

LA NOCIÓN DE “SERVICIO DE INTERÉS GENERAL”: UN ELEMENTO JURÍDICO DE BASE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO GLOBAL*

JAVIER G. RINCÓN-SALCEDO**

RESUMEN

Dentro del marco de la globalización “3.0”¹ y de la construcción de lo que algunos autores² denominan la globalización del derecho, el ordenamiento jurídico comunitario europeo –a pesar del poco estudio del cual ha sido objeto por fuera de las fronteras de la Unión– ofrece una buena cantidad de nociones que permiten desarrollar análisis encaminados a construir referencias jurídicas conceptuales de carácter o vocación global. Teniendo en cuenta dicha situación, en este artículo se busca

Fecha de recepción: 18 de abril de 2008
Fecha de aceptación: 30 de abril de 2008

* Artículo producto de investigación en la línea “Función administrativa y responsabilidad del Estado” del grupo de investigación “Estudios de Derecho público” de la Pontificia Universidad Javeriana reconocido por Colciencias en categoría A.

** Profesor del Instituto de Estudios Políticos de París, Francia. Profesor Asistente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Poitiers, Francia. Miembro del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Poitiers, Francia. Contacto: jrincon@univ-poitiers.fr

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho Público, Universidad de Poitiers, Francia. Doctor en Derecho de la Universidad de Poitiers, Francia. Laureado del programa de excelencia EIFFEL del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Francia. Profesor del Instituto de Estudios Políticos de París, Francia. Asistente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Poitiers, Francia. Miembro del Instituto de Derecho público de la misma Universidad. Contacto: jrincon@univ-poitiers.fr; jgrs75@hotmail.com

1 Th. Friedman, *The World is flat. A brief history of the twenty-first century*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2005.

2 J-B. Auby. *La globalisation, le droit et l'État*, (Montchrestien, Paris, 2003).

analizar una de las nociones de derecho comunitario europeo que dentro del marco del derecho público en general y del derecho administrativo en particular, no solo ha determinado ciertas evoluciones recientes de estas ramas del derecho, sino que por el amplio contenido económico y social que presenta, tiene la potencialidad de servir de determinador del avance del proceso de consolidación de las bases jurídicas de un mundo globalizado: la noción de “Servicio de Interés General”. Así, a través del análisis de la construcción conceptual de esta noción, este artículo busca demostrar por qué la misma, fundamentada en la combinación de las nociones de “Servicio Económico de Interés General” y de “servicio universal”, y abandonando la lógica de las categorizaciones y clasificaciones rígidas propias del derecho público en general y del derecho administrativo en particular, constituye una noción amplia y dinámica que permite abandonar la noción “clásica” de “servicio público” en beneficio de la construcción de un derecho de alcance global.

Palabras clave autor: servicio público; Servicio de Interés General; Servicio de Interés Económico General; servicio universal; Derecho Comunitario Europeo; derecho global; globalización; derecho administrativo; derecho público.

Palabras clave descriptor: derecho público; derecho administrativo.

THE NOTION OF “SERVICES OF GENERAL INTEREST”: A BASE ELEMENT FOR THE CONSTRUCTION OF A GLOBAL LAW

ABSTRACT

Within the framework of “3.0” globalisation³ and of the construction of what some authors name the globalisation of law, the European Community Law System – despite the fact that it has not been the object of extensive study outside of the borders of the Union – provides an important number of concepts that allow the development of analysis directed at the construction of juridical conceptual global references. Bearing this situation in mind, in this article I seek to analyse one of the concepts of European Community Law which, within the ambit of public law and particularly administrative law, has not only determined certain recent evolutions of these branches of law, but also, because of the wide economic and social content that it presents, has the potential to guide the process of consolidation of one of the juridical foundations of a global world: the notion of Services of General Interest. In this way, through the analysis of the conceptual construction of this notion, this article aims to demonstrate why Services of General Interest, based on the combination of the notions of Services of General Economic Interest and of Universal Services, and leaving behind the logic of the categorizations and rigid classifications which characterize public law and especially administrative law, constitute a wide and dynamic notion that allows to relinquish the “classic” notion of public service in favour of the construction of a global law.

Key words author: *Public Service; Services of General Interest; Services of General Economic Interest; Universal*

3 Th. Friedman, *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-first Century* (Farrar, Straus and Giroux, New York, 2005).

Services; European Community Law; Global Law; Globalisation; Administrative Law; Public Law.

Key words plus: *Public Law; Administrative Law.*

Sumario: I. Introducción.- II. La noción de Servicio de Interés Económico General (SIEG).- III. La noción de servicio universal.- Conclusión.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de integración europea es para muchos un modelo a seguir en materia de organización institucional y regional. Sin embargo, el proceso teórico de construcción del Derecho Comunitario Europeo⁴ continúa siendo de manera general, por fuera de las fronteras de la Unión Europea, el objeto de un estudio centrado casi que de manera exclusiva en el análisis geopolítico y económico del proceso de formación de este bloque continental. Esta situación no ha permitido la apertura de un espacio importante al análisis de los avances conceptuales que de manera general en materia jurídica, y especialmente en materia de derecho administrativo, aporta la construcción de este ordenamiento a los derechos internos de otros países, y principalmente a la construcción de lo que algunos autores⁵ denominan la globalización del derecho, en el que la necesidad de plantear nociones y conceptos jurídicos comunes a los diferentes Estados resulta de fundamental importancia.

4 Utilizo la expresión derecho comunitario europeo porque es necesario precisar que el concepto que trato en este artículo corresponde al derecho de la Unión Europea, es decir, el derecho cuyas disposiciones emanan del Tratado de Roma con sus diferentes modificaciones hasta el tratado simplificado de Lisboa, y no el que emana de la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre, el cual corresponde a lo que se conoce como derecho europeo. A su vez, utilizo esta denominación para diferenciar el derecho que emana de las instituciones de la Unión Europea de otros derechos comunitarios como puede ser, por ejemplo, el derecho comunitario andino (de la Comunidad Andina de Naciones).

5 Auby, *supra*, nota 2.

Son muchos los conceptos y las nociones de derecho comunitario europeo que permiten desarrollar análisis encaminados a evaluar la posibilidad de construir referencias conceptuales de carácter o vocación global. Sin embargo, dentro del marco del derecho público en general y del derecho administrativo en particular, considero que el estudio de la construcción conceptual de la noción de Servicio de Interés General (SIG) en derecho comunitario resulta de un interés especial, y ello debido a que la misma no solo ha determinado la evolución de estas ramas del derecho, sino que por el amplio contenido económico y social que presenta su estudio tiene la potencialidad de servir de determinador del avance del proceso de consolidación de las bases jurídicas de un mundo globalizado.

La realización de una aproximación conceptual a la construcción de la noción europea de Servicio de Interés General no es una tarea sencilla. De hecho, esta noción jurídica presenta un contenido cada vez más diverso que ha llevado a que las tentativas de homogeneización conceptual de que ha sido objeto hayan desembocado, en su mayoría, ya sea en parciales aproximaciones ideológicas que reflejan el enfrentamiento entre aquellos que claman por más Estado y aquellos que claman por más mercado⁶, o ya sea en aproximaciones fragmentarias que buscan evadir la discusión conceptual a través de la creación de “nuevas” tipologías. Por esta razón, circunscribiré este artículo a un análisis conceptual estrictamente jurídico, desde el punto de vista del derecho público-económico y en particular del derecho administrativo, del contenido de la noción europea de Servicio de Interés General y de su potencialidad como concepto global, alejándome de la discusión ética o ideológica del rol que el Estado debe jugar en la economía, aunque de manera tangencial me deba referir al mismo.

Antes de abordar directamente esta aproximación conceptual de la noción europea de Servicio de Interés General desde la perspectiva

6 Un ejemplo claro de esta aproximación ideológica ha sido la discusión que tuvo lugar en Francia a propósito del referendo de aprobación del Tratado constitucional europeo en mayo de 2005.

planteada, es necesario definir dos conceptos fundamentales a través de los cuales delimitaré el contexto dentro del cual desarrollaré el presente análisis: el concepto de “globalización” como concepto de naturaleza económica, y el concepto de “globalización del derecho” como concepto de naturaleza jurídica.

En primer lugar, en lo que se refiere a la globalización como concepto económico, me alejaré de la tendencia generalizada a utilizar indistintamente este término para referirse a todo tipo de cambio o forma de pensamiento con vocación internacional o global, como si todo lo que tiene un carácter internacional o global fuera “globalización”⁷, y en consecuencia consideraré la globalización como:

“Una de las etapas (etapa actual) del desarrollo del fenómeno de la mundialización como parte integrante de la teoría capitalista. Caracterizada por la importancia de la dimensión financiera y la intensificación de los procesos de integración entre las economías nacionales como resultado del aumento de los intercambios comerciales, de los flujos de inversión extranjera directa y de los movimientos de ‘delocalización’ industrial de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI”⁸.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la globalización del derecho, alejándome de la tendencia también generalizada a considerar que “globalización del derecho” significa uniformidad normativa, definiré la globalización del derecho como:

“El movimiento de armonización de los sistemas jurídicos a través del cual se formulan nociones comunes que permiten dar respuestas homogéneas a las necesidades jurídicas transnacionales introducidas por el fenómeno de la globalización”⁹.

7 J. Rincón Salcedo, *Globalización y derecho administrativo*, *Questiones Iuridicae* 29, 3 (junio de 2004).

8 La construcción teórica de esta definición puede ser revisada en Rincón Salcedo, cit.

9 La fundamentación teórica de esta definición no será incluida dentro de este texto por cuanto no hace parte del objeto de este estudio, sin embargo podrá ser analizada en el libro *La influencia de la globalización en el derecho público colombiano* (que será publicado en diciembre de 2008).

Teniendo en cuenta las dos definiciones anteriores y las precisiones sobre el análisis que pretendo desarrollar, abordaré mi aproximación a la noción de Servicio de Interés General en Derecho Comunitario Europeo intentando demostrar, a través de la presentación de la estructura jurídica conceptual de esta noción, cómo la misma puede constituir una base para la construcción de un concepto de servicio público, jurídico, autónomo, de carácter global:

La noción europea de interés general hace parte de las nociones jurídicas que aparecen como el resultado de la combinación de las nociones y conceptos jurídicos que otrora fueron el objeto de una construcción puramente nacional y que hoy, por causa de la permeabilización de los ordenamientos jurídicos internos por parte de la globalización, han tenido que alinearse con conceptos y nociones de otros ordenamientos para, de manera conjunta, crear un contexto jurídico homogéneo¹⁰ que permita al mundo del derecho responder al desarrollo creciente de las demandas del mercado y la sociedad global. Sin embargo, dado que la manera como se aborda el análisis de la noción de servicio público continúa estando íntimamente ligada a la concepción ideológica de Estado que cada país defiende —la cual en el caso de los países de la Comunidad Europea es en ocasiones extremadamente opuesta¹¹—, en derecho comunitario europeo se ha buscado realizar una aproximación

10 “Las divergencias terminológicas, la confusión semántica y las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros han provocado no pocos malentendidos en el debate a escala europea. Para describir los servicios de interés general se utilizan en los Estados miembros términos y definiciones diversos, como no podía ser menos si tenemos en cuenta las diferencias históricas, económicas, culturales y políticas que existen entre ellos. La terminología comunitaria procura tener en cuenta estas diferencias”: Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, Comunicación 230-final, Diario Oficial C 76 del 25.03.2004, No. 15.

11 En efecto, la noción de servicio público al interior de los diferentes países que conforman la Unión Europea es muy diversa, pues en algunos casos, como el de Francia, es una noción muy arraigada en los valores nacionales y de amplio desarrollo, mientras que en otros casos, como el de Inglaterra, es una noción prácticamente inexistente. A este propósito se puede consultar F. Moderne, *L'analyse comparative des notions de service public dans les États membres*, en C. Stoffaës, *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général* (Aspe, 1995).

más pragmática. En esta línea, la noción de Servicio de Interés General se ha construido a partir de dos nociones en principio opuestas las cuales constituyen hoy los pilares fundamentales del servicio público en Europa¹², a saber, la noción de Servicio de Interés Económico General (a) y la noción de servicio universal (b); sobre estas bases, la noción de Servicio de Interés General puede ser adaptada a las diferentes corrientes existentes en materia de servicios públicos y especialmente, puede ser capaz de evolucionar al ritmo de los diferentes cambios que se producen en cada sociedad en particular y en el mundo global en general.

II. LA NOCIÓN DE SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL (SIEG)

El Servicio Económico de Interés General (SEIG) es una noción de inspiración puramente económica, introducida en el derecho comunitario sin ser definida en ningún texto legal en el artículo 86 § 2 CE, antiguo artículo 90 CEE:

“Las empresas encargadas de la gestión de Servicios de Interés Económico General (...) quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”¹³ (resaltado fuera de texto).

12 Un tercer pilar comienza a crearse espacio en el seno de la Comunidad Europea, a saber, el servicio social de interés general; sin embargo su inserción dentro del Tratado constitucional simplificado fue rechazada y la discusión sobre la inserción del mismo en otras disposiciones fue aplazada. Véase comunicación de la Comisión de 7 de noviembre de 2007. Así las cosas, por el momento, los servicios sociales de interés general (SSIG) son reconocidos políticamente pero no son objeto de protección y reconocimiento jurídico concreto. Véase Comunicación de la Comisión de 26 de abril de 2006 y Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2007.

13 Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 24/12/2002, C 325/33, art. 86 § 2.

El artículo 86 § 2 CE tiene el doble objetivo de, por una parte, someter a las reglas de la competencia ciertas actividades que algunos derechos internos (como el francés) excluían o tienen la tendencia a excluir del juego competitivo y, por otra parte, abrir un espacio para sustraer de ese mismo juego algunas actividades que en razón de su naturaleza y de las dificultades que presenta su explotación deben ser excluidas¹⁴. Este doble objetivo se ve reflejado, en primer lugar, en la ausencia de distinción entre las entidades públicas y privadas. Como se puede constatar, el artículo hace referencia, sin hacer distinción alguna, a la noción de *empresa*, la cual, en términos de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE), corresponde a “toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente del status de dicha entidad y de su modo de financiamiento”¹⁵. Es decir, es una noción que recubre tanto las actividades de las entidades privadas como las actividades desarrolladas por el Estado o las colectividades territoriales en materia de producción, distribución y prestación de servicios¹⁶. En segundo lugar, el doble objetivo del artículo 86 § 2 se ve reflejado en el condicionamiento de la exclusión de las reglas de la competencia de las actividades de Servicio Económico de Interés General a la imposibilidad de cumplir con la misión específica que les es confiada.

A pesar de que el objetivo de la norma es claro, la noción de Servicio de Interés Económico General, como ya lo anotaba, fue introducida sin ser definida en ningún texto legal, lo que por obvias razones generó un problema en materia de la determinación de las actividades que se consideraban excluidas de las reglas de la competencia en virtud del artículo 86 § 2. Frente a esta situación, los países miembros de la Comunidad Europea introdujeron en el Tratado de Amsterdam una disposición según la cual¹⁷, en virtud del principio de la subsidiariedad¹⁸, es a cada Estado a quien le

14 S. Braconnier, *Droit des services publics*, 71 (PUF, Thémis, Paris, 2003).

15 CJCE, 23 de abril de 1991, aff. C-41/90, Höfner y Elser, Rec. CJCE, I-1979.

16 CJCE, 16 de junio de 1987, aff. 118/85, Com. c/ Italia, Rec. CJCE, 2619.

17 Tratado de Amsterdam, art. 7D, hoy Tratado-CE, art. 16.

18 Tratado-CE, art. 5.

corresponde determinar, mediante un acto de poder público, las actividades que él considera de servicio público y que por ende deben ser excluidas de las reglas de la competencia en virtud del artículo 86 § 2. En este mismo orden, la Comisión Europea, en comunicación emitida el 11 de septiembre de 1996¹⁹ (posteriormente confirmada el 20 de septiembre de 2000²⁰), y principalmente en el *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General* (2003), permitió establecer que la noción de Servicios de Interés Económico General comprende las actividades:

“...de servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general”²¹.

De la introducción del principio de subsidiariedad y de la noción aportada por la Comisión debemos destacar dos aspectos fundamentales a partir de los cuales nos será posible comprender la estructura conceptual de la noción de Servicio de Interés Económico General y, a su vez, determinar su función como pilar de base de la noción europea de servicio público: 1) la distinción implícita de las dos grandes categorías de Servicios de Interés General, y 2) el carácter de actividad de interés general que poseen los Servicios de Interés Económico General, el cual es determinado de manera autónoma por cada Estado miembro de la Unión.

Analicemos en detalle cada uno de estos dos aspectos:

(1) La distinción implícita²² de dos grandes categorías de Servicios de Interés General se establece en función de que la actividad sea o no un *servicio económico*, y es esto lo que permite

19 Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación 443, Diario Oficial C 281 de 26 de septiembre de 1996.

20 Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación 580, Diario Oficial, C 17 de 19 de enero de 2001.

21 Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, Comunicación 230-final, Diario Oficial C 76 de 25 de marzo de 2004, No. 17.

22 Esta distinción implícita se convertirá en explícita en el momento en que los servicios sociales de interés general sean introducidos dentro de la normatividad comunitaria europea de manera expresa.

afirmar que la noción de Servicio de Interés Económico General se erige como categoría y pilar de la noción europea de servicio público.

Así, dentro del marco del derecho comunitario europeo, de un lado, encontramos los servicios *no económicos* de interés general, sustraídos totalmente de las reglas de la competencia, los cuales presentan como característica principal el ser actividades de poder público. En esta categoría se encuentran, además de las funciones soberanas del Estado y sus declinaciones²³, las actividades que desarrollan funciones de autoridad²⁴, las actividades educativas, culturales y de solidaridad²⁵. De manera evidente esta categoría de actividades no es de contenido invariable: así, algunos servicios pueden salir de la misma, como los cuidados hospitalarios²⁶, y otros pueden ingresar²⁷. De otro lado, encontramos en esta distinción los Servicios *Económicos* de Interés General, los cuales se caracterizan por desarrollar actividades consistentes en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado²⁸, actividades que cuando tienen la potencialidad de afectar las reglas del libre mercado dentro de la Unión son sometidas a las normas de la libre competencia²⁹ y excepcionalmente, como instrumento de protección del interés general, pueden ser excluidas de la misma.

23 20 “Los asuntos que son intrínsecamente prerrogativas del Estado (tales como garantizar la seguridad interior y exterior, la administración de justicia, la política de asuntos exteriores y otros ejercicios del poder público) están excluidos de la aplicación de las normas de competencia y mercado interior”: Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación 580, Diario Oficial C 17 de 19 de enero de 2001, No. 28.

24 CJCE, 16 de enero de 1994, aff. 364/92, Eurocontrol, Rec. CJCE, I-43.

25 CJCE, 7 de febrero de 1993, aff. Conj. C-159 y C 160/91, Poucet y Pistre, Rec. CJCE, I-664.

26 CJCE, 15 de julio de 2001, BSM Smits, Epouse Graets, Dr. Adm., 2001, comm. No. 266.

27 Braconnier, *supra*, nota 14, 223.

28 Las actividades económicas en el ámbito comunitario fueron definidas por la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia CJCE asuntos acumulados C-180-184/98, Pavel Pavlov y otros/Stichting Pensionenfonds Medische Specialisten, Rec. 2000, I-6451.

29 A propósito de la importancia jurídica que al interior de la Unión tiene esta diferenciación, se puede consultar Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro*

Sin embargo, lo realmente fundamental que se ha de resaltar en esta distinción dentro del objeto de nuestro análisis es que para determinar si una actividad es de servicio económico y por ende está sometida, por principio general, a las reglas de la competencia, o si por el contrario es una actividad de servicio no económico, dicha distinción se establece no en función de la reglamentación interna a la que se encuentren sometidas, sino en función de su ubicación frente al mundo económico en el cual se desarrollan. En otros términos, lo que es fundamental para resaltar de esta distinción, es que el criterio utilizado para determinar la naturaleza económica o no económica del servicio es su capacidad para integrar los fenómenos económicos o para rechazarlos. Este nuevo criterio constituye un avance fundamental en materia de derecho público y de derecho administrativo, en razón a que es un criterio flexible, más dinámico, que deja atrás la identificación de un servicio económico en función, principalmente, de la normatividad interna –tradición común en derecho administrativo– que no permite una evolución rápida de las reglas del derecho y por ende en muchas ocasiones genera un gran desfase entre estas y la realidad del mercado.

En otros términos, contrario al ya desgastado criterio normativista de clasificación de los servicios tan arraigado en el derecho administrativo, el criterio establecido en el derecho comunitario europeo es un criterio general a partir del cual se determina, en función de la naturaleza misma de cada actividad en particular y no en función de normas nacionales rígidas previamente establecidas, si la misma debe (puede) ser incluida como una actividad de servicio de interés económico general y excepcionalmente³⁰ ser excluida de las reglas de la competencia.

Para terminar con este aspecto, anotaré que me parece evidente que en la delimitación establecida en la definición aportada por la

Verde sobre los servicios de interés general, Comunicación 230-final, Diario Oficial C 76 de 25 de marzo de 2004, No. 43-47.

30 En este punto es oportuno reiterar que la regla general del artículo 86 § 2 es que todas las actividades, incluidas las de servicios de interés económico general, están sometidas a las reglas de la competencia y tan solo excepcionalmente las mismas pueden ser excluidas.

Comisión se está excluyendo de la noción de Servicio de Interés Económico General, no solo lo que comúnmente se denominan actividades administrativas, sino a la vez todas las actividades económicas que cada Estado en particular considere no cumplen misiones de interés general, lo que nos lleva directamente al segundo aspecto a resaltar de la noción de Servicio de Interés Económico General planteada por la Comisión Europea.

(2) A propósito del segundo aspecto, resulta esencial resaltar dos elementos: a) que es el carácter de actividad de interés general lo que permite justificar, en primer lugar, que el Estado imponga a las empresas que realizan estas actividades obligaciones de servicio público, entendidas como “las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público”³¹, y en segundo lugar, que la actividad de servicio económico de interés general pueda ser excluida de las reglas de la competencia. En efecto, la misión de interés general es una misión de la que se encarga un individuo determinado (público o privado) dentro del contexto de unas obligaciones específicas de servicio público las cuales él mismo no hubiera asumido dentro de un ambiente estrictamente competitivo³², lo que justifica que en algunos casos se encuentre excluido de las reglas de la libre competencia; b) que la calificación de un servicio económico como de interés general es de la responsabilidad de cada uno de los Estados, los cuales tras una evaluación de las características específicas de cada actividad en particular determinan si debe ser clasificada dentro de esta categoría, estando ello sometido solamente a un control por parte de la Comisión por “errores manifiestos”, entendidos estos últimos como calificaciones abiertamente contrarias a los principios del libre mercado y/o atentatorios contra los principios generales de la Unión.

31 Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre los servicios de interés general*. Comunicación 230-final, Diario Oficial C 76 de 25 de marzo de 2004, No. 20.

32 Braconnier, *supra*, nota 14, 76.

En este orden, el carácter de actividad de interés general presenta una doble utilidad: por una parte, servir de criterio para determinar si un servicio puede ser incluido dentro de la categoría de Servicio Económico de Interés General, y entonces el prestador del servicio asume obligaciones de servicio público; y por otra parte, justificar la no aplicación de las reglas de la competencia a una determinada actividad como mecanismo para proteger dicho interés general. Conceptualmente esta doble función es fundamental debido a que aleja del campo del derecho comunitario la complicada discusión sobre la definición del interés general, permitiendo así a cada Estado determinar de acuerdo con su realidad aquellas actividades económicas que comporten este tipo de interés. La aplicación de esta lógica hace posible que la valoración de la actividad sea mucho más dinámica pues no está supeditada a un catálogo de condiciones fijadas por la Unión, sino simplemente a una identificación interna de la necesidad de que el prestador de un determinado servicio ejecute obligaciones de servicio público con el fin de garantizar la protección del interés general. Esta lógica permite entonces, no solo que la calificación de las diferentes actividades pueda evolucionar de manera constante, sino respetar los principios y las tradiciones propias de cada país. Lógicamente, existe una noción amplia de interés general de la Unión que los Estados deben tener en cuenta a la hora de determinar cuáles servicios deben ser calificados de interés general al interior de sus fronteras. Sin embargo, dicho interés general es voluntarista y específico³³ y por ende, más que una limitante es una directriz (voluntariedad determinada por la necesidad de promover el desarrollo de la Unión, y la cohesión social y territorial de la misma) que opera únicamente (específico) cuando se busca excluir el Servicio de Interés General de las reglas de la competencia en virtud del artículo 86 § 2.

Como se puede observar a través del análisis de los dos aspectos que vengo de resaltar, la noción de Servicio de Interés Económico General, a pesar de su amplio contenido económico, no excluye la protección del interés general por parte de cada Estado. En

33 Braconnier, *supra*, nota 14, 72.

efecto, es una noción que permite tanto la protección de la libre competencia como la protección de ciertas actividades de interés general³⁴. Sin embargo, es una noción que por su determinación en función de directrices económicas, no contempla ciertas actividades en las cuales el Estado debe estar obligado a garantizar tanto la prestación de ciertos servicios a todos los consumidores y usuarios dentro de su territorio, como unos ciertos niveles de calidad en dicha prestación. Es por esta razón que dentro de la construcción de una noción europea de servicio público la noción de Servicio Económico de Interés General está acompañada de una noción especial de servicio universal.

III. LA NOCIÓN DE SERVICIO UNIVERSAL

En derecho comunitario, la noción de servicio universal designa:

“...un conjunto de requisitos de interés general que garantizan que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad especificada, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio de un Estado miembro con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible”³⁵.

34 Contrario a la práctica recurrente de algunos políticos europeos, la noción de servicio público no puede ser percibida como sinónimo de la noción de servicio de interés económico general, sino, eventualmente, como una noción próxima de la noción amplia de servicio de interés general, la cual abarca tanto las actividades económicas como las actividades no económicas. Sin embargo, es oportuno desde ahora aclarar que, si bien las nociones de servicio público y de servicio de interés general pueden ser objeto de aproximaciones y comparaciones en función de su grado de generalidad, las mismas no pueden tampoco ser tratadas como sinónimos debido a que dentro del marco del derecho comunitario la construcción de la noción de servicio de interés general se ha realizado teniendo como premisa el respeto de la autonomía de los Estados y el reconocimiento de sus diferencias. Esto ha convertido dicha noción en una noción más dinámica y en particular autónoma a través de la cual es posible desarrollar los valores de la Unión de manera amplia.

35 Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, Comunicación 230-final, Diario Oficial C 76 de 25 de marzo de 2004, No. 50.

La noción de servicio universal en principio constituía un simple elemento de contrapeso a la dinámica económica de apertura de ciertas actividades a la competencia³⁶ cuya utilización era facultativa de cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, a través del tiempo dicha noción se ha convertido, dentro del marco del derecho comunitario europeo, en una noción autónoma que se constituye, más que en un elemento facultativo de acompañamiento por parte de los Estados a los procesos de apertura de mercados, en una obligación de dichos Estados de organizar ciertos servicios en beneficio del conjunto de su población³⁷. Esta obligación permite que dichos Estados sometan a su vez a los prestadores de servicios a cumplir con ciertas obligaciones encaminadas a garantizar objetivos tales como la eficacia económica, la cohesión social o territorial y la protección y la seguridad de todos los ciudadanos de la Unión Europea³⁸, las cuales en condiciones normales de competencia no estarían dispuestos a asumir.

Este nuevo carácter obligatorio otorgado a la noción de servicio universal representa un avance fundamental, por dos razones: en primer lugar, porque, aunque continúa ejerciendo un contrapeso desde un punto de vista económico, el nuevo carácter le otorga a esta noción una dimensión dinámica, no determinada solamente por la apertura de los mercados –lo que implicaría que una vez desaparecida la fase de acompañamiento el servicio universal desaparecería–, sino a su vez y principalmente, determinada por la evolución de las necesidades sociales de la Unión. Es decir, la nueva dinámica hace que el servicio universal tienda hacia la ampliación de su cobertura y no hacia su desaparición³⁹. En segundo lugar,

36 L. Rapp, *La politique de libéralisation des services publics en Europe. Entre service public et service universel*, 352 (RMCUE, 1995).

37 M. Lombard, *Service Public et Service Universel, ou la double inconstance*, en *Les mutations contemporaines du droit public*, 507-521 (Daloz, Paris, 2002).

38 Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, Comunicación 230-final, Diario Oficial C 76 de 25 de marzo de 2004, No. 49.

39 Un ejemplo claro se presenta en el sector de las telecomunicaciones, en el área de telefonía: en esta materia se considera hoy que los teléfonos fijos hacen parte del servicio universal mientras que los teléfonos móviles no, lo que se adecua de manera evidente al estado actual de la situación. Sin embargo, una mayor evolu-

porque conceptualmente permite establecer dentro del marco del ordenamiento jurídico comunitario europeo una diferencia esencial entre la noción de servicio universal y la noción de servicio público fundamentada en la obligatoriedad. A partir de esta distinción es posible determinar, en concordancia con lo que hasta aquí he expuesto, por qué en derecho comunitario europeo se prefiere la noción de Servicio de Interés General a la noción de servicio público y se le ha otorgado a esta última un papel conceptualmente menos importante. En efecto, la noción de servicio público en derecho comunitario “aparece claramente reservada a las hipótesis en las que la organización de un servicio de interés general no es más que una facultad para los Estados, sin que exista para los ciudadanos un derecho a exigir dicho servicio”⁴⁰, mientras que la noción de servicio universal en los campos donde la misma es introducida, es una obligación para los Estados miembros y constituye un derecho exigible por sus ciudadanos. Es precisamente esta diferenciación la que permite entonces justificar que, conceptualmente, en el marco del ordenamiento jurídico comunitario se utilice, por una parte, tanto la noción de misión de servicio público como la noción de servicio universal, sin que las mismas sean consideradas como sinónimos, siendo la primera una noción mucho más flexible que la segunda, y, por otra parte, que se utilice tanto la noción de servicio universal como la noción de servicio de interés general, sin que los mismos aparezcan tampoco como sinónimos.

En este orden de ideas, la noción de servicio universal es una noción autónoma que se inscribe como pilar de los servicios de interés general, a partir de la cual los ciudadanos pueden exigir la prestación de un determinado servicio, que en principio, la lógica del mercado obligaría a los prestadores a abandonar (p. ej., por ausencia de rentabilidad), pero a su vez, con base en la misma noción, dichos prestadores están autorizados a percibir un precio

ción de la tecnología y de las necesidades sociales podrían llevar a que dentro de algunos años el servicio de telefonía celular deba ser introducido como una de las prestaciones de servicio universal en materia de telecomunicaciones, lo mismo que podría suceder en este sector con el servicio de internet.

40 Lombard, *supra*, nota 37, 512.

—que debe ser abordable para todos— y a compensar financieramente las pérdidas inducidas por la obligación de servicio universal⁴¹. Es decir, se trata de una noción que permite conciliar la racionalidad económica con las necesidades sociales.

De acuerdo con lo que hasta aquí he expuesto, se puede identificar que a la base de la noción de Servicio de Interés General en derecho comunitario europeo, se encuentran las nociones de Servicio Económico de Interés General y de servicio universal —donde la primera constituye una categoría y la segunda un elemento condición de los servicios de interés general— las cuales otorgan a esta noción una dimensión amplia y dinámica.

Es precisamente en esta dimensión amplia y dinámica que los servicios “públicos” a nivel comunitario, desde un punto de vista conceptual, abandonan la denominación de servicio “*público*”, por decisión expresa de la Comisión, para dar paso al concepto de Servicio de Interés General⁴². Un concepto que abarca tanto las actividades económicas como las actividades no económicas de interés general⁴³, pero que resulta más amplio que el concepto clásico de servicio público pues no solo contiene las diferentes concepciones que sobre la materia existen sino que, adicionalmente, no está sujeta a la noción de “lo público” que a tantas apreciaciones ambiguas se presta. En efecto, la noción “clásica” de servicio público se ha convertido en una noción imprecisa que pocos logran comprender y que, además de ser manipulada oponiéndola a la noción de prestación privada de un servicio, choca con la necesidad del mundo globalizado de armonizar los ordenamientos jurídicos

41 Braconnier, *supra*, nota 14, 72.

42 “Los términos ‘servicio de interés general’ y ‘servicio de interés económico general’ no deben confundirse con la expresión ‘*servicio público*’, un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión”: Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, Comunicación 230-final, Diario Oficial C 76 de 25 de marzo de 2004, No. 20.

43 “El término ‘*servicios de interés general*’ (...) abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público”: Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, Comunicación 230-final, Diario Oficial C 76 de 25 de marzo de 2004, No. 16.

internos. Es por esta razón que el esfuerzo europeo por construir una noción que permita conciliar las diferentes aproximaciones que del servicio público existen, ya sea por la concepción que cada país en particular tiene del rol del Estado, ya sea por el sistema de derecho aplicado por uno u otro Estado (anglosajón o romano-germánico), constituye un paso fundamental no solo en la recuperación de la autonomía conceptual de la noción sino principalmente en el aporte de respuestas a *las realidades jurídicas transnacionales*⁴⁴ propias del mundo globalizado.

En materia de derecho público y particularmente de derecho administrativo, la dimensión amplia y dinámica de la noción de Servicio de Interés General se contrapone a la odiosa tendencia, propia de estas ramas del derecho, consistente en querer enumerar y clasificar todo en la búsqueda de una supuesta seguridad jurídica, la cual ha llevado a que las instituciones se reformen con mucha lentitud y, principalmente, a que dichas reformas sean traumáticas pues, necesariamente, por no tener carácter evolutivo, a la hora de introducir las reformas se crean grandes rupturas. En este sentido, la construcción de la noción de Servicio de Interés General, por lo menos hasta ahora, ha dado muestras de buscar alejarse de las imposiciones de categorías y clasificaciones adquiriendo un carácter dinámico fundamentado en la voluntad de cada uno de los Estados y de la misma Comunidad. El derecho europeo, en su necesidad de conciliar las diferentes posiciones existentes en materia de servicios públicos, presenta entonces una aproximación más pragmática y menos dogmática de la noción de servicio público, la cual ha permitido conjugar las necesidades del mercado global con las necesidades de las sociedades.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, se puede afirmar que el proceso político y jurídico de integración regional de Europa muestra de manera

44 Es lo que el profesor Auby, considera la tercera tensión jurídica del universo globalizado: ob cit. *supra*, nota 2, 25.

clara que a la base de todo proceso de armonización normativa deben establecerse nociones jurídicas comunes que permitan crear reglas homogéneas que no violenten las tradiciones jurídicas de los Estados parte. En otros términos, la construcción regional europea muestra, en este caso a través del concepto de Servicio de Interés General, que la mejor manera de armonizar los ordenamientos jurídicos y construir una lógica regional no consiste en crear normas intermedias entre lo nacional y lo global, sino que es necesario que los juristas que participan de estos procesos se esfuercen por imaginar nociones y conceptos nuevos que permitan agrupar las diferentes tendencias jurídicas de los Estados. Este trabajo de “imaginación-creación jurídica” es fundamental en razón a que, mucho más allá de intentar acomodar las normatividades internas a las realidades transnacionales, lo que el jurista debe procurar establecer son nociones de base que agrupen y concilien las diferentes corrientes jurídicas dentro del respeto de los valores nacionales y de los principios de una economía de mercado. El ejemplo de la Comunidad Europea, y en particular su noción de Servicio de Interés General, nos puede servir entonces de elemento de comparación para avanzar con pasos firmes y concretos en la construcción regional, por ejemplo de un derecho latinoamericano de los servicios públicos acorde con la vocación global que debe presentar todo ordenamiento jurídico moderno que quiera perdurar y aportar sus nociones a la construcción de un derecho global.

BIBLIOGRAFÍA

- Auby, J.-B., *La globalisation le droit et l'État* (Montchrestien, Paris, 2003).
- Braconnier, S., *Droit des services publics* (PUF Thémis, Paris, 2003).
- Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General*.
- Friedman, Th., *The World is flat. A Brief History of the Twenty-first Century* (Farrar, Straus and Giroux, New York, 2005).
- Fromont, M., *Droit administratif des états européens* (PUF, Paris, 2006).

- Le Bris, R.-F., *L'État quand même* (Odile Jacob, Paris, 2005).
- Lombard, M., *Service public et service universel, ou la double inconsistance*, en *Les mutations contemporaines du droit public* (Dalloz, Paris, 2002).
- Moderne, F., *L'analyse comparative des notions de service public dans les États membres*, en C. Stoffaës, *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général* (Aspe, 1995).
- Rincón Salcedo, J. *Globalización y derecho administrativo, Quaestiones Iuricae* 29 (junio de 2004).
- Rapp, L., *La politique de libéralisation des services publics en Europe. Entre service public et service universel* (RMCUE, 1995).
- Teubner, G., *Global Law without a State* (Dartmouth, 1997).

