre ellos, la libertad de empresa en régimen de competencia.

El nudo gordiano de toda la construcción, si no me equivoco, radica en esta fundamental cuestión. Ciertamente, otras muchas más, de gran relevancia, son analizadas minuciosamente a partir de esa premisa (por ejemplo, la posición de la empresa pública en el mercado y la libre competencia, los servicios de interés general y sus reglas de funcionamiento, los organismos reguladores independientes, las obligaciones de servicio público y, en particular, el servicio universal y su financiación, las técnicas de intervención en el ejercicio de actividades económicas y el desplazamiento de la concesión a favor de otros títulos habilitantes, etc.), pero, a mi juicio, lo verdaderamente notable del esfuerzo de construcción que se realiza a todo lo largo de la obra estriba en lograr ese complejo equilibrio que permita conciliar las exigencias del mercado y de la competencia con las que han justificado tradicionalmente el servicio público (básicamente, la efectiva implantación de las infraestructuras y la igualdad de acceso de los ciudadanos a las prestaciones ofertadas, la continuidad en la actividad y en las prestaciones, la adaptación a las necesidades cambiantes de los usuarios, la calidad del servicio y otras más, que han determinado también, con frecuencia, la monopolización por el Estado).

4. El tomo segundo está dedicado a las telecomunicaciones, sector tradicionalmente monopolizado por el Estado que está sumido en un amplio proce-

so de liberalización económica y, por tanto, de apertura a la competencia del mercado.

Tras exponer las claves de la formación y organización tradicional de los servicios de correos y teléfonos, en este tomo se encontrará una explicación detalladísima y perfectamente comprensible —a pesar del ingrediente técnico de la materia, que con frecuencia dificulta la comprensión de las reformas emprendidas— de la política comunitaria europea que ha desencadenado la apertura de las telecomunicaciones a la competencia. Desde la fundamental Sentencia *British Telecommunications*, de 20 de marzo de 1985, y el Libro Verde de las Telecomunicaciones de 30 de junio de 1987, el autor recuerda, paso a paso, como se han ido resquebrajando progresivamente los monopolios nacionales, a base de ir abriendo a la competencia los terminales de comunicaciones, luego los mercados de servicios de telecomunicaciones, posibilitando más tarde el acceso a las redes públicas, y culminando, en fin, con la liberalización de las infraestructuras y de los más característicos servicios, los llamados servicios finales de telecomunicación (por antonomasia, la telefonía vocal básica). Junto a ello, se exponen los principios del nuevo marco regulador de las telecomunicaciones, entre los que destacan los relativos al servicio universal y a la interconexión e interoperatividad de las redes. El estudio se completa con un recorrido por las reformas acometidas en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, para abordar en la parte final el análisis del proceso de liberalización en España, a partir de la regulación que desfasadamente sancionó la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987.

En este sector se aprecia con claridad que el servicio público ha marcado irremisiblemente el régimen de monopolio que ha caracterizado a los diversos servicios de telecomunicaciones. Tanto que aquí no hay lugar a dudas en orden a deshacerse de la vieja noción —por las consecuencias que conlleva— para dar entrada a la de servicios de interés general en régimen de competencia. El cambio fundamental consiste en que ya no todo el sector de las telecomunicaciones puede ser calificado como servicio público, lo que no quiere decir que las telecomunicaciones dejen de ser actividades de interés general que, situadas en la órbita de las empresas privadas, necesariamente conllevan la imposición de cargas y misiones de servicio público.

Por otra parte, la crítica que se hace a la utilización de la concesión como título habilitante es contundente (de «dogma utilizado con una rigidez realmente inadecuada», la califica en la pág. 213 de este tomo segundo), explicándose el alcance de los títulos alternativos (autorizaciones generales y licencias individuales) que han de permitir el acceso al mercado, aunque es lo cierto que no siempre resulta fácil aislar los elementos diferenciadores entre la concesión de servicios y las licencias individuales.

Por último, entre los principios del nuevo marco regulador de las telecomunicaciones, se da cuenta del problema central de cómo poder articular el acceso a las redes ya establecidas, requisito *sine qua non* para abrir el mercado a nuevos operadores, pues fácilmente se comprende que la duplicación, y menos la multiplicación, de las infraestructuras de redes no resulta en términos generales viable. Se fijan también las fórmulas adecuadas para garantizar las obligaciones de servicio público y, en particular, el servicio universal, en el nuevo contexto presidido por la competencia entre los diversos operadores. Y concluye el estudio de esos principios con una referencia a la organización y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como organismo regulador fundamental de las telecomunicaciones.

5. El servicio esencial de la televisión es analizado monográficamente en el tomo tercero. Aquí se ensaya una reconstrucción del régimen jurídico de la televisión a partir de la situación actual, en la que, tras no pocos esfuerzos, se logró superar el monopolio de gestión pública y, posteriormente, establecer un marco normativo para el desarrollo de las televisiones locales, por cable y por satélite.

El punto de partida, una vez más, es el servicio público, o, más propiamente, la declaración de la televisión como un servicio esencial reservado al Estado. Pero la crítica de Muñoz Machado a la actual situación normativa no alcanza a esa declaración de servicio público —antes bien, defiende su conveniencia y razonabilidad—, sino que se centra en el contenido que, a su juicio, indebidamente se ha dado a la reserva, forzando a que la presencia privada en el sector se haya instrumentado a través de la técnica concesional. Aquí lo urgente no es abrir el sector de la televisión, en sus diferentes modalidades técnicas, al mercado, pues en parte ya lo está, sino de reordenarlo y de hacerlo justamente sin abandonar el criterio del servicio público.

Lo que sucede es que el servicio público ha de reorientarse, pasando a tener reflejo en lo que hasta ahora no lo ha tenido, en los contenidos y programaciones de las televisiones, aunque no necesariamente en los de todas esas televisiones. Se marca así la distinción, ya reclamada en anteriores trabajos del mismo autor (singularmente en su libro *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, 1993), entre televisiones de servicio público (aquellas que emiten programas en los que la razón económica no es la determinante) y televisiones que no cumplen esas funciones o televisiones comerciales. La distinción, desde luego, no se vincula de manera ineludible a la titularidad de las empresas gestoras, si bien lo razonable es que las de titularidad pública garanticen en todo caso el primer tipo de televisión. Las consecuencias, en fin, de esa distinción son enormes cuando se busca racionalizar la financia-

ción de las empresas televisivas y fijar un marco de relaciones coherente entre todas ellas.

La propuesta es acorde con la interpretación previa del artículo 128.2 de la Constitución, antes referida en su contenido básico. Más problemática me parece, no obstante, cuando no cuestiona, al menos de forma más decidida, las restricciones que para acceder al mercado de la televisión se han consolidado al amparo de esa reserva estatal. Ello lleva al autor a que su crítica, por ejemplo, a la jurisprudencia constitucional recaída en la materia se ciña a señalar el error en el que, a su juicio, ha incurrido «al confundir dos conceptos de servicio público que no son idénticos», ya que las correlaciones «servicio público equivale a actividad de titularidad pública (estatal en el caso de la televisión)» y «la gestión por los ciudadanos de este servicio debe hacerse necesariamente mediante concesión», son -insiste en este extremo- «de una rigidez dogmática incomprensible y sin parangón en el ámbito europeo». De ahí que añada que «el TC podría haber salvado perfectamente todas estas contradicciones estableciendo que la noción de servicio público de la televisión no es necesariamente parangonable con alguna doctrina concreta, ni con la regulación establecida en la legislación administrativa general» (pág. 140).

Ahora bien, para que todo eso hubiese sido así y para que en el futuro pueda hacerse realidad, es preciso reconocer, en todo caso, que el servicio público no puede seguir operando como lo ha hecho, como un mecanismo condicionante del acceso al mercado de la televisión. Máxime cuando las limitaciones de orden técnico están en trance de quedar definitivamente superadas. Sin embargo, llegados a este punto, Muñoz Machado no ve incompatible con la libertad de empresa que esas restricciones al acceso se sigan manteniendo. Su posición es taxativa, ya que considera que «el legislador —dice en pág. 50—, aunque existiera una posibilidad infinita de conceder canales de televisión, no debería permitir, en buena lógica, la existencia sobre un mismo espacio territorial nada más que de aquéllos que puedan sostenerse económicamente». El problema, claro es, no se le oculta («puede objetarse a una solución de este género que el mercado sirve justamente para depurar las mejores y las peores ofertas, de modo que sólo se mantengan las que están planteadas en términos que los consumidores consideran razonables»), si bien, de inmediato contraargumenta que «este principio que es incontestable como regla de competencia, no suele aplicarse con carácter general a mercados como el de las telecomunicaciones en los que los operadores desarrollan funciones de interés público que es necesario proteger» y que «una de las maneras de hacerlo es evitar la multiplicación de ofertas, sobre todo teniendo en cuenta que son de enorme magnitud las inversiones necesarias para poner en funcionamiento estos servicios». El servicio público, por tanto, también ha de seguir presente en este sector,

aunque los principios de libre competencia en el mercado dual de la televisión obligan a importantes rectificaciones, tanto en el orden organizativo, como en el de la financiación de las televisiones.

El análisis se completa con el estudio de los derechos especiales o exclusivos de los operadores de televisión, el de las reglas tendentes a preservar el pluralismo y a evitar las concentraciones en los medios de comunicación, y el de la regulación de los contenidos de la programación televisiva, que también afecta a la libertad de mercado limitándola.

6. La obra concluye con un tomo tercero relativo al sistema eléctrico. Sistema cuya formación histórica, arrancando inicialmente del dominio público como título de intervención administrativa (municipal) sobre la actividad eléctrica, se analiza en las primeras páginas, pasando por la declaración de servicio público con ocasión del Real Decreto-Ley de 12 de abril de 1924 (aunque estrictamente ceñida al suministro de energía eléctrica), hasta llegar, ya en la década de los ochenta, a la nacionalización de la red de alta tensión que acometiera la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre explotación unificada del sistema eléctrico, atribuyendo la titularidad de la misma a una sociedad estatal. A excepción de esa medida nacionalizadora, el sector eléctrico, aunque progresivamente sometido a una intervención administrativa más intensa, ha estado caracterizado, no obstante, por el especial protagonismo de las empresas privadas propietarias de los medios de generación y de transporte de la energía eléctrica, que, a través de UNESA, han gestionado por sí mismas el conjunto del sistema mediante la interconexión de las redes, la puesta en práctica de un sistema de «repartidor de cargas» y un mecanismo retributivo de las empresas basado en compensaciones, en función de determinados costes, que han permitido el establecimiento de unas tarifas tope unificadas y más tarde el sistema integrado de facturación.

Lo que sucede es que la ordenación del sistema ha provocado notables limitaciones a la libertad de empresa y a la competencia entre las empresas que participan en el mercado de la electricidad, sin que, más allá del suministro y de la explotación unificada del sistema eléctrico nacional, haya sido necesaria formalmente la técnica del servicio público para la materialización de esos resultados. Con todo, las restricciones se hicieron mucho más importantes a partir de la reforma de 1984, a pesar de que las actividades de producción, transporte y distribución siguieran al margen formalmente del servicio público. Se evidencia así, una vez más, que el servicio público no conlleva ni determina un régimen jurídico concreto y plenamente diferenciado, y que, por tanto, hay que estar ante todo a éste y no apriorísticamente a aquella calificación. Para Muñoz Machado, la declaración de servicio público hay que relativizarla necesaria-

mente, siendo incluso más coherente seguir afirmando que no todo el sistema eléctrico se incluye en la órbita del servicio público, a pesar de que las actividades no incluidas se encuentren fuertemente reglamentadas (la conclusión es contundente, en pág. 73: «Empeñarse en calificar como “servicio público” todas las actividades que integran el sistema eléctrico cuando la Ley no lo ha hecho, es un ejercicio que no conduce absolutamente a ninguna conclusión que sea jurídicamente relevante»).

La inexistencia de competencia, como consecuencia de la intensa reglamentación y de la dirección y gestión única de todo el sistema eléctrico, comenzó a resquebrajarse, de todas formas, con la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, y ese proceso ha recibido un significativo impulso con el Protocolo «para el establecimiento de una nueva regulación del Sistema Eléctrico Nacional», suscrito por las principales empresas productoras y distribuidoras de electricidad y por el Ministro de Industria y Energía el 11 de diciembre de 1996, que ha deparado la aprobación de la nueva Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. La Ley 40/1994, un tanto tímidamente, abrió cierta competencia mediante la previsión del llamado sistema independiente —sistema complementario, más que alternativo, del sistema integrado—, a fin de que una parte de la producción eléctrica pudiera ser vendida y comprada según las reglas de la oferta y la demanda. También se previó, como actividad separada de la de distribución, la actividad de comercialización, sujeta a simple autorización y sin que su ejercicio conlleve derechos exclusivos. Algunas otras manifestaciones de apertura a la competencia o de preparación a esa apertura pudieron detectarse en la Ley de 1994 (por ejemplo, en relación con la libertad de acceso a las redes de transporte y distribución, o, más destacadamente, al crearse la Comisión del Sistema Eléctrico, pieza esencial del derecho público de la competencia en el sector).

Estos atisbos de apertura, más simbólicos que efectivos, han encontrado continuidad en la nueva Ley 54/1997, que da un paso adelante en ese movimiento de apertura del sector eléctrico a la competencia. Aunque la Ley como tal no ha podido ser tenida en cuenta por el autor, sí lo ha sido el Proyecto de Ley, sin que se hayan registrado entre una y otro cambios destacables. De este modo, tras un completo análisis del Protocolo de diciembre de 1996 y del Informe preliminar sobre el mismo que elaboró la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, se exponen los nuevos principios de organización de la competencia en el sector que ha incorporado la reciente Ley de noviembre de 1997. No procede ahora ni tan siquiera intentar un apretado resumen de esos principios, pero sí debo destacar que la nueva Ley prescinde de la declaración de servicio público de la «explotación unificada» y remite la gestión económica y técnica del sistema a dos sociedades privadas que no podrán ya estar totalmen-

te controladas por las empresas del sector eléctrico. Se procede, pues, a una privatización de una función pública que, en cierta medida, aunque sólo parcialmente, supone una vuelta al sistema anterior a la reforma de 1984. El proceso de liberalización se contempla de manera gradual y progresiva, sin llevar la competencia hasta sus últimas consecuencias. Así, la actuación en el mercado no queda totalmente abierta a la libre iniciativa, requiriéndose contar con una autorización administrativa previa y la inscripción en el correspondiente registro administrativo; la adquisición de energía sólo se liberaliza para los grandes consumidores, continuando el régimen de tarifas para los demás consumidores; se regula detalladamente el sistema de retribución de las diversas actividades que componen el ciclo (producción, transporte, distribución); etc. En definitiva, se trata de ir sentando las bases que permitan el paso de un mercado hasta ahora intensamente intervenido a otro basado en la competencia, teniendo bien presente el gran escollo de las situaciones previas consolidadas que representan unos costes enormes (los muy significativamente denominados «costes de transición a la competencia»). La separación de actividades y el papel reservado a la Comisión del Sistema Eléctrico en la regulación y control de esa separación es, en fin, otro elemento fundamental para el avance en la introducción de competencia en el sector.

Por lo demás, ese cambio se enmarca, una vez más, en el contexto más amplio de la política comunitaria europea, empeñada en la construcción de un mercado interior de la electricidad apoyado en las reglas de la libre competencia, aunque conservando algunas de las tradicionales exigencias del servicio público cuando resulten imprescindibles. Sobre este particular, también se da cuenta de la importante Directiva de 19 de diciembre de 1996, por la que se establecen normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y se advierte de su importancia por pequeña que sea inicialmente la introducción de elementos de competencia (como dice Muñoz Machado, en pág. 122, «cuando adviene la competencia, aunque afecte sólo a una parte de ese mercado, produce enseguida una expansión que lo va contaminando poco a poco todo exigiendo que sus reglas se extiendan universalmente y acaben aplicándose a la totalidad del sector»).

7. Hasta aquí las líneas maestras de esta importante obra sobre el servicio público y las rectificaciones que necesariamente impone la apertura al mercado de los sectores calificados hasta ahora con arreglo a esa clásica noción. La misma representa un notable esfuerzo por armonizar las consecuencias de la competencia libre con el mantenimiento de ciertas garantías básicas que, en orden a la prestación y desarrollo de determinadas actividades esenciales para los ciudadanos, no han encontrado, en términos generales, otro cauce que el del

monopolio y la titularidad pública al amparo del servicio público. Este, sin embargo, como muestra Muñoz Machado, no conduce irremisiblemente a esas consecuencias tan radicales, pudiéndose conciliar, a pesar de las dificultades, con las exigencias del mercado y de la competencia.

A partir de aquí, no creo exagerar si digo que se abre una nueva etapa en la que, sin despojarse radicalmente de todo elemento del pasado, terminarán cambiando sustancialmente las bases mismas de un sector central del Derecho Público y aún del propio Estado.