

## "SERVICIO PÚBLICO" EN FRANCIA Y "DASEINSVORSORGE" EN ALEMANIA: CONVERGENCIA DE LOS OBJETIVOS, DIVERSIDAD DE LOS MEDIOS<sup>1</sup>

Johan- Christian Pielow<sup>2</sup>

**RESUMEN:** *No existe, en Alemania, una teoría o, más aún, una práctica del servicio público que, aplicada a actividades específicas llamadas de "suministro", establezca un régimen de excepción enmarcado por el derecho público. El derecho administrativo alemán en su componente económica no tiene por vocación intrínseca legitimar, a través del servicio público, las intervenciones del Estado en el ámbito económico. Así pues, en nombre del principio de separación en lo concerniente al Estado (Staat) y en lo concerniente a la sociedad (Gesellschaft), las actividades de suministro son en primer lugar y sobre todo actividades de empresa; el derecho común se aplica de manera preponderante, incluso en su componente constitucional: libertad de empresa y derecho de propiedad garantizados en la Ley fundamental. En estas actividades, el poder público puede, en nombre de un interés general justificado sociológicamente a través del concepto de "previsión de los bienes y servicios necesarios para la existencia" (Daseinsvorsorge), atenuar por distintas normas legislativas y reglamentarias, la aplicación pura y simple del derecho común. La nueva legislación alemana sobre la energía ilustra muy bien este enfoque diferenciado del marco de ejercicio de actividades de esta naturaleza.*

*La consecuencia en Derecho comunitario europeo es que Alemania reconoce, ciertamente, la existencia del Servicio de Interés Económico General (S.I.E.G.) pero en principio en un marco de ejercicio que es el de la competencia no restringida dentro del mercado común; este marco está, en general, conforme a los derechos y garantías fundamentales reconocidos en Alemania a la empresa privada.*

**PALABRAS CLAVE:** *Derecho administrativo (Francia - Alemania) - Derecho de la Unión Europea (servicio público) - Electricidad - gas - servicio público.*

1 El presente artículo se basa en las investigaciones del autor, y que se han descrito en su tesis de habilitación, titulada: "Estructuras y fundamentos de las actividades de suministro público - Lo que prevén el derecho europeo, el derecho francés y el derecho alemán, y más concretamente en el sector de la electricidad "(Grundstrukturen öffentlicher Versorgung - Vorgaben des europäischen sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft). Esta tesis, sostenida en julio de 1998 en la universidad del Ruhr en Bochum, aparece en una versión actualizada en 2001 en las ediciones Mohr-Siebeck en Tübingen.

Henri COURVAUD tradujo el texto de este artículo desde el alemán al francés. Alejandro VERCARA BLANCO, profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, lo tradujo del francés al castellano. No se incorporan la mayoría de las notas al pie de página.

2 Catedrático de Derecho Económico en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Bochum y Director de los estudios del Instituto de Derecho de la Energía y de Derecho Minero en esa universidad.

## A. INTRODUCCIÓN

Los debates que desde hace algún tiempo, relativos al lugar que ocupan, respectivamente, los servicios públicos o los servicios de interés económico general (en el sentido del artículo 86 § 2 del Tratado de la Comunidad Europea, en lo sucesivo, Tratado CE) en el marco de las normas del mercado común general relativo a la competencia y a las ayudas estatales, conllevan básicamente una divergencia esencial de concepciones: aquélla que defiende el Derecho comunitario, basada en los principios del mercado y la competencia, y aquéllas que defienden los Estados miembros, en torno al concepto de la economía de las infraestructuras (*Infrastrukturwirtschaft*), concepto que es la base de su existencia.

Respecto del agua, del gas, de la electricidad, un suministro razonable en términos cuantitativos y cualitativos y al mismo tiempo a precios ventajosos, que se destinaría a todos los habitantes de una colectividad prevalece hasta ahora en varios Estados miembros. Este enfoque es el mismo para la oferta de los servicios de transporte de viajeros, radiodifusión, correo y telecomunicaciones. Puede extenderse a los servicios de tratamiento de las basuras domésticas y a otras actividades de transporte. Puede extenderse, a veces, a las actividades de crédito y seguridad social. Puede eventualmente acompañarse de un dispositivo y de una organización que, definidos por el Estado, atenten contra las normas de la competencia. Se aplican a estas actividades regímenes jurídicos de formas muy variadas, caracterizadas por la existencia de derechos especiales —e igualmente contrarios a la competencia—. Estos regímenes van de la institución de un monopolio de Estado o de un monopolio garantizado por el Estado, a la instauración de un oligopolio garantizado por el Estado, a la atribución por concurso de una licencia combinada de derechos exclusivos o imposición de limitaciones de ejercicio de actividades al titular de ésta; y, finalmente, a

mecanismos multiformes de subvenciones cruzadas que empresas de suministro, públicas, semi-estatales o privadas pueden practicar.

Encontramos que precisamente el Derecho comunitario toma cada vez más como palabras matrices "el mercado" y "la competencia" en estos sectores hasta el punto de llegar a una situación conflictiva. En efecto, el legislador europeo exige que se abran algunas ramas de estas actividades a una competencia inter-fronteriza. Fue el caso sobre todo del sector de las telecomunicaciones, ahora en el sector energético y también en el sector de los transportes. Todo el mundo sabe que las directivas y los Reglamentos comunitarios que tratan de esta apertura han avanzado mucho desde este punto de vista. Por otra parte, la Comisión Europea efectúa un control sobre algunos monopolios específicos y sobre las ventajas asignadas a algunas empresas, como lo vivieron recientemente las cajas de ahorros comunales y los bancos del Estado Federado en Alemania por ejemplo. Este control comunitario suscita reticencias crecientes y explícitas respecto al cumplimiento de las disposiciones del Tratado CE relativas a la competencia y a las ayudas estatales. En opinión de la Comisión, sólo se podría salir del principio de la competencia excepcionalmente y sobre los únicos fundamentos de un análisis económico en términos de costo/beneficio.

Es especialmente en Francia que esta evolución ha sido examinada con alguna sospecha y esto, desde sus comienzos, en la medida en que se manifestaron inquietudes en este país sobre el mantenimiento del concepto tradicional de *service public*. Por eso no se contentaron con observar pasivamente esta evolución, o con organizar congresos y reuniones de alcance científico, o aun más, de hacer publicaciones especializadas sobre este concepto. En realidad, las reacciones son sobre todo diplomáticas y desde este punto de vista, Francia, se sabe, ha tomado principalmente la iniciativa e hizo inscribir una nueva disposición en el Tratado CE, un artículo 7 D, relativo a los servicios de interés económico general para que forme parte de los principios fundadores de este

Tratado. Del mismo modo, Francia pidió que se respete una exigencia por la cual cada uno tiene derecho al acceso a los servicios de interés económico general. Esta exigencia se introdujo hoy en el artículo 36 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y al respecto, Francia desempeñó un papel activo sobre este tema.

En la óptica alemana, es necesario relativizar el alcance de los notables esfuerzos que se hicieron para que los principios de competencia enunciados por el Derecho comunitario encontrasen un reconocimiento más o menos amplio en Derecho nacional cada vez que existen derechos especiales. Es cierto que este reconocimiento se efectuó por ejemplo, a través de la jurisprudencia comunitaria que interpreta el carácter de excepción contenido en el artículo 86 §2 del Tratado CE – única excepción en derecho de la competencia – o a través de las reflexiones políticas sobre algunas evoluciones jurídicas, siendo especialmente el caso del proyecto de "directiva-marco" relativa a los "servicios públicos". En realidad, este reconocimiento se acompaña al otro lado del Rin de un escepticismo dominante, si no de comentarios críticos. En efecto, se teme que el reconocimiento de un conjunto de normas, cuyo entorno se transcribirá ampliamente en términos muy diferentes, de un país miembro para definir lo que es el "*service public*", conduzca a instaurar en definitiva y de manera irreversible obstáculos a la competencia y por lo tanto, obstáculos a la libre circulación de servicios en el mercado interior comunitario, el cual es un objetivo intrínseco.

Es en este contexto que se hace necesario examinar la heterogeneidad de las normas nacionales que tienen relación con los servicios de interés económico general. Es necesario entonces desarrollar un enfoque jurídico comparado para precisar lo que, con relación al concepto de *service public* en Francia, tiene valor de modelo en Alemania, a saber el concepto de *öffentliche Daseinsvorsorge*. Este enfoque comparativo tiene también otro motivo: en su comunicado del 20 de septiembre de 2000, relativo a los "servicios de interés económico general", que continúa al de

1996, se ve que la Comisión transformó el concepto de *Daseinsvorsorge* en sinónimo – alemán – de servicio de interés general y por esta vía parece dar un paso hacia el concepto francés de *service public*, el cual aparece en la versión alemana de este comunicado de 2000, como un *öffentlicher Dienst*.

Es conveniente presentar al respecto observaciones globales del concepto alemán de *Daseinsvorsorge* para poner de relieve aquellas relacionadas con el modelo francés de *service public* (B). Es necesario a continuación ver, a través del ejemplo de la electricidad y del gas, cómo a estos dos conceptos, cuando toman como base el Derecho comunitario, se derivan consecuencias diferentes de un país al otro (C). Se abordarán en último lugar las enseñanzas que deben extraerse de estas diferencias en los análisis conceptuales para la aplicación de las normas existentes o incluso la definición de nuevas normas comunitarias, tanto en derecho originario como en derecho derivado (D).

## B. SERVICE PUBLIC Y DASEINSVORSORGE: MODOS DE ORGANIZACIÓN DIVERGENTES QUE PREVALECEN HOY

### I. LA DEFINICIÓN EN EL PASADO DE FUENTES COMUNES A ESTOS DOS CONCEPTOS

Los conceptos de *service public* y *Daseinsvorsorge* descansan en orígenes similares. Su aparición se debe a un salto cuántico en la manera de comprender las modificaciones del papel del Estado en la sociedad industrializada y las transformaciones del derecho administrativo a operar. Así, a principios del siglo XX, sucede que el Estado aumentó su poder de intervención en ámbitos que ya no correspondían, en términos conceptuales, al esquema que era entonces dominante, el del *Etat de la puissance publique* (Estado del poder público) (en la terminología jurídica del liberalismo alemán o prusiano: *Polizey-Staat* o *Nachwächler-Staat*, en

el sentido del Estado— vigilante nocturno) y se dieron los motivos convenientes para poder intervenir sobre la base de un enfoque científico adecuado.

Esta comprobación hace necesario tener en cuenta las transformaciones que resultan de la Primera Guerra Mundial y los tiempos de crisis, donde la actividad pública pasa de la previsión al carácter solamente represivo (*reaktionär*), destinada a hacer frente a los peligros (*Gefahren-Vorsorge*) a un enfoque activista de las prestaciones que deben proporcionarse (es el Estado de los servicios, *Leistungsstaat*). Este enfoque tiene en cuenta las nuevas condiciones de existencia (*Dasein*) de las masas urbanizadas que, evolucionando en un mundo industrializado, ya no estaban en condiciones de garantizarlos por ellas mismas.

Francia comprendió este fenómeno imponiendo el *service public*. Éste encontró sus orígenes y su arraigo en el Estado y en el derecho administrativo, tanto como en el espíritu público del país. Se convirtió en sinónimo de instrumento funcional en manos del Estado para proporcionar y garantizar prestaciones con el fin de garantizar una *cohesión social*.

En Alemania, se encuentra un fenómeno comparable. El concepto de *Daseinsvorsorge* vale como llave maestra en lo que se refiere a la organización y realización por parte del Estado (en *mano pública, öffentl Hand*) de actividades de suministro general de agua, gas y electricidad, luego la puesta a disposición de toda forma de comunicación como el correo, la telefonía y la telegrafía, la higiene pública, todas las clases de actividades de previsión para los ancianos, las personas solas, los enfermos, los cesantes y para otras situaciones.

A decir verdad, la argumentación que sirvió de marco al *Daseinsvorsorge* se aplicó visiblemente más tarde que aquel de la escuela del *service public* en Francia. En cualquier caso, esta

aplicación no se manifiesta antes de la Segunda Guerra Mundial. Es necesario destacar más aún que la formulación jurídica de este concepto alemán, al contrario del concepto de *service public* que se expresó a través de normas de aplicación concretas, y de las normas que tienen valor de obligación, nunca ha recibido alcance comparable a la de *service public*, al punto de no aparecer como un *terminus juridicus* del derecho administrativo alemán.

## II. LO QUE DIFERENCIA EL ÖFFENTLICHE DASEINSVORSORGE DE LOS SERVICES PUBLICS FRANCESES

En cualquier caso, no se pueden poner estos dos conceptos al mismo nivel. Se impone entonces una diferenciación surgida del análisis, lo que reconoce por otra parte Ernst FORSTHOFF, inspirador principal de la concepción alemana<sup>3</sup>. Ciertamente, al principio, las dos concepciones se basan comúnmente en un cambio del Estado y un cambio del derecho administrativo salido de él, pero vemos que, en una fase posterior, el modelo alemán permaneció hasta cierto punto en retirada con relación a la referencia francesa. Esto implica consecuencias particulares en términos de definición de normas jurídicas concretas.

### 1. La carrera "frenada" del *service public* en Alemania

La doctrina del *service public* ejerció en primer lugar una fuerza de atracción considerable. Se puede ver, especialmente, en Otto MAYER, profesor de Derecho en la Universidad de Estrasburgo<sup>4</sup>. Antes de escribir su famoso *Curso de derecho administrativo alemán*, que introducía el método jurídico en las ciencias administrativas, hasta allí puramente descriptivas, fue el autor de un curso de derecho administrativo francés<sup>5</sup>.

3 E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* (Curso de derecho administrativo), I, 6ª. edición 1956, p. 306, nota 1.

4 Sus principales escritos fueron publicados desde 1896 a 1924 (NdT).

5 O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (Teoría del derecho administrativo francés), Estrasburgo, 1886.

Hablando del *service public* en términos elogiosos, menciona una construcción "que consiguió alcanzar su apogeo en la excelencia, gracias a la ciencia jurídica francesa en derecho administrativo"<sup>6</sup>.

Sin embargo se impidió al *service public* ser la pieza principal del derecho administrativo alemán, y esta actitud se volvió la norma porque, para hacer evolucionar esta doctrina hacia un principio director del derecho administrativo, no se presentaron en Alemania ni la necesidad de extraer normas jurídicas, ni una motivación práctica para aplicarlo. La tradición jurídica del derecho alemán se mide al mismo nivel de la soberanía (*Hohheit*) y se basa sobre todo hasta ahora en el criterio del poder público como criterio decisivo para operar la distinción entre el derecho administrativo y el derecho común. Así pues, el derecho público se aplicará en un litigio determinado si existen normas que obligan o dan, irrefutablemente, derechos al poseedor de un poder de naturaleza pública<sup>7</sup>. En cambio, la aplicabilidad del derecho administrativo no se determina en primer lugar a partir de un único criterio según el cual el organismo público realiza actividades de interés público que se destinan al bien común, es decir, actividades de *service public*. A eso se añade, es necesario destacarlo, que en términos de práctica jurídica, la distinción entre la jurisdicción civil y la jurisdicción administrativa en Alemania no ha desempeñado nunca un papel tan determinante como en Francia.

En Alemania, los litigios que implican la aplicación del derecho público –por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad administrativa– se solucionan frecuentemente por los tribunales ordinarios. Resulta finalmente que la distinción entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria se apoya sobre todo y tradicionalmente en las necesidades prácticas

salidas de una distribución del trabajo de jurisdicción que debe realizarse por sobre la necesidad dogmática, predominante en Francia, de aplicar el principio de separación de autoridades que se apoya en el principio de separación de los poderes, enunciado por Montesquieu.

Este contexto permite comprender por qué la actualización de un sinónimo de *service public* no podía considerarse como una prioridad necesaria en Alemania. Ciertamente, Ernst FORSTHOFF aprovechó la ocasión de la existencia del concepto francés para elaborar el modelo de *öffentliche Daseinsvorsorge*, concepto comparable –al menos en principio– al modelo francés de *service public*. No se podría decir sin embargo que el concepto alemán tuvo la carrera fulgurante del servicio público francés.

Otro motivo es quizá aquel que se remonta al tiempo del nacionalsocialismo. Más exactamente, el concepto de *Daseinsvorsorge* toma forma en el momento en que la doctrina jurídica de este tiempo había predicado borrar la separación, tradicionalmente estricta en la teoría del Estado en Alemania, entre lo que incumbe al Estado (*Staat*) y lo que es competencia de la sociedad (*Gesellschaft*), lo que se vuelve totalmente extraño a partir de la posguerra. Así pues, el concepto de *Daseinsvorsorge* resultó intrínsecamente imperceptible desde su inicio en lo que se refiere a su función de referencia última que permitía operar distinciones jurídicas claras.

## 2. Las principales afirmaciones que fundan la teoría de *Daseinsvorsorge*

Ernst FORSTHOFF hace en primer lugar una interpretación y una descripción de todo lo que constituye los cambios en el campo de las funciones ejercidas por las administraciones

6 O. MAYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts* (Curso de derecho administrativo alemán) 2 volúmenes, Leipzig, 1895 y 1896. Ernst ForsthoFF se expresará más tarde sobre este punto en términos comparables, al menos en su primera edición, en 1938, de su Curso de derecho administrativo alemán (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*).

7 Es lo que se llama en Alemania la "teoría del sujeto" (*Subjekttheorie*); v. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrechts* (Derecho administrativo general), 14ª edición, 2002, § 3 n° 17 y ss.

públicas. En la sociedad industrial, una sociedad de masas, se piensa que los individuos no están ya en condiciones de enfrentar por sí mismos las necesidades esenciales de su vida diaria. Para asegurar adecuadamente lo que se denomina los intereses que cada uno está en condiciones de apropiarse (*Appropriationsinteresse*), es necesario incorporar un apoyo de carácter extraordinario, es decir, por sobre el individuo y la familia: este apoyo, es el de la comunidad estatal. Constatando una extensión por etapas sucesivas sobre todo desde la Primera Guerra Mundial, de funciones estatales limitadas hasta entonces a la *police*, E. FORSTHOFF considera que esta extensión debería manifestarse también para lo que nombra la administración de las actividades de servicios (*leistende Verwaltung*). Para él, sólo una actualización de estas funciones bajo esta forma que, a causa de su carácter empírico-sociológico, expresa un enfoque puramente descriptivo de la administración, es posible resumir el concepto de *Daseinsvorsorge*. Los escritos de FORSTHOFF, y la evolución posterior de sus conceptos serán tenidos en cuenta por la doctrina o por la jurisprudencia para hacer de ellos una referencia obligada y sacar consecuencias jurídicas concretas y necesarias para aplicar y administrar prestaciones que puedan estar vinculadas a las actividades de *Daseinsvorsorge*.

a) La indiferencia del concepto de *Daseinsvorsorge* respecto a la calidad jurídica del titular de la función

La doctrina, en Alemania, pone de manifiesto que la presencia de una prestación sujeta a *Daseinsvorsorge* no se traduce necesaria y específicamente en la existencia de un monopolio de ejercicio de las funciones detentadas por el Estado como es el caso del servicio público. Se añade que el concepto de *Daseinsvorsorge* no implica tampoco las importantes consecuencias siguientes, derivadas de tal monopolio: el hecho de que una persona privada, por ejemplo, no pueda ejercer prestaciones de esta naturaleza sino bajo algunas condiciones y el hecho de que se le delega una parcial actividad de administración

pública en forma de una *concesión*. La función de *Daseinsvorsorge*, en sí, es por esencia indiferente respecto a la calidad del que ejerce la misión (*trägerneutral*). Eso no conduce necesariamente o excepto raras excepciones a publicar (hacer "pública") (*publicatio*) la misión en cuestión para ponerla en manos del Estado, sino al contrario, toda persona puede libremente acceder a su ejercicio. Se percibe entonces que en Alemania, para una enorme parte de las actividades de suministro (*Versorgung*) habitualmente clasificadas como actividades de *Daseinsvorsorge*, son personas privadas quienes las ejercen, pura y simplemente. Hasta se puede añadir que estas actividades pueden ser ejercidas en principio por cualquier persona interesada –será indiferentemente, una persona privada, una persona pública o una empresa de economía mixta– y el derecho a ejercer esta actividad es solamente objeto de una autorización de explotar pura y simple o de una autorización sujeta a comprobaciones previas de competencia.

Es cierto que en derecho alemán el fenómeno del monopolio de la administración o el monopolio de ejercicio de las funciones –acompañado y definido por una publicación (*publicatio*) del servicio en cuestión– no es algo completamente desconocido. A este respecto, existen ejemplos en derecho constitucional, que, desde hace tiempo se habían apoyado en el antiguo artículo 87 (1) de la Ley Fundamental, a saber, los correos federales y los ferrocarriles federales antes de que se produjesen las reformas adoptadas durante los años 90. Además, leyes federales disponen siempre que en algunos sectores, como la distribución del agua o el tratamiento de las basuras domésticas y residuos, las colectividades territoriales (sobre todo las grandes ciudades y los distritos, *Kreise*) recibieron una exclusividad de competencia, pero son sólo excepciones. Por ello, a diferencia del derecho francés que da una preferencia a la "publicación" y la combina a menudo con un régimen de concesión encuadrado por el derecho público, el derecho alemán combate tal nacionalización de las funciones. Así como lo certifican claramente las

recientes sentencias y juicios relativos a las actividades de casinos y a los servicios de rescate: los órganos jurisdiccionales constitucionales y administrativos tienden abiertamente a una "repubblicación" o a una "redelegación", incluso parcial, del Estado operada por el legislador, porque tales actividades y servicios están bajo la garantía constitucional de la libertad de empresa, como lo enuncia el artículo 12 (1) de la Ley fundamental.

Lo que va a seguir es decisivo para marcar la diferencia entre el prestador de un servicio de *Daseinsvorsorge* y la situación del concesionario de servicio público: por excepción, en Alemania, algunas personas privadas pueden ser investidas, en virtud de un texto, de la realización de actividades de servicios para las que el Estado se reservó competencia; pero estas personas privadas lo hacen con la totalidad de las prerrogativas que se derivan de su calidad de empresa, con los derechos y garantías que le son propias, beneficiándose de una protección constitucional (libertad de empresa, respeto de la propiedad privada, principio de igualdad) y por lo tanto, el Estado, normalmente, no está habilitado para intervenir e imponerles obligaciones (o derechos) de excepción. No son pues, a diferencia de los servicios que son objeto de una concesión en Francia, actividades que garantizan realmente funciones de carácter público. Se encuentra entonces en presencia de una situación de privatización "material" de las funciones y en este caso, la actividad de servicios en cuestión se transfiere al sector privado.

En este mismo orden de ideas, es decir, mostrar lo que diferencia a Alemania de Francia, tratándose en particular del perímetro de la delegación de las actividades administrativas, está el caso de la privatización funcional (*funktionale Privatisierung*) de las actividades de ayuda a la realización de las actividades administrativas (*Verwaltungshilfe*) por las cuales agencias del Estado deciden, con el fin de cumplir misiones de carácter administrativo –por ejemplo, la construcción de vías públicas de carreteras–, servirse de la ayuda de las empresas privadas

–apoyo restringido sin embargo por límites precisos–. Estas empresas no intervienen sino que como "instrumento" de realización de estas tareas administrativas. Se comprometen ante el titular de la función administrativa y se colocan bajo su dirección por contrato de derecho privado o público. Existen situaciones en Alemania que, en rigor, podrían hacer pensar en la del concesionario de servicio público en derecho francés, en el sentido que en Alemania una persona privada puede vincularse definitivamente con la Administración pública en razón de una investidura (*Beleihung*): más exactamente, personas privadas se ven investidas por la administración de competencias materiales de normativa y sobre todo de poderes de intervención combinadas de prerrogativas de poder público que se les permite utilizar en caso de necesidad. Es el caso, por ejemplo, del conductor de un buque o de un avión alemanes que se desplaza fuera de las fronteras del territorio alemán.

Finalmente, el derecho alemán se muestra manifiestamente hostil al hecho de que el Estado pueda declararse poseedor de una función de interés público que va más allá del marco de las actividades que implican el empleo de prerrogativas de poder público (*Hoheitsbefugnisse*), con el objetivo de delegar inmediatamente esta función a una persona privada –o incluso a una empresa controlada por el Estado a partir del momento que se trata de una actividad industrial y comercial– el ejercicio de esta función "fuera de marco" y de hacer una función de carácter estatal (*Staatsaufgabe*).

b) La necesidad de vincular sus actividades con el interés general, impuesta al explotador del servicio calificado de *Daseinsvorsorge*

El otro motivo para el cual no es necesario en Alemania "publicitar" (*publicatio*) las prestaciones de *Daseinsvorsorge* se justifica de la siguiente manera: en Francia, la exigencia del interés general se liga sin duda alguna a los principios del servicio público. En Alemania, el interés general ligado a las prestaciones de

*Daseinsvorsorge* se ejerce en otro marco. Más exactamente, las obligaciones que se imponen a una empresa que presta un servicio monopolístico son tradicionalmente y a menudo de derecho civil. Tienen por objeto en particular un suministro global y completo de prestaciones que deben realizarse a partir de una infraestructura dada—eso corresponde en Francia al principio de continuidad, del servicio público—. Se encuentran obligaciones de esta naturaleza en el sector de los transportes, por ejemplo. A eso se añaden obligaciones de derecho público (derecho administrativo) que se aplican a cualquiera que sea el prestador del servicio en cuestión, sea una persona pública o una persona privada; estas obligaciones son fijadas por leyes específicas, siendo diferentes de un sector a otro. Es lo que se llama en Alemania, obligaciones fijadas con el fin de un interés común (*Inpflichtnahmen*) e impuestas por ejemplo, por los apartados 17 y s. de la Ley Federal de 1996 sobre las telecomunicaciones (TKG) y el § 11 (2) de la Ley Federal sobre la energía de 1998. Estas obligaciones pueden superponerse o interferir directamente con las normas que fijan las relaciones contractuales, de derecho privado, vinculando al prestador de servicio en cuestión y al consumidor. Es el caso por ejemplo, de obligaciones de suministro y conexión definidas por la ley en los sectores de las telecomunicaciones y de la energía (electricidad y gas) o también, la aplicación de directivas administrativas relativas al precio y la calidad del servicio.

Estas obligaciones, definidas por ley, tienen un carácter imperativo. Por ello, su asunción es, por principio, impuesta inmediatamente al explotador, público o privado, es decir, sin negociación posible y sin que sea necesario recurrir a una decisión administrativa. En cambio, como se vio, se confía el servicio de *Daseinsvorsorge* a una autoridad pública designada por el Estado a tal efecto, solamente si la Ley fundamental o una ley ordinaria (Ley Federal, ley del Estado Federado) lo impone expresamente. En este caso, la Ley fundamental o la ley ordinaria en

cuestión puede prever que la gestión de este servicio se transfiera (*übertragen*) a una persona privada; pero entonces el consumidor puede, si considera que el servicio no funciona convenientemente, iniciar en paralelo un recurso contencioso contra la autoridad administrativa originaria, es decir, aquella que recibió la exclusividad de la organización y el funcionamiento de este servicio. Este recurso contencioso es una acción pública de responsabilidad del Estado, dada sobre el fundamento del § 839 del código civil (BGB) en correlación con el artículo 34 (1) de la Ley fundamental. Es necesario repetirlo, esta acción pública de responsabilidad del Estado no es más que una excepción, muy delimitada por otra parte, al principio siguiente según el cual la actividad de *Daseinsvorsorge* se ejerce indiferentemente respecto al estatuto, público o privado, de su tenedor (*trägerneutral*). Por ello, esta ejecución de la responsabilidad del Estado sólo se aplica a algunas actividades relativas a la distribución del agua y a tareas delimitadas de tratamiento de las basuras domésticas y residuos.

Es raro que estas obligaciones no estén tan avanzadas como las que se derivan de los principios del servicio público en Francia. Sin embargo, existe entre ellas una diferencia que es *de jure* esencial, que se constata en la situación clásica de la concesión de servicio público. En efecto, en Alemania se considera que en Francia, el concesionario es explotador de una actividad de servicios que es de titularidad estatal, que por lo tanto, se encuentra inserta en una estrecha red de relaciones que, derivándose de la tutela del Estado, presenta un carácter unilateral e intervencionista y que no está en condiciones de ni siquiera alegar ante el Estado cualquier derecho de defensa, aun si se ve gratificado (*belohnt*) de algunos derechos a través de las prerrogativas del monopolio o el ejercicio de derechos especiales—por ejemplo, el principio de la ecuación financiera—.

Para que obligaciones similares sean posibles en derecho alemán, es necesario, para

justificarlas (ya que se refieren por principio a actividades económicas privadas) que reciban su legitimidad respecto a los principios constitucionales relativos a los derechos fundamentales: la libertad de empresa y las garantías vinculadas al derecho de propiedad. Es necesario por otro lado que estas obligaciones se ajusten al principio de proporcionalidad. Por esta opinión, y tomando el ejemplo de la electricidad, la doctrina, en Alemania, examinó, en particular, la compatibilidad de la obligación de introducción en las grandes redes de la electricidad de las energías alternativas con estas garantías y estos derechos fundamentales; del mismo modo, se cuestionó sobre la compatibilidad del ejercicio de un control de reglamento referente a la evolución de los precios de la electricidad, con la libertad de la empresa, enunciada por el artículo 12 (1) de la Ley fundamental y, tratándose del régimen del acceso de terceros a las redes de suministro de energía, se cuestionó sobre su compatibilidad y su legitimidad respecto a la garantía constitucional aportada al derecho de propiedad del explotador de la red a quien la obligación de acceso se impone.

### C. LAS ACTIVIDADES DE DASEINSVORSORGE Y LA COMPETENCIA A TRAVÉS DEL EJEMPLO DE LA ELECTRICIDAD

La doctrina, en Alemania, señala en último lugar que el concepto de *Daseinsvorsorge*, que es indiferente respecto a la cualidad del titular (público o privado) de la función, tiene por consecuencia jurídica, que contrariamente al modelo del *service public*, no implica necesariamente una disminución del principio de competencia. Ciertamente, existen sectores de actividad que desempeñan siempre un papel importante en la Alemania post liberal y para los cuales personas de derecho público o derecho privado, se benefician con el objetivo de garantizar la continuidad de los servicios en cuestión, de un monopolio o de otros derechos especiales más o

menos amplios de los cuales son titulares. Entre estos sectores de actividad donde se excluye la competencia completa o parcialmente, se encuentra la distribución del correo —más exactamente la distribución de cartas encargada a *Deutsche post AG*—, los ferrocarriles federales —por lo que se refiere al monopolio confiado a *Deutsche Bahn AG* sobre las instalaciones de la infraestructura: vías y estaciones—. Lo mismo ocurre con una parte de las actividades de transporte urbano o también, se lo vio, las actividades de distribución de agua y tratamiento de las aguas servidas. En cambio, para la mayoría de las prestaciones de *Daseinsvorsorge*, prevalecen los criterios del mercado y por lo tanto, las prestaciones eximidas hacen entrar en competencia a las empresas públicas, empresas privadas, o incluso a los establecimientos que dependen de la economía mixta. Es, en particular, el caso de la electricidad.

#### I. EL MARCO DE EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES DE REDES ELÉCTRICAS EN FRANCIA Y ALEMANIA

##### 1. La renovación del marco de ejercicio del servicio de la electricidad en Francia

Con referencia a su carácter programático, la nueva ley sobre la electricidad promulgada en Francia (febrero de 2000), se propone reforzar y formalizar en derecho positivo las ideas sobre el *service public*. Respecto a la liberalización de las actividades de redes, la reforma se refiere a los mínimos requeridos definidos por las normas del Derecho comunitario en este sector. Esto vale en particular para la determinación de criterios y límites máximos de admisibilidad de los clientes y al régimen administrativo de autorización para explotar instalaciones de producción. Esta es la razón por la que el monopolio de Estado confiado hasta entonces a *Electricité de France* permanece y queda el principio. Desempeña un papel prioritario, en particular, en las actividades de transporte y distribución. Este principio del monopolio se combina con la declaración de obligaciones para el interés general bajo el vocablo de "cohesión social y territorial" —la ley es en

realidad un *leitmotiv*—; son obligaciones que se aplican por ejemplo a la definición de tarifas de carácter social e igualitario.

Se considera en Alemania que la liberalización de la producción se esboza pero que no se aplica más que a una parte de la energía producida y bajo reserva, en particular, de respetar las modalidades de la "programación plurianual de las inversiones"; se deduce por lo tanto y hasta nueva orden, que toda tentativa destinada a desarrollar un negocio "libre" de electricidad se encuentra considerablemente obstaculizada, sobre todo cuando se lleva por un competidor extranjero. Aunque empresas extranjeras obtienen la autorización de hacer tal negocio, deben someterse a importantes obligaciones correspondientes a la contribución a los fondos del servicio público de la producción cuya financiación es la aplicada al servicio universal.

## 2. El carácter pluralista de los mercados de la electricidad en Alemania Federal

El sector energético alemán ve coexistir tradicionalmente un gran número —en torno a 1.000 antes de la liberalización producida en 1998— de empresas públicas, de economía mixta y privadas de suministro a distintos niveles: las empresas que administran una red de interconexión, una red regional y una red comunal. Esta configuración existía desde hace tiempo sin que el sector haya sido objeto de la instauración de un monopolio de ejercicio de misiones por el Estado o por los municipios (*Aufgabenmonopol* que va en el sentido del servicio público). Es cierto que se excluía una competencia interna en esta rama porque las empresas que ejercían una actividad en esta rama se beneficiaban de una situación privilegiada, la de un monopolio territorial y funcional (*Gebietsmonopol*), es decir, de una compartimentación territorial y de demarcaciones en el ejercicio de las funciones de la red (interconexión, redistribución, distribución). Con la reforma del derecho de la energía, producida en 1998 (ley federal de 24 de

abril de 1998), se suprimieron todos estos derechos monopolísticos y los comentaristas de esta ley en Alemania, hacen mucho hincapié en el hecho de que la entrega de corriente como el negocio de la electricidad se liberalizaron más allá de los mínimos exigidos en Derecho comunitario —es decir, es una admisibilidad al 100%—. Además, las empresas extranjeras pueden acceder al mercado alemán, lo que por otra parte se produjo por el juego de participaciones o por adquisiciones directas, o por la aparición de una actividad de negocio de corriente ejercida por comerciantes independientes de las empresas de redes y productores de corriente (a través de las becas de electricidad). Algunos territorios ya no son provistos de energía sólo por empresas alemanas: es el caso por ejemplo, de ciudades importantes como Hamburgo y Berlín, las empresas HEW para Hamburgo y BEWAG para Berlín hoy son controladas por Vattenfall Europa, o también, la reanudación del pequeño Stadtwerke, situadas a lo largo de la frontera con los Países Bajos por la empresa neerlandesa de energía NYON.

El interés general figura siempre en la legislación federal sobre la energía. El artículo 1º de la ley del 24 de abril de 1998 lo expresa en estos términos: "una seguridad del suministro; un suministro a precios ventajosos y respetuoso del medio ambiente". En derecho alemán este interés general debe ser satisfecho prioritariamente por vía de la competencia. Por lo tanto, las obligaciones que, conforme al interés general o equivalentes al servicio público, introducen prerrogativas de poder público, deben limitarse. Obligaciones de esta naturaleza se encuentran sobre todo en las actividades de suministro de los clientes con tarifas. Son las obligaciones de conexión y suministro continuo impuestas al distribuidor de electricidad, obligaciones que son objeto de un control efectuado más bien al margen por los servicios del Estado; pero no figuran en esta ley las obligaciones encaminadas a reservar un tratamiento específico en favor de grupos de consumidores, como las familias o los cesantes, por ejemplo. Se definieron otras obligaciones a título de estímulo al desarrollo de

las energías renovables pero no tienen por contrapartida la atribución de un monopolio o derechos especiales a través de, por ejemplo, mecanismos de cofinanciación de un fondo de estímulo para los competidores, a diferencia de lo que pasa en Francia.

Por último, es totalmente esclarecedor constatar en este estudio comparado que la competencia en la fase de gestión de las redes de suministro funciona en Alemania –hasta ahora– según el principio del acceso “negociado” y que este mecanismo está garantizado, “autorregulado” por las empresas participantes en esta gestión. Esto plantea seguramente importantes dificultades de aplicación. En cuanto a la cuestión de si es necesario también en Alemania instituir una autoridad de reglamento específica al sector energético, eso depende en primer lugar de la presión política que se manifestó sobre todo del lado europeo, y luego, debido a que la competencia no resultó suficiente en el mercado alemán. Es necesario saber que en Alemania se pudo obtener un elevado nivel de apertura del mercado sin instauración de un dispositivo de “regulación”. Si se procedía a la instauración de un control de reglamento anterior, eso constituiría una cierta ruptura del equilibrio del sistema que acaba de establecerse, caracterizado por una “autorregulación” del acceso a las redes por todos los protagonistas del mercado en cuestión –completada por un control *a posteriori* garantizado por la Oficina federal de sindicatos–. Si se debía prever un sistema nacional de autoridades de reglamento, sería necesario finalmente que sea legítimo en derecho constitucional (compatibilidad con los derechos y las garantías fundamentales enunciados por los artículos 1 a 19 de la Ley fundamental; respeto del sistema federal de distribución de las competencias administrativas entre el Estado y Estados Federados en las condiciones fijadas por los artículos 83 y s. de la Ley fundamental). Se sabe, sin embargo, que el Gobierno federal mencionó la instauración de una autoridad de regulación para la electricidad y el gas, pero no se sabía aún, en el momento de la publicación del *Libro verde*

sobre los servicios de interés general en Europa, si se agregaría a la autoridad –ya existente– de regulación de correos y telecomunicaciones, o a la Oficina federal de los sindicatos y a las autoridades de Estado Federado de control de los sindicatos.

## II. EL CASO PARTICULAR DE LAS ACTIVIDADES COMUNALES DE DASEINSVORSORGE EN EL SECTOR ENERGÉTICO

Para tener una visión completa de los principios fundadores aplicados al *Daseinsvorsorge* en este sector, es necesario tener en cuenta el papel específico que desempeñan los municipios alemanes y sus empresas de suministro. Se consideraba finalmente que el ámbito de la distribución local de corriente formaba tradicionalmente parte del campo de las intervenciones de los municipios en los ámbitos económicos y sociales. El motivo de tal afirmación residía en que, sobre fundamentos más prácticos que jurídicos, las colectividades locales habrían recibido un derecho de regulación general para la organización y la gestión del servicio de vías y obras local y las actividades que se vinculan: –el servicio de vialidad y obras de carreteras y las redes en general; se designa esta prerrogativa bajo el nombre de monopolio de servicio de vialidad y obras (*Wegemonopol*). Este servicio de vialidad y obras se ponía a disposición para los municipios por medio de contratos de “concesión” (*Konzessionsverträge*). La reforma de 1998 sin duda alguna retira a los municipios la posibilidad de asignar tales derechos de redes con carácter exclusivo en favor de las empresas que se colocan en su esfera de influencia (*ei Versorgungsunternehmen*; se trata del *Stadtwerke*) y el § 13 de la ley sobre la energía impone ahora que las empresas competidoras –y sin discriminación ninguna– puedan utilizar el servicio de vialidad y obras local.

La nueva concepción y el principio jurídico del acceso de los terceros a las redes llevaron a que alrededor de 900 empresas comunales que se beneficiaban hasta ahora de una situación de monopolio bastante cómoda

debieran enfrentarse a la competencia, lo que condujo a un notable proceso de concentración y nuevas cooperaciones. Esta evolución suscitó entre los municipios reacciones de resistencia jurídica muy vivas. Con motivo de una denuncia constitucional, los municipios alegan que la liberalización del derecho de la energía afecta a la garantía de libre administración municipal enunciada por § 2 del artículo 28 de la Ley fundamental porque esta garantía entra en el ámbito de las funciones de *Daseinsvorsorge* confiadas a los municipios y que este ámbito de intervención tradicional se supone objeto de una garantía constitucional. Este litigio constitucional nunca ha sido resuelto por una decisión al fondo del Tribunal constitucional federal. No es necesario esperar sin embargo que ésta siga la argumentación de los municipios. En efecto, la opinión dominante, ya certificada por la jurisprudencia del Tribunal, hace del artículo 28 (2) de la Ley fundamental una norma de protección, pero que no contempla el ámbito concreto y específico de ejercicio de las funciones de los municipios. Por ello, esta garantía constitucional da solamente una protección contra toda transferencia de funciones en favor del Estado (la Federación y Estados Federados) u otras colectividades de carácter comunal pero no confiere protección contra la apertura a la competencia, en favor de las empresas privadas, sectores económicos y ámbitos de intervención que se conferían tradicionalmente a las colectividades de carácter comunal.

En la medida en que el suministro de energía no se beneficia de una protección jurídica de carácter constitucional, no debemos sorprendernos de que los municipios en Alemania y "sus" empresas (el *Stadtwerke*) hayan decidido seguir otra estrategia, orientada sobre todo hacia la competencia. Las empresas comunales despliegan así todas sus fuerzas para intentar ir en el sentido de esta potenciación de la competencia; llevando una diversificación brotada de sus actividades y del antiguo *Stadtwerke* ofrecen ahora servicios que tienen nuevas características –por ejemplo, la gestión y el mantenimiento de los

edificios– o bien, operan fuera de su territorio geográfico tradicional de suministro, o incluso en el extranjero. Es verdad también que tal reactividad viene a enfrentarse a límites de carácter constitucional o en relación con el derecho público económico del Estado Federado aplicado a los municipios: estos límites están vinculados a la obligación de perseguir un interés público (*öffentlicher Zweck*) asignado a las empresas comunales. Estos límites suscitan actualmente debates vehementes en cuanto a su alcance. Los representantes de los municipios exigen desde este punto de vista, la supresión de toda discriminación entre las empresas comunales y las empresas del sector privado. No es posible conceder esta igualdad de trato porque el interés público es un objetivo que se liga intrínsecamente a las iniciativas económicas llevadas por las personas públicas, y sea directamente, o indirectamente por empresas interpuestas. Voces más moderadas recomiendan oportunamente –y se puede pensar que eso va finalmente en el sentido del enfoque del servicio público– una vuelta a la misión original, una misión efectiva de interés general, quien debe ponerse a cargo de la empresa comunal de suministro. Y es de esta manera, pues, refiriéndose a una necesidad concreta de interés general –por ejemplo, para atender de protección del medio ambiente o para garantizar mejor de energía a toda la población de un territorio dado–, es decir, de interés económico general según lo dispuesto en el artículo 86 § 2 del Tratado CE, que acabamos de considerar la posibilidad de exonerarse de las normas de competencia definidas por este mismo Tratado.

#### D. RESEÑA DE LAS CONSECUENCIAS DE ESTE EXAMEN COMPARADO EN LOS DEBATES QUE ESTÁN EN CURSO A ESCALA EUROPEA SOBRE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Si se examinan las repercusiones de estas diferencias globales entre el servicio público y el

*Daseinsvorsorge* en Derecho comunitario, se puede mencionar, sin entrar en detalles, cuál es la problemática fundamental. Ya es suficientemente identificable.

En primer lugar, tanto el Derecho comunitario originario –sobre la base de los artículos 16 y 86 § 2 del Tratado CE– como el derecho derivado –sobre la base de disposiciones de excepción complementarias– tienden recientemente a excluir de la aplicación de normas de competencia del mercado interior los derechos especiales que, definidos en favor de las empresas de suministro, son realmente contrarios a las normas de la competencia. Esta tendencia recibió el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y múltiples comunicados de la Comisión sobre los servicios de interés general. Las excepciones así admitidas sólo lo son si son necesarias para la continuación de las actividades de servicio de interés económico general. En la medida en que, es cierto, el Derecho comunitario se ponga a reconocer regímenes a derechos específicos, eso puede implicar dificultades. En efecto, la organización de regímenes especiales en algunos Estados miembros está muy diferenciada y su alcance es muy amplio, hasta el punto que pueden obstaculizar la competencia.

Si, desde este punto de vista, se quiere hacer una comparación jurídica de los casos franceses y alemanes únicamente, estas diferencias de estructura jurídica son manifiestas. Como se acaba de ver, la concepción francesa del *service public* tiende a expresar el control o la influencia del Estado (*Steuerung*, en el sentido de "control") sobre una empresa pública de suministro –tanto un simple explotador como un concesionario– a través de obligaciones de interés general que se le fijan y se imponen ampliamente y de una contrapartida, el monopolio u otros derechos prioritarios comparables a lo que se puede encontrar en el sistema alemán de *Daseinsvorsorge*.

Pero en el sistema francés, precisamente, la causa de tales derechos y este monopolio se debe sobre todo al hecho de que la ley, se lo vio, "publica" (*publicatio*) un sector dado o una infraestructura dada en la cual se organiza un

influjo de obligaciones inmediatamente aplicables, obligaciones que, definidas por el legislador o el poder reglamentario, están a cargo del titular. En el caso que en Alemania, se procediese a una estatización de las actividades de suministro a una escala comparable a la de Francia, ello fracasaría por la función defensiva de los derechos económicos fundamentales, que, a nivel constitucional, se determinan en términos rígidos; esto es especialmente el caso de la libertad de empresa y las garantías vinculadas al derecho de propiedad.

En un concepto de *Daseinsvorsorge* más bien orientado hacia el mercado, falta pues la investidura (*Investitur*) explícita –y sería más difícil de obtener que en Francia– o también de mandato (*Betrauung*) que se confía a una empresa pública o a una empresa privada imponiéndole obligaciones de interés general concretas como lo exige el artículo 86§ 2 del Tratado CE para no aplicar las normas de competencia. El motivo principal es que el sistema de concesión de servicio público sobre el cual la norma comunitaria previamente mencionada parece referirse es desconocido en Alemania. En cambio, se puede pensar que en Francia, las obligaciones de suministro verdaderamente son llevadas por las funciones de interés general, y en este país se cuenta con recursos para imponerlas a las empresas en cuestión no solamente bajo el *leitmotiv* de cohesión social y territorial sino también por los objetivos derivados ("*sekundär*") que son aquellos de reglamentación del territorio, de la política del empleo. Así pues, al mismo tiempo, en Alemania, estas obligaciones derivadas no señalan por principio lo que es la norma en términos de obligaciones para las empresas de suministro.

Sobre este tema, es necesario tomar por ejemplo como punto de comparación los diferentes efectos que puede implicar el Derecho comunitario sobre el derecho francés y el derecho alemán para aplicar las normas comunitarias (uniformes) relativas a las demandas públicas. Se sabe que a petición de Francia, las directivas "servicios" y "sectores excluidos" no se aplican a las

"concesiones de servicios", lo que confirma el Tribunal de Justicia en su sentencia *Telaustria*. Por ello, las concesiones de servicios entran bien en el caso de las concesiones de servicio público del derecho francés en el sentido de delegación de servicios que, en principio, están incluidos en el Estado y se encargan a un tercero por cuenta y riesgo propio.

Por consecuencia, las delegaciones de servicio público se encuentran eximidas de toda obligación específica definida por el Derecho comunitario de demanda pública actualmente en vigor (con, por corolario, la necesidad de proceder a una licitación pública a escala comunitaria) y el sistema "reservado", *intuitu personae* de la delegación así conferida continúa prevaleciendo en derecho nacional. En cambio, las actividades de *Daseinsvorsorge*, en la medida en que no se "publican" (*publicatio*), no son objeto de delegación de servicio público. Pueden entonces entregarse a empresas, en términos de una apertura a la competencia, ya sean empresas alemanas o de otro país de la Unión Europea.

Finalmente, estas diferencias estructurales entre el derecho francés y el derecho alemán de las actividades de suministro público hacen pensar en Alemania que es necesario inclinarse hacia una aplicación más bien restrictiva extraída de las disposiciones de excepción del artículo 86 § 2 del Tratado CE. Por otra parte, esta primera impresión es corroborada por la manera en que el Tribunal de Justicia interpreta estas disposiciones. Ésta se basa, en efecto, en las perspectivas abiertas por un muy amplio margen de maniobra que se dejaría a los Estados miembros para definir los servicios de interés económico general. Si estas perspectivas se confirman, sería necesario que las disposiciones de excepción del artículo 86 § 2 ligadas a la existencia y al funcionamiento de estos servicios, se definan con relación al principio de la competencia y la admisión de esta excepción debería depender de un examen previo y estricto de las condiciones económicas de funcionamiento de estos servicios y la aplicación

del principio de proporcionalidad de la excepción conferida.

A eso debería añadirse la necesidad de preconizar una definición precisa de los ámbitos de aplicación y las actividades en cuestión así como la Comisión lo haya propuesto para el régimen de las ayudas estatales (artículo 87 del Tratado CE) aplicado a las subvenciones asignadas por el Estado a los servicios de interés económico general. En cambio, prevalece en Alemania la opinión mayoritaria según la cual sería necesario rechazar la generalización de las concepciones del servicio público con motivo de la negociación de la "directiva marco" sobre los "servicios de interés general": tal orientación normativa aplicable, sin distinción de sectores, tomaría un cariz abstracto y luego, habida cuenta de las diferencias de estructuras jurídicas que existen de un Estado miembro, el peligro de un incumplimiento unilateral de los principios del mercado en favor de modelos de organización de carácter nacional —con los obstáculos a la competencia que se derivarían— podría fácilmente manifestarse. Es decir, según este enfoque mayoritario, sería peligroso que una fijación abstracta en un marco jurídico preciso de principios directores del "servicio público" provocara un conflicto con los principios establecidos con constancia por el derecho originario (el propio Tratado) sobre este tema.

Podemos preguntarnos también si el legislador europeo dispone en esta materia de una competencia suficiente; en cualquier caso, el artículo 16 del Tratado CE no se lo confiere. Esta es la razón por la que, si era necesario precisar lo que corresponde por principio al *service public* como a las actividades de *Daseinsvorsorge*, sólo será posible por medio de una adaptación del propio Tratado. Esta adaptación podría dar un contenido concreto a los artículos 16 y 86 del Tratado CE. Se tendrá en cuenta también que la Comisión en su "Libro verde" antes citado, tiene buenas razones para pronunciarse en favor de una determinación hecha con precaución, sector por sector, de cada situación que justifica un tratamiento específico a favor de servicios de interés general determinados, dado que esta determinación podría tomar por ejemplo la

forma de una declaración de excepciones a la prohibición de las ayudas públicas.

## CONCLUSIÓN

El hecho de que se haya pasado en los dos países desde el Estado liberal –un Estado del poder público– a un Estado social o un Estado benefactor (*Leistungstaat*), en absoluto se basa en orígenes comunes, en Francia como en Alemania. Sin embargo, el principio francés de *service public*, un principio de carácter jurídico, resulta realmente diferente de la figura solamente sociológica empírica de *öffentliche Daseinsvorsorge* en Alemania. Se percibe, en particular, que las prestaciones de *Daseinsvorsorge* no constituyen *a priori* una función "estatal". Son efectuadas en cambio por empresas públicas y también por empresas privadas o de economía

mixta que evolucionan en la competencia, sin que sea requerido un régimen de concesión. Eso implica dificultades cuando se trata de poner en marcha las normas comunitarias de la competencia. Somete a los explotadores de servicios públicos a aun más obligaciones y a obligaciones más amplias, tratándose de prestaciones de "servicios de interés económico general" que a sus homólogos encargados de una actividad de *Daseinsvorsorge*. Hacer del servicio público, monopolios y otros derechos preferenciales que lo acompañan a menudo, una excepción al principio de la competencia, podría suscitar obstáculos masivos al comercio interfronterizo. Para evitar tal situación, convendría recomendar una aplicación más bien restrictiva del artículo 86 § 2 del Tratado CE, tratándose más concretamente excepciones al principio de competencia estipuladas en esta disposición.