

LA CREACIÓN DE MERCADOS REGULADOS: CONSECUENCIAS PARA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO*

SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ
Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.—
III. LA CREACIÓN DE MERCADOS REGULADOS: III.1. *Aspectos fundamentales*. III.2. Un ejemplo:
el caso del transporte aéreo: A) Planteamiento general. B) Facultades interventoras que se
proyectan en el sector.—IV. CONSIDERACIONES FINALES. EL PAPEL DEL ESTADO EN LA VIGENTE
ORDENACIÓN DEL SISTEMA ECONÓMICO.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

En un contexto de globalización y de procesos de liberalización de la economía como el que nos ha tocado vivir —lo que algunos denominan «nueva economía»—, no es de extrañar que los efectos de esas tendencias hayan influido de forma sustancial en nuestro Derecho. En este sentido, uno de los aspectos jurídicos más sobresalientes —conviene ya advertirlo— es un marcado cambio en cuanto a los criterios y a los procedimientos de actuación tradicionalmente adoptados por el Estado. Me limito a constatar una realidad. La amplia reordenación de la economía iniciada en la última década del siglo xx ha traído consigo, en efecto, nuevas formas de intervención, más de ordenación que de gestión pública, que en buena medida son consecuencia de la despublicación de las más importantes actividades serviciales reservadas al Estado.

En este marco, que, por cierto, han propiciado las exigencias del Derecho comunitario, la «regulación económica» ha adquirido el mayor protagonismo. De ello da buena cuenta una extensa bibliografía que pone de manifiesto, a propósito de la referida modalidad interventora, diversos aspectos de interés que la misma presenta¹. A título indicativo, ha habido

* Ponencia presentada en los cursos de postgrado que organiza la Universidad Pontificia de Salamanca (febrero de 2005).

¹ Sobre los efectos de la regulación económica puede verse la síntesis de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre la nueva Administración económica», en el vol. col. *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 2000, págs. 449 y ss. Asimismo, Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, en especial págs. 225 y ss.; Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, CERE y Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1995, y *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 50. Además, este autor ha abordado el mismo tema en estu-

coincidencia en destacar la idoneidad de la regulación económica en las circunstancias actuales, y esto, sobre todo, por conciliar la competencia con cierto control administrativo que garantice debidamente el interés general². Ésta es, desde luego, una cuestión central que justifica la insistencia de los administrativistas, pero no la única; sin entrar por el momento en mayores consideraciones, también las raíces últimas de la vigente ordenación económica han sido objeto de estudio, un tema que puede ser analizado desde distintos enfoques y en cuyo alcance real conviene insistir. Tal es, en definitiva, la finalidad de estas páginas.

El planteamiento que propongo parte de la certeza de que el Estado, en realidad, nunca ha quedado al margen de cualquier actividad o sector que pudiese influir en la economía. Debe quedar claro que la intervención pública en este ámbito ha venido siendo una constante, si bien variando en cuanto a su forma e intensidad. En cuanto a tales modulaciones, resultaría escasamente útil pormenorizar acerca de los fundamentos y modalidades de tal intervención³; lo que aquí interesa destacar es que *la regulación económica, o, en otros términos, la opción por una u otra modalidad interventora, no debe ni puede ser sino consecuencia de la configuración del Estado de la que se parta y de los fines que éste debe satisfacer*. Esta consideración ha de tenerse presente en cualquier planteamiento que se haga a propósito de las nuevas formas de intervención pública. Se pone así de manifiesto que la regulación económica —al igual que todo lo relacionado con la Administración— es básicamente un tema político. Esta afirmación implica, en palabras de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, que debe arrancar siempre de una determinada concepción del Estado, de las exigencias que impone y que su

dios tales como, por ejemplo, «Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional», en el vol. col. *La Administración institucional. Homenaje al Profesor Clavero Arévalo*, Civitas-IGO, Madrid, 1994, vol. I, págs. 49 y ss. Véanse también Joaquín TORNOS MAS, «La actividad de regulación», en el vol. col. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo* (coordinado por Francisco SOSA WAGNER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, T. I, págs. 1329 y ss.; Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, «El nuevo modelo de regulación para la competencia», en el vol. col. *Privatización y liberalización de servicios* (dirigido por Gaspar ARIÑO), UAM y BOE, Madrid, 1999, págs. 125 y ss. Por último, si bien en concreta referencia al sector eléctrico, Gaspar ARIÑO ORTIZ y Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998.

² Véase, por ejemplo, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», en núm. 150 de esta REVISTA, 1999, en especial págs. 65 y ss.

³ La bibliografía sobre el particular también es extensa; véanse, sin ánimo exhaustivo, Manuel ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 1 a 34, así como su trabajo «Constitución económica y libertad de empresa», en el vol. col. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, T. I, págs. 163 y ss.; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1988, vol. I, especialmente págs. 70 a 120, y su posterior estudio «Principios del sistema económico de la Constitución Española», en el vol. col. *La intervención administrativa en la economía*, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 13 a 26; Manuel GARCÍA PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, págs. 27 a 53. Por último, para un planteamiento general resulta inexcusable remitir a la obra colectiva *El modelo económico en la Constitución española* (dirigida por Fernando GARRIDO FALLA), IEE, Madrid, 1981, vol. I.

ejecución y puesta en práctica, siempre desde la objetividad, racionalidad y profesionalidad que la Constitución refiere a la Administración, no será sino consecuencia de la decisión política que al efecto se adopte⁴. Analizar los distintos planteamientos y las opciones que puedan barajar las fuerzas políticas excede, como es lógico, del propósito de la exposición que voy a desarrollar.

Habida cuenta las lógicas limitaciones de extensión en un trabajo de este tipo, algunas cuestiones quedarán sólo esbozadas para poder abordar con detenimiento otras como, por ejemplo, las coordenadas que enmarcan la actual realidad jurídica y económica. En concreto, se ofrece una síntesis del contenido de la regulación económica y se analizan dos aspectos que merecen especial atención: los efectos de dicha regulación en los ámbitos en los que opera —si bien haciendo especial referencia al transporte aéreo— y los objetivos a los que debe responder. Un análisis que conduce a reflexionar, desde una perspectiva más amplia, acerca de si las técnicas de intervención son «intercambiables» sin más y si los modelos de organización y actuación pública son de validez y aplicación universal, al margen de las concretas circunstancias que determinan cada momento⁵. Sólo llegados a este punto sabremos si realmente puede hablarse de «crisis» del Estado social y de lo que ésta implica. No obstante, antes de adentrarnos en los aspectos señalados conviene hacer algunas precisiones que considero necesarias.

En primer término debe advertirse que el término «regulación» alude a dos formas distintas de intervención pública: la que en España se ha denominado tradicionalmente «*policía administrativa*» y la más actual «*regulación para la competencia*». La acción de policía implica un control por parte de la Administración con el que se pretende evitar daños a la sociedad, siendo sus técnicas típicas la reglamentación y la sanción⁶. A esto cabe

⁴ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «De la simplificación de la Administración Pública», en núm. 147 de esta REVISTA, 1998, pág. 9.

⁵ De la intercambiabilidad de las técnicas jurídicas ha dado cuenta la doctrina. El profesor José Luis VILLAR PALASÍ advirtió su mutabilidad en la consecución de fines públicos tanto en su estudio sobre «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», en núm. 3 de esta REVISTA, 1950, págs. 53 a 125, como en su conocida obra *La intervención administrativa en la Industria*, IEP, Madrid, 1964, vol. I, págs. 92 a 94. Por lo tanto, hace ya más de medio siglo desde la formulación original de este principio, que se manifiesta con especial intensidad en el caso de las técnicas de fomento. A este respecto explica VILLAR PALASÍ que «todas las técnicas de fomento son entre sí convertibles (...) ya que implican una única finalidad que puede conseguirse mediante la aplicación de una serie de medios distintos». Vid., de este autor, «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», en núm. 14 de esta REVISTA, 1954, págs. 10 y ss., especialmente págs. 55 y ss. Por su parte, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO argumenta que tales técnicas son «simples medios» para obtener unos resultados que pueden alcanzarse a través de fórmulas diferentes. Así, el fomento de la producción de unos determinados bienes puede alcanzarse, por ejemplo, subvencionando su fabricación, eximiendo a ésta del pago de impuestos o desgravando la importación de materias primas que a tal fin puedan ser necesarias (*Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 443). También en concreta referencia a la intercambiabilidad de las técnicas de fomento, vid. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, pág. 61.

⁶ Sobre el contenido y alcance de la actividad de policía pueden consultarse, entre otros, Alejandro NIETO, «Algunas precisiones sobre el concepto de policía», en núm. 81

añadir que se trata de una regulación externa, pues, de acuerdo con lo que a este respecto sostiene la doctrina⁷, es una fórmula interventora que actúa desde el exterior de la actividad a la que se aplica dicho control. Éste afecta a las condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad en cuestión, pero sin entrar a cuestionar o predeterminar las decisiones empresariales. Distinta es la *regulación para la competencia* —también denominada «*regulación económica*»—, que viene apreciándose en los sectores intervenidos (en numerosos casos, de servicio público). En una aproximación a esta segunda modalidad interventora puede decirse que se centra en el acceso y posterior desarrollo de actividades de interés general. De este modo se pone de manifiesto un control público que se traduce en la mayoría de los supuestos en la exigencia del correspondiente título habilitante para dicho acceso. En cuanto a su contenido, la regulación económica atiende a las condiciones económicas en que tales actividades se realizan: al *quantum* de producción o de los servicios que se prestan, a las zonas o mercados que sirven las empresas, a los precios o retribuciones que perciben y al negocio mismo en que consiste la actividad. Resumiendo, la referida fórmula interventora implica una continua supervisión administrativa de la gestión privada y se dirige a garantizar la efectividad de lo que el mercado requiere.

Una última cuestión quiero dejar apuntada. Esta regulación, que, como digo, afecta de forma generalizada a los sectores económicos, ha propiciado una amplia polémica doctrinal en torno a una posible crisis del servicio público⁸. Se ha puesto en entredicho, en efecto, la vigencia y funcionalidad de una de las más emblemáticas técnicas del Derecho administrativo, pero no sólo de esta disciplina, sino del propio Estado social de Derecho; del también llamado Estado del Bienestar. Fácilmente se comprende, por lo tanto, que el debate suscitado ha sido de no poca envergadura.

de esta REVISTA, 1976, págs. 35 y ss.; Javier BARCELONA LLOP, voz «Policía administrativa», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1989, T. XIX, págs. 943 y ss. Más recientemente, Manuel REBOLLO PUIG, «La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», en el vol. col. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo* (coordinado por F. SOSA WAGNER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, T. I, págs. 1365 y ss.; Luciano PAREJO ALFONSO y Roberto DROMI, *Seguridad pública y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2001, págs. 245 y ss.

⁷ Por todos, vid. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, cit., pág. 50.

⁸ Véase Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía», en *Justicia Administrativa*, núm. 18, 2003, págs. 7 y ss. Asimismo, Luis MARTÍN REBOLLO, «Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)», en el vol. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 611 y ss.

II. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Si para definir la regulación para la competencia utilizamos el método etimológico, es obvio que el concepto de estudio se compone de dos elementos: «regulación» y «competencia». Uno y otro resultan complementarios en cuanto que, como paso a explicar, en el difícil equilibrio entre mercado y regulación resulta que ésta es imprescindible para que aquél exista y funcione.

En la situación actual es incuestionable que el mercado conlleva notables ventajas, pues parece obvio que la introducción de la competencia —o, en términos más coloquiales, «la ley de la oferta y la demanda»— favorece la calidad de los servicios y la bajada de los precios. Pero, en numerosas ocasiones, resulta que para que el mercado funcione correctamente y se produzcan esos efectos es preciso que el Estado cree un marco jurídico-institucional que imponga obligaciones y límites a los operadores privados. De aquí se deduce que si se quiere preservar la competencia es irrenunciable, en la mayoría de las ocasiones, un control por parte de las instancias públicas. Esto es tanto como decir que el mercado necesita cierta intervención administrativa para poder realizarse.

De acuerdo con estos presupuestos, la regulación para la competencia hace su aparición ante los fracasos o fallos del mercado que implican, como ya podrá suponerse, obstáculos al libre funcionamiento de éste. Siempre que haya intereses generales en juego corresponde a los poderes públicos corregir esos fallos, y justamente esto es lo que se persigue con la referida regulación: «defender» al mercado para aprovechar sus ventajas y garantizar la adecuada protección de los intereses públicos en presencia. Para lograr estos objetivos, la Administración controla el acceso al ejercicio de las actividades de interés general, establece obligaciones de comportamiento a los operadores privados, impone estándares de calidad y seguridad e incluso supervisa y limita la fijación de los precios. En todo lo demás, incentiva la libertad empresarial para una más eficiente gestión de las actividades de interés público.

Hechas estas consideraciones cabe sostener, en primer lugar, que la regulación económica difiere del modelo clásico de intervención en cuanto que no es antitética de la competencia, sino complementaria de ésta⁹. Se explica así el empleo de otras técnicas de intervención, alternativas al régi-

⁹ Así lo demuestran la experiencia británica o la norteamericana, pues la doctrina ha destacado las semejanzas crecientes de los enfoques desarrollados en la regulación por la que han optado dichos países. En el caso de Gran Bretaña, la privatización de las *utilities* se ha acompañado de un marco regulador específico para promover la competencia y para garantizar las misiones de servicio público de estas actividades. En relación a este tema puede verse Francisco José VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*, Tecnos, Madrid, 1993. En concreta referencia a la regulación norteamericana, Juan José MONTERO PASCUAL, «Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicios públicos en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 92, 1996, págs. 567 y ss., en especial págs. 583 y ss.

men de la *publicatio*, que se orientan a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que produce el mercado (tales ventajas hacen referencia a la libertad de elección, a la optimización de la atribución de los recursos productivos, a la dinamización económica, etc.). Por lo tanto, la referida regulación cobra otro sentido distinto al que tradicionalmente presidió los grandes servicios públicos —en el que el regulador asumía la mayoría de las decisiones—; pretende, sobre todo, incentivar una más eficiente gestión privada para obtener los mejores resultados. Y es que el objetivo actualmente perseguido no es tanto controlar a las empresas cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resulten esenciales para la vida y el bienestar de aquélla.

Delimitados los fines que interesan, el Estado deberá intervenir cuando el funcionamiento libre del mercado no sea suficiente para garantizar la correcta prestación de los servicios, de tal forma que se presten en las adecuadas condiciones —de seguridad, calidad y precio— y se extiendan a toda la población. En la medida en que para obtener este resultado sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación. De aquí se deduce, en segundo lugar, que la competencia es lo prioritario y la regulación es imprescindible para hacerla posible.

En esto consiste la referida modalidad interventora. Se trata de introducir una mayor competencia en aquellos aspectos o actividades en que ésta sea posible y, por otra parte, de crearla en aquellos sectores en los que en principio es muy difícil porque existen elementos de monopolio natural. Tal es el caso de la mayoría de los ámbitos en los que se desarrollaron las empresas públicas (sectores como la banca, los transportes, las telecomunicaciones, etc.), que por diversas circunstancias distan mucho de ser mercados perfectos. Baste ahora con decir que para acceder a los mismos son necesarias grandes inversiones y que los nuevos operadores tienen que competir con los ya afianzados en el sector de que se trate —de ahí que, por cierto, no sea improbable que se vulneren las reglas de la competencia—. Así las cosas, no parece que pueda hablarse de «igualdad» en los sectores liberalizados. La competencia es escasa y se dan las condiciones propicias para articular monopolios y oligopolios, perjudiciales, sin duda alguna, para la sociedad en su conjunto. En este contexto, sólo cuando el Estado propicia un marco institucional adecuado —imponiendo limitaciones y deberes de hacer a aquellos que actúan en esos sectores— puede originarse un mercado que, aun cuando pueda resultar imperfecto, siempre será más eficiente que la gestión pública monopolística que conocimos en el pasado.

Resumiendo, la regulación económica se dirige a la ordenación del mercado, hace su aparición ante los fracasos o fallos del mismo —fallos que mediante medidas de reajuste deben corregir los poderes públicos— y supone una intervención continua de éstos respecto de la actividad y comportamiento de los operadores privados. Con ello se pretende aprovechar los beneficios del mercado y proteger adecuadamente los intereses generales en juego. Siendo más explícitos, los objetivos fundamentales de la regulación económica son dos: garantizar la prestación presente y futura del

servicio de que se trate y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio. En la medida en que para obtener estos fines haga falta intervenir en la actividad y en la libre iniciativa empresarial, estará justificada la regulación. Ésta tendrá que ser la imprescindible, subsidiaria y complementaria de la competencia, pero en ningún caso ha de sustituirla. La peor tentación del regulador es convertirse en «un gestor en la sombra»¹⁰. Por esto mismo conviene insistir en una consideración fundamental que hay que tener muy presente: el principal cometido de regulación es promover y defender el correcto funcionamiento del mercado.

III. LA CREACIÓN DE MERCADOS REGULADOS

III.1. Aspectos fundamentales

En los sectores económicos antiguamente declarados servicios públicos —o, siendo más exactos, servicios públicos de carácter económico—, la apertura a la competencia no ha dado lugar a mercados «libres», sino a *mercados regulados*¹¹. En efecto, tras los procesos de privatización y liberalización a los que hemos venido asistiendo en la última década, sectores tales como el gasista, el eléctrico, el petrolero, los transportes, los postales o las telecomunicaciones han quedado sometidos a una más o menos estricta regulación pública. Por lo tanto, la despublificación de las más importantes actividades serviciales reservadas al Estado no ha determinado, ni mucho menos, la supresión de cualquier forma de intervención administrativa. Se constatan, eso sí, nuevos criterios y procedimientos de actuación que se corresponden más con la ordenación que con la gestión pública.

El cambio señalado caracteriza la situación resultante del fenómeno liberalizador. La Administración ha dejado de realizar su actividad prestacional en tales sectores y opta, como contrapartida, por una función de ordenación de las actividades que entrañan y que son ahora privadas. Así lo exigen la importancia social de las mismas, la asimetría de posiciones entre empresas y usuarios, las limitaciones técnicas o la dificultad de crear mercados abiertos y transparentes. De aquí se deduce que la trascendencia social de las actividades serviciales justifica, por lo tanto, que su evolución y correcto desarrollo no pueda resultar indiferente a los poderes públicos; de ahí su necesidad de control¹². Por otra parte, el funcionamiento libre

¹⁰ Martha O. HESSE, «Regulación del sector eléctrico: objetivos y principios», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 1991, pág. 221.

¹¹ A este respecto, véanse las ilustrativas explicaciones de Santiago GONZÁLEZ-VARAS, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Comares, Granada, 2001, pág. 2.

¹² Sobre esta cuestión, véase Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, «Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos», en su libro con Gaspar ARIÑO ORTIZ y José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons y UAM, Madrid, 1997, págs. 88 y ss. Asimismo, Luis MORELL OCAÑA, «La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años», en núm. 150 de esta REVISTA, 1999, págs. 407 y ss.

del mercado, conforme a sus exclusivas reglas y sin intervención alguna, produce «externalidades», efectos sobre otros sectores de la actividad social o económica que igualmente deben corregirse.

La situación descrita permite extraer las siguientes conclusiones: en primer término, que los sectores económicos que se corresponden con los viejos servicios públicos, por su propia condición o esencia, tienen en común ciertos rasgos típicos que los distinguen y los hacen especiales en relación con los «demás» mercados. En el mercado del gas, en el de las telecomunicaciones o en el de la electricidad —por poner algún ejemplo— siguen presentes muy numerosos y característicos intereses públicos de los que la Administración no puede desentenderse. Me refiero a la necesidad de garantizar el suministro, de paliar las características posiciones de dominio, de velar por los derechos de los ciudadanos y de los propios operadores, de atender a la gestión de la red, etc. Y es que en el fondo, aun cuando la liberalización y la privatización hayan impregnado la realidad social y económica, «subyace» la configuración tradicional de esos sectores como servicios públicos¹³.

Dicho esto ha de quedar claro, no obstante, que las actividades a las que se ha venido haciendo referencia no pueden ser calificadas de servicios públicos en sentido estricto. Es cierto que constituyen mercados singulares o específicos, como he dicho, dada su innegable impronta pública. Pero aun así, y pese a todas las reservas que se han venido haciendo, no puede sostenerse que estemos en rigor ante servicios públicos. Y esto porque, a pesar de la objetivización de la categoría —resultante del proceso de redefinición en que, como he indicado, se encuentra inmersa—, dicha técnica sigue estando asociada en nuestro Derecho a la idea de monopolio *de iure*¹⁴; ello implica, como presupuesto necesario, la reserva formal de la titularidad pública de la actividad, a la que se anudan una serie de potesta-

¹³ Así lo ha advertido Santiago GONZÁLEZ-VARAS en *Los mercados de interés general...*, *op. cit.*, pág. 2.

¹⁴ La técnica del servicio público tiene su fundamento constitucional en la reserva de recursos o servicios esenciales del artículo 128.2 de la CE, que conlleva el monopolio *de iure* de la actividad. Ésta es la línea argumental esgrimida por la doctrina española, sobre todo tras la publicación de los trabajos de José Luis VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», en núm. 3 de esta REVISTA, 1950, págs. 53 y ss., y de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», en núm. 17 de esta REVISTA, 1955, págs. 87 y ss., en especial 116 y 117. En la misma dirección, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1988, vol. I, págs. 251 y ss.; Gaspar ARIÑO, «Servicio público y libertades públicas», en el vol. col. *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo xx. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 1320. Tan extendida postura fue discutida por Fernando GARRIDO FALLA, que asimiló los servicios asistenciales no monopolizados a verdaderos servicios públicos tanto en «La crisis de la noción de servicio público», que se incluye en *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, IEP, 1954, págs. 141 y ss., como en la obra colectiva *El modelo económico en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1981, vol. I, págs. 69 y ss. Posteriormente, sin embargo, este autor aceptó el criterio de reserva formal de la actividad como presupuesto del servicio público. Baste con citar a este respecto sus trabajos «El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981, págs. 225 y ss., y «El concepto de servicio público en el Derecho español», en núm. 135 de esta REVISTA, 1994, págs. 7 y ss.

des administrativas que caracterizan su desarrollo y control, y que igualmente disciplinan su eventual gestión indirecta por vía contractual.

III.2. *Un ejemplo: el caso del transporte aéreo*

A) *Planteamiento general.*

Esbozada la intervención que viene apreciándose en los sectores económicos antiguamente declarados servicios públicos —hoy «servicios de interés económico general», en la terminología del artículo 86 (antiguo 90) del Tratado de la Unión Europea—, procede a continuación ilustrar las anteriores explicaciones examinando sus efectos en alguno de esos sectores. A este fin puede servir como ejemplo el transporte aéreo, que ha conocido una progresiva liberalización en la Comunidad Europea. Entre 1987 y 1992, la Comisión y el Consejo aprobaron más de treinta normas liberalizadoras, la mayoría de naturaleza reglamentaria, que se han dado a conocer en tres series o «paquetes»: el primero se adoptó en 1987, el segundo en 1990 y el tercero en 1992. Este último supuso el paso decisivo en el proceso liberalizador, pues recoge una normativa que aborda aspectos fundamentales para la definitiva apertura a la competencia del sector. Los Reglamentos que el Consejo aprobó en 1992 pretenden, con carácter prioritario, la libertad de acceso al mercado aéreo (Reglamento 2408/92), la libre fijación de tarifas por los transportistas (Reglamento 2409/92) y la regulación de un marco mínimo respecto de la concesión y mantenimiento de licencias (Reglamento 2407/92)¹⁵.

Como no podía ser de otro modo, el Estado español ha adaptado su legislación a las directrices impuestas por el Derecho comunitario. Los reglamentos citados dieron lugar primero a dos Órdenes de fecha 29 de diciembre de 1992 (respectivamente, de «autorización de servicios aéreos intracomunitarios y registro de sus tarifas» y de «normas para la concesión y el mantenimiento de licencias de explotación a las compañías aéreas»). Unos años después fue necesario adaptar esta normativa a ciertos cambios introducidos en los Reglamentos comunitarios. Así se explica que dichas Órdenes se sustituyesen por otras de 27 de noviembre de 1997 y de 12 de marzo de 1998, las actualmente vigentes¹⁶. En la primera de ellas se regu-

¹⁵ En el orden mencionado, las normas referidas son las siguientes: Reglamento (CEE) 2408/92 del Consejo, de 23 de julio, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (*DOCE* núm. L 240 de 1992); Reglamento (CEE) 2409/92 del Consejo, de 23 de julio, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos (*DOCE* núm. L 240 de 1992); Reglamento (CEE) 2407/92 del Consejo, de 23 de julio, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas (*DOCE* núm. L 240 de 1992).

¹⁶ En este sentido, la Orden de 27 de noviembre de 1997 se justifica afirmando que «el Reglamento (CEE) núm. 2408/92, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias, y el Reglamento (CEE) núm. 2409/92, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos, ambos del Consejo, fueron aprobados el 23 de julio de 1992. La Orden del Ministro de Obras Públicas y Transportes, de 29 de diciembre de 1992, por la que se regula la autorización de servicios aéreos intracomunitarios y el registro de

lan las autorizaciones para realizar servicios aéreos intracomunitarios y el registro de sus tarifas (en consonancia con los Reglamentos 2408/92 y 2409/92); en la segunda se prevé el régimen de concesión de licencias a las compañías aéreas (de conformidad con el Reglamento 2407/92). Mediante esta normativa se ha desplazado el sistema de concesión previa, que se recoge, sin embargo, en la todavía vigente Ley española de Navegación Aérea de 1960¹⁷.

No ha sido nuestra legislación, en consecuencia, la que ha conducido a la liberalización plena del transporte aéreo, sino el Derecho comunitario. En la Unión Europea el transporte aéreo es hoy día una actividad realizada al amparo de la libertad de empresa, sin perjuicio de las limitaciones que exija el interés general y de la eventual iniciativa pública, que en cualquier caso deberá someterse a las reglas de la competencia. Pero para llegar a este punto ha tenido que seguirse un largo proceso que, en el caso de España, parte de la *publicatio* de la actividad.

En efecto, en nuestro país el transporte aéreo se hallaba reservado al Estado y concedido en exclusiva a «Iberia», Compañía Mercantil Anónima declarada pública en 1940. Circunstancias de diversa índole (sobre todo, de tipo social y económico) aconsejaron por aquel entonces este estado de cosas, que se tradujo en la declaración formal del transporte aéreo como servicio público. Sin embargo, unos años después la situación empezó a cambiar. Se inició un proceso de liberalización que al principio tuvo por objeto el tráfico regular y, después, como en el resto de Europa, el transporte aéreo en general (regular y no regular). Ello ha supuesto, como antes indiqué, la plena libertad de tráfico realizado por las aerolíneas comunitarias en o entre los Estados miembros, libertad que hace referencia a la facultad de trasladar en aeronave pasaje, correo o carga en ejercicio de una actividad comercial.

Éstas son las coordenadas que enmarcan el desarrollo del transporte aéreo y que deben tenerse en cuenta a la hora de examinar las diversas formas de intervención pública que vienen apreciándose en el sector.

B) *Facultades interventoras que se proyectan en el sector.*

Conforme a la clasificación expuesta al comienzo de este trabajo, en el transporte aéreo se advierten ciertas facultades interventoras que se co-

sus tarifas, se adoptó en aplicación de los citados Reglamentos. Con posterioridad, la Comisión ha comunicado a los Estados miembros sus criterios de interpretación respecto a algunos de los preceptos de los indicados Reglamentos, con el fin de conseguir una aplicación homogénea de dicha normativa en todo el ámbito comunitario (...).

Dado que es preciso incorporar numerosas modificaciones que afectan a la mayor parte del articulado de la citada Orden de 29 de diciembre de 1992, se ha estimado oportuno sustituir ésta por una nueva Orden que regule globalmente los procedimientos formales para la correcta aplicación de los Reglamentos indicados, a efectos de facilitar su conocimiento a los interesados».

¹⁷ Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (BOE núm. 176, de 23 de julio; corrección de errores en núm. 209, de 31 de agosto de 1960).

rresponden con la clásica *actividad de policía*. Así, por ejemplo, los poderes públicos pueden limitar, e incluso impedir, el tráfico cuando existan problemas graves de congestión y/o medioambientales, sobre todo si otros medios de transporte pueden ofrecer un nivel de servicio satisfactorio (art. 9.1 del Reglamento 2408/92). Pero, en cualquier caso, según advierte el artículo 9.7 de esta normativa, la restricción o exclusión del tráfico tendrá una vigencia limitada (nunca superior a tres años, plazo a cuya expiración debe revisarse) y afectará por igual a todas las compañías que operen o pretendan operar en una misma ruta.

Por lo demás, las formas jurídicas a través de las que se instrumenta la referida función administrativa son muy distintas: reglamentaciones técnicas, licencias o permisos, órdenes o mandatos, registros, inspecciones y sanciones. Pero en lo que se refiere al control del acceso a la actividad de transporte aéreo y del desarrollo de ésta, a la verificación del cumplimiento de los requisitos o condiciones legalmente exigidos, la intervención administrativa se formaliza básicamente a través de la denominada *licencia de explotación* (regulada por OM de 12 de marzo de 1998, que desarrolla el Reglamento del Consejo 2407/92, tal y como prevé el artículo 17 de éste)¹⁸, una autorización administrativa que otorga la condición de transportista aéreo y que concede, en su caso, la Dirección General de Aviación Civil —art. 2.b) de la Orden reguladora—. Para su obtención y mantenimiento, las empresas solicitantes deben poder acreditar que cumplen las condiciones y requisitos que establece la OM de 12 de marzo de 1998, de tal forma que el ejercicio de la actividad se sujeta a límites negativos (por ejemplo, las prohibiciones que afectan a las compañías que pretendan mantener el certificado de operador aéreo) y positivos (como la obligación de garantizar la seguridad del servicio, a través de la exigencia de acuerdos con compañías aseguradoras, o la de garantizar su continuidad y calidad mediante una adecuada solvencia económica y técnica). En esta línea, una serie de deberes formales condicionan la vigencia de dichos permisos, pues, por ejemplo, para contar con ellos las aerolíneas deben hacer llegar a la Administración las cuentas anuales auditadas en cada ejercicio (art. 10.2 de la OM de 12 de marzo de 1998).

Estas obligaciones de tipo formal se extienden también a las compañías comunitarias que operen en aeropuertos españoles, que han de facilitar a la Dirección General de Aviación Civil los datos estadísticos de su actividad y comunicar sus tarifas al mismo órgano administrativo para su registro (obligaciones establecidas en la DA 2.^a y en el art. 5 de la OM de 27 de noviembre de 1997, por la que se regulan las autorizaciones para realizar servicios aéreos intracomunitarios).

Cabe señalar, por último, que la Administración competente para otorgar la licencia de explotación puede también dejarla en suspenso, o incluso

¹⁸ Respectivamente, Reglamento 2407/92 del Consejo, de 23 de julio, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas (*DOCE* núm. L 240 de 1992), y Orden de 12 de marzo de 1998, por la que se establecen las normas para la concesión y el mantenimiento de licencias de explotación a las compañías aéreas.

revocarla, cuando aprecie fundadamente que la compañía aérea titular de la misma no podrá hacer frente, por un plazo de doce meses, a las obligaciones que haya contraído o pueda contraer (art. 11 de la OM de 12 de marzo de 1998, en concordancia con el art. 5.5 del Reglamento 2407/92).

En cuanto a las facultades interventoras de ordenación del mercado que se detectan en el sector, de antemano conviene advertir que son francamente numerosas. Sin ánimo exhaustivo, entre las más significativas cabe aludir a las siguientes:

En primer término, *cualquier Estado miembro puede acordar la restricción o exclusión del tráfico* fundada en la insuficiente capacidad aeroportuaria, es decir, en las normas de reparto o asignación de *slots* que se establecen en el Reglamento 95/93, de 18 de enero de 1993 (modificado por el Reglamento 793/2004, de 21 de abril)¹⁹.

En este sentido, el artículo 9.8 del Reglamento 2408/92 condiciona la autorización —por parte de un Estado miembro— para que una compañía aérea establezca un nuevo servicio o aumente la frecuencia de uno existente a que concurren dos circunstancias: la primera, que antes se permita establecer un nuevo servicio o aumentar la frecuencia del existente (hacia el aeropuerto de referencia) a la compañía del otro Estado miembro; la segunda, la aprobación por el Consejo de un Reglamento que ordene un código de conducta acerca de la asignación de *slots*, que ha de estar basado en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

En segundo lugar, también *la capacidad de los servicios aéreos puede ser limitada*, y esto aun cuando el principio general es la prohibición de este tipo de restricciones. El Estado que pretenda dicho recorte debe solicitarlo a la Comisión y poder demostrar que la liberalización ha supuesto un grave perjuicio económico para una o más compañías nacionales (art. 10.2 del Reglamento 2408/92)²⁰.

La fijación de las tarifas, que en teoría debería ser libremente acordada por las partes en el contrato de transporte, es también un buen ejemplo de la decisiva intervención de los poderes públicos en el mercado aéreo. El artículo 6 del Reglamento 2409/92 permite que los Estados puedan «decidir

¹⁹ Respectivamente, Reglamento (CEE) 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios (*DOCE* núm. L 155 de 1993); Reglamento (CE) 793/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 95/93, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios (*DOCE* núm. L 138, 2004).

²⁰ Planteado el caso, la mencionada autoridad examinará las circunstancias y, atendiendo al estado financiero de las aerolíneas interesadas, a la situación del mercado y a cuantos factores considere pertinentes, decidirá si la capacidad de los servicios aéreos regulares con destino al Estado solicitante o con origen en el mismo debe estabilizarse por un periodo limitado. Dicha decisión ha de ser comunicada a los Estados miembros y al Consejo y es recurrible ante éste en el plazo de un mes, quien, apreciando circunstancias excepcionales, podrá adoptar una decisión distinta en idéntico plazo (apartado 3 del citado precepto).

en cualquier momento» *retirar una tarifa básica y detener nuevas reducciones de precios*. Con ello se pretende evitar tarifas distorsionadoras del mercado, que son las excesivamente elevadas o excesivamente bajas (lo que se conoce como precios de *dumping*)²¹.

Al objeto de favorecer la implantación de servicios regulares entre aeropuertos de categoría regional, los poderes públicos pueden, en cuarto lugar, *limitar temporalmente la capacidad de tráfico* de nuevas compañías que pretendan realizar la misma ruta. A ello se refiere el artículo 6 del Reglamento 2408/92.

En quinto lugar, los Estados pueden imponer «*obligaciones de servicio público*» (obligaciones singulares que, en el marco de la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales imponen para preservar intereses generales cuya adecuada satisfacción es irrenunciable y que no puede esperarse del libre funcionamiento del mercado)²² en relación con servicios aéreos regulares —con destino a aeropuertos de regiones periféricas o en desarrollo, o que sirvan una ruta de baja densidad con un aeropuerto de categoría regional y considerada esencial para el progreso económico de esa región— en las condiciones que se establecen en el artículo 4 del Reglamento 2408/92²³. De esta facultad no debe pasarse por alto su directa repercusión en los intereses de los operadores aéreos, pues la obligación de utilizar un aeropuerto u otro reviste una notable importancia comercial.

También son posibles las *ayudas públicas* a las compañías aéreas, y ello aun cuando los principios del Derecho comunitario impiden, como regla general, la concesión de ayudas por parte de los Estados a sus empresas nacionales. No obstante, las ayudas deberán notificarse a la Comisión y rigen igualmente en el sector las obligaciones de los artículos 87 y 88.3 (antiguos 92 y 93.3) del TCE.

²¹ Debe advertirse, no obstante, que los Estados miembros tienen el deber de notificar a la Comisión; las prohibiciones se confirman si ésta u otro país interesado no se oponen en el plazo de catorce días a partir de la recepción de la notificación, y si se produjese alguna reclamación la mencionada autoridad sería la competente para adoptar la decisión definitiva.

²² La definición se ha tomado de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», en núm. 150 de esta REVISTA, 1999, pág. 68. A la misma cabe añadir que el artículo 73 (antiguo 77) del TCE se refiere expresamente a las «obligaciones inherentes a la noción de servicio público», y que en desarrollo de esta previsión se aprobó después el Reglamento (CEE) 1191/69, de 26 de junio, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (*DOCE* núm. L 156 de 1969). En su artículo 2.1 sienta que se entenderá por tales obligaciones «aquellas que la empresa de transporte no asumiría, o no lo haría en la misma medida ni en las mismas condiciones, si considerara su propio interés comercial». Resta tan sólo decir que dicha norma ha sido reformada por el Reglamento (CEE) 1893/91, de 20 de junio, que ha introducido la figura del contrato de servicio público, regulándola en una sección específica del mismo (*DOCE* núm. L 169 de 1991).

²³ Véase, en aplicación del mencionado precepto, la Comunicación de la Comisión sobre imposición de obligaciones de servicio público en determinados servicios aéreos dentro de España (*DOCE* núm. C 267 de 1998). Asimismo, la Resolución de 30 de julio de 1998 de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes, por la que se dispone la publicación del Acta del Consejo de Ministros de 10 de julio de 1998, declarando obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las Islas Canarias.

En concreta referencia al ordenamiento español, por último, se regulan *subvenciones o bonificaciones* al transporte aéreo para residentes en Canarias, Ceuta y Melilla y Baleares (Reales Decretos 255/1989, 200/1997 y 254/1997)²⁴. Se contribuye así a la efectiva realización de tres objetivos de rango constitucional: el primero, al establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español (art. 138.1 CE); en segundo lugar, a la igualdad de derechos y obligaciones que corresponde a los españoles, cualquiera que sea su lugar de residencia (art. 139.1 CE); y tercero y último, a la libre circulación y establecimiento de personas y bienes (art. 139.2 CE).

IV. CONSIDERACIONES FINALES. EL PAPEL DEL ESTADO EN LA VIGENTE ORDENACIÓN DEL SISTEMA ECONÓMICO

Los datos aportados en este trabajo revelan que el transporte aéreo comunitario está sometido a una intensa intervención pública, tanto por parte de las Administraciones nacionales como de las instancias europeas. Entre éstas destaca muy especialmente el papel de la Comisión, que en ejecución de una política concreta para consolidar el mercado interior se reserva múltiples facultades de dirección y control. Ilustrativo a este respecto es que dicha autoridad puede regular la planificación y coordinación de los horarios, así como la adquisición, desarrollo y explotación conjunta de sistemas informatizados (art. 2.2 del Reglamento 3976/87, de 14 de diciembre de 1987, y art. 2.2 del Reglamento 2411/92, de 23 de julio de 1992, que modifica al anterior²⁵). Pero no se agotan aquí las potestades interventoras de la Comisión. Le corresponde también supervisar las medidas adoptadas por los Estados miembros, por ejemplo, en lo relativo a prohibiciones de tasas o a la limitación de la capacidad de los servicios aéreos con destino u origen en los aeropuertos del Estado que lo solicite.

²⁴ Respectivamente, Real Decreto 255/1989, de 17 de febrero, sobre certificaciones de residencia a efectos de bonificaciones en tarifas y liquidaciones para subvenciones al tráfico regular entre las Canarias, Ceuta, Melilla y Baleares con el resto del territorio nacional (*BOE* núm. 61, de 13 de marzo de 1989); Real Decreto 200/1997, de 7 de febrero, sobre subvenciones para residentes en Baleares, Ceuta y Melilla (*BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 1997); Real Decreto 254/1997, de 21 de febrero, sobre subvenciones al transporte aéreo para residentes en Canarias (*BOE* núm. 54, de 4 de marzo de 1997). En concreta referencia a Baleares, con posterioridad a la mencionada normativa se ha aprobado el Real Decreto 1746/1998, de 31 de julio, que regula las subvenciones al transporte aéreo interinsular para los que allí residen. Éstos disfrutaban de una reducción en las tarifas correspondientes (de acuerdo con lo establecido en la Ley 46/1981, de 29 de diciembre), en la utilización de los servicios de transporte aéreo regular de pasajeros entre el archipiélago y el resto del territorio nacional, así como de los interinsulares. Dicha reducción tarifaria se consolidó a través de la disposición adicional primera de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, haciéndose extensiva a los ciudadanos de los demás Estados miembros de la Unión Europea residentes, asimismo, en las Islas Baleares.

²⁵ Reglamento 2411/92 del Consejo, de 23 de julio, por el que se modifica el Reglamento 3976/87, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (*DOCE* núm. L 240 de 1992).

Igualmente, controla dicha institución las limitaciones de los vuelos fundadas en problemas de congestión y/o medioambientales, así como los recortes de la capacidad de tráfico en rutas muy transitadas. En cualquiera de estos supuestos, a petición de un Estado miembro o por propia iniciativa, la Comisión decide si deben o no aplicarse las limitaciones pretendidas por las Administraciones nacionales una vez examinada su conveniencia y su conformidad con las exigencias impuestas por el Derecho europeo²⁶. Por último, las facultades de la Comisión se extienden al *control de las concentraciones de empresas* al objeto de prevenir los posibles oligopolios de mercado, ya que una política de *laissez faire* de la Unión Europea conduciría, probablemente, a la concentración de compañías y a eliminar la competencia²⁷. En este aspecto, el sistema trazado por el Derecho comunitario se fundamenta en la necesidad de controlar *ex ante* —o de forma preventiva— los acuerdos entre empresas. Se justifica así la obligatoriedad de «notificación previa de las operaciones de concentración», deber que se establece para todas las compañías que pretendan una fusión a escala comunitaria. En definitiva, la Comisión controla esas operaciones mediante

²⁶ Cuando se aleguen problemas de congestión y/o medioambientales, el Estado que pretenda adoptar tales medidas tendrá que justificar su necesidad e informar —con una antelación mínima de tres meses sobre la fecha prevista de su entrada en vigor— a los otros países miembros y a la Comisión (art. 9.3 del Reglamento 2408/92). Las limitaciones podrán aplicarse salvo que en el mes siguiente a la recepción de esa información un Estado miembro las impugne o que la Comisión aprecie la necesidad de examinarlas antes de su puesta en práctica. En este caso, teniendo en cuenta la posibilidad de efectos irreversibles, dicha institución indicará si deben aplicarse total o parcialmente durante el tiempo en que estén sometidas a examen, pudiendo incluso adoptar medidas transitorias consistentes en suspender las limitaciones pretendidas. Previa consulta al Comité que se menciona en el artículo 11, la Comisión, un mes después de recibir toda la información necesaria, decidirá si las medidas son o no pertinentes y ajustadas al Derecho comunitario. En cualquier caso, su decisión habrá de comunicarse al Consejo y a los Estados miembros, decisión que puede ser recurrida ante el Consejo en el plazo de un mes (arts. 9.4 y 9.6 del Reglamento 2408/92).

En el caso de limitación de una determinada ruta al objeto de favorecer servicios regulares en otros aeropuertos, la Comisión, a petición de cualquier Estado o por iniciativa propia, investigará la situación y decidirá sobre su mantenimiento o supresión en el plazo de dos meses. Notificada su resolución al Consejo y a los Estados miembros, éstos tienen un mes para recurrirla ante aquél. El Consejo puede adoptar, por mayoría cualificada, una decisión diferente en este mismo plazo, contra la que también puede plantearse recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (arts. 6.2, 4.3 y 4.4 del Reglamento 2408/92 y art. 173 del TCE).

²⁷ Tratar de evitar este resultado fue, precisamente, lo que motivó la aprobación del segundo paquete de medidas liberalizadoras del transporte aéreo comunitario, normativa entre la que merece ser destacado el Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas (*DOCE* núm. L 395 de 1989, pág. 1, versión corregida en *DOCE* núm. L 257 de 1990, pág. 14). Para dar pleno cumplimiento a esta normativa se adoptó poco después el Reglamento de la Comisión 2367/90, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en aquél. Conviene también recordar que con anterioridad a la adopción del Reglamento 4064/89 se aplicaban los artículos 81 y 82 del TCE (antiguos 85 y 86), que declaran incompatibles con el mercado común —y, por tanto, prohibidos— todos los acuerdos que impidan o falseen la competencia, los cuales son «nulos de pleno derecho». Pero la insuficiencia de estos preceptos para «incluir todas las operaciones incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado» hizo ver la necesidad de dictar normas específicas.

un examen de las notificaciones y la posible suspensión de cualquier concentración²⁸.

Este planteamiento pone de manifiesto que evitar los oligopolios depende en gran medida de esta institución, algo que también puede afirmarse respecto del futuro del transporte aéreo una vez advertido su papel de dirección del proceso liberalizador; prueba de ello es, como ya se ha señalado, el control que la Comisión ostenta sobre las actuaciones estatales.

Tras constatar esta realidad, a la vista de las importantes facultades interventoras que conservan los poderes públicos —tanto nacionales como comunitarios—, pueden hacerse las siguientes consideraciones.

Para empezar, que la apertura del transporte aéreo a la competencia no ha dado lugar a un mercado libre, sino a un mercado «regulado». Así lo exigen la relevancia pública de la actividad, la vinculación de los servicios aéreos a una red (los aeropuertos), el legado de mercados nacionales monopolísticos o la arraigada concepción nacional del referido medio de transporte. En otras palabras, la dificultad de crear un mercado abierto y transparente explica que el proceso liberalizador haya traído consigo una amplia intervención pública. A mayor abundamiento, ésta se ha intensificado como consecuencia del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001. Tras el impacto de tal evento en el sector aéreo, las instancias europeas, a requerimiento de las propias aerolíneas, adoptaron medidas urgentes de carácter provisional dirigidas a reforzar las potestades públicas —ello «sin perjuicio de que en función del desarrollo de los acontecimientos, más adelante, pueda procederse a su posterior perfeccionamiento»²⁹—. Dicho refuerzo estriba en el establecimiento de normas precisas, tanto de carácter organizativo como sancionador, sobre la determinación de las clases, sobre la capacidad y sobre la coordinación de los aeropuertos de interés general —a efectos de lo previsto en el Reglamento 95/93—, así como sobre la supervisión de la asignación de franjas horarias y su adecuado cumplimiento. En este aspecto puede destacarse la coherencia entre las medidas adoptadas y la decisión de la Comisión de proponer «la adopción de medidas nacionales obligatorias sobre imposición de multas y/o sanciones periódicas a las compañías que abusen de sus franjas horarias»³⁰.

²⁸ Las decisiones de la Comisión son, no obstante, controlables por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A este respecto, el Reglamento 4064/89 está pensado para un litigio entre el afectado por la obligación de notificar la concentración y la Comisión. Resta tan sólo decir que recientemente se ha planteado la reforma del Reglamento de concentraciones al objeto de mejorar la organización material del procedimiento de control previo.

²⁹ Real Decreto-Ley 15/2001, de 2 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de transporte aéreo (*BOE* núm. 264, de 3 de noviembre).

³⁰ Decisión que se recoge en su Propuesta —COM 2002/0013— de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) 95/93, de 18 de enero, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios. Bruselas, 11 de enero de 2002, COM (2002) 7 final. Véase también el Real Decreto-Ley 15/2001, de 2 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de transporte aéreo (*BOE* núm. 264, de 3 de noviembre).

En consecuencia, la búsqueda de una vía adecuada para alcanzar el mayor grado de eficiencia económica y ofrecer el mejor servicio a los ciudadanos ha traído otras formas de intervención administrativa. Se trata de fórmulas interventoras alternativas al régimen de la *publicatio*, o, lo que es lo mismo, de nuevas técnicas jurídicas que pueden resultar igualmente aptas para garantizar las necesidades básicas de la sociedad. Por lo demás, se materializan en una exhaustiva reglamentación que fija numerosas obligaciones y requisitos de actuación a las aerolíneas, medidas con las que han de conseguirse resultados equivalentes —en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio de que se trate— a los que se obtendrían si el Estado fuese el titular. Nos encontramos, pues, ante un sistema de «intervención selectiva», que se concreta en regulaciones y controles sobre puntos relevantes y estratégicos. Pero quede bien claro: al margen de las peculiaridades que puedan advertirse, lo esencial es que se constata una amplia intervención pública en el sector que se ha puesto de ejemplo.

* * *

Llegados a este punto es posible reflexionar sobre las cuestiones que se apuntaron en las primeras páginas de este trabajo. En primer término, todo lo dicho permite concluir la superación de los viejos planteamientos intervencionistas. En el modelo de regulación que con anterioridad a las medidas liberalizadoras ha presidido la realidad económica —y, por lo tanto, no sólo el transporte aéreo—, los poderes públicos controlaban directamente todo lo relacionado con las más importantes actividades serviciales³¹. Pero en un contexto de liberalizaciones y privatizaciones como el que ha propiciado el Derecho europeo, las instancias públicas optan por fórmulas más sutiles de lo que puedan resultar los procedimientos tradicionales de actuación. Podría decirse que la Administración renuncia a titularizar los servicios que le corresponden, pero no a un papel de dirección de los mismos³², lo que conlleva un intenso control sobre la gestión privada en atención a diversos intereses públicos de los que no puede desentenderse. Con este fin, como ya podrá entenderse, marca objetivos de carácter inequívocamente público a los sujetos encargados de llevarlos a cabo y refuerza la disciplina pública de los mismos mediante la imposición de una normativa general en la que se regulan al mínimo detalle las condiciones de ejercicio de las tareas encomendadas, las formas de control administrativo y, en su caso, las posibles sanciones.

Sin reserva alguna cabe sostener, por lo tanto, que *la introducción de la libre competencia debe ir acompañada de cierta intervención estatal. Y es*

³¹ En nuestro país este tipo de intervención se proyectó durante algo más de un siglo en los sectores eléctrico, gasista, petrolero, los transportes o las telecomunicaciones. Vid., ampliamente, GONZÁLEZ-VARAS, *Los mercados de interés general...*, op. cit.

³² En alusión a las razones de fondo de las nuevas formas interventoras, véase Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Fragmentos de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 208. Asimismo, Luciano PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración*, INAP-BOE, Madrid, 1995, en especial págs. 136 y ss.

que, por paradójico que a priori pueda resultar, el mercado es el primero que necesita de un Estado fuerte y de un Estado eficaz³³.

Constato una realidad. *Lejos de desaparecer el Estado, se advierte, eso sí, un cambio de notoria entidad en los tradicionales criterios y procedimientos interventores. En síntesis, la Administración ha dejado de realizar su actividad prestacional, que pasa a ser sustituida por una función de ordenación de actividades que son ahora privadas*³⁴. Los motivos que avalan esta tendencia ya se han apuntado al explicar que en los mercados de interés general —el gas, las telecomunicaciones, la electricidad, etc.— permanecen diversas necesidades esenciales para los ciudadanos. Me refiero, por ejemplo, a la necesidad de garantizar el suministro, de paliar las características posiciones de dominio, de que las prestaciones lleguen a los ciudadanos en las mejores condiciones de calidad y precio, de atender a la gestión en red, etc. Es así que, en la generalidad de los sectores liberalizados, sigue siendo necesario garantizar los fines de interés general ligados a las actividades serviciales y defender la competencia, lo que determina que el Estado deba propiciar un marco institucional adecuado mediante la imposición de numerosas limitaciones y obligaciones a los agentes económicos. Estas circunstancias determinan un alto grado de intervencionismo en los sectores despublicados. Por lo demás, las medidas adoptadas ponen de manifiesto que del servicio público se vuelve a la policía administrativa; pero no en exclusiva a las técnicas tradicionales de esta última categoría, pues, como ha advertido el profesor VILLAR PALASÍ³⁵, la intervención policial es ahora más versátil y rica que la que conocimos en el pasado.

En definitiva, la falta de una expresa declaración pública de titularidad de las tradicionales actividades serviciales no implica, como es evidente, que no haya intervención administrativa. E igualmente resulta obvio, por otra parte, que la *publicatio* no es la única forma de asegurar la calidad y la universalidad de los servicios; las actuales técnicas de regulación —incorporando obligaciones y limitaciones razonablemente exigibles en función de la naturaleza misma del sector y de su rentabilidad económica— también pueden garantizar las necesidades básicas de la sociedad. Es así, con la matización importante que supone lo dicho, que *la privatización de las actividades serviciales ni altera los fines que tradicionalmente ha perseguido el Estado social de Derecho ni tiene por qué conllevar repliegues en los logros que con éste se han podido alcanzar*. Bien al contrario, quizás puedan incrementarse propiciando las condiciones necesarias para que sean los particulares

³³ Lo decía Sebastián MARTÍN-RETORTILLO al fundamentar la permanencia de la Administración económica en las circunstancias actuales. En palabras del propio autor, la propia implantación del mercado provoca, en no pocos supuestos, que las intervenciones aumenten y sean más intensas y penetrantes («La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años», en núm. 150 de esta REVISTA, 1999, pág. 273).

³⁴ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «La ordenación jurídico-administrativa...», cit., pág. 272. En idéntico sentido, FERNÁNDEZ FARRERES, «El concepto de servicio público...», cit., pág. 7.

³⁵ «La prospectiva del Derecho administrativo», ponencia al XI Congreso Italo-Español de Derecho Administrativo, CEDECS, Barcelona, 1998, págs. 607 y ss.

los que se comprometan directamente en esta tarea, pues, según se dice, las fuerzas del mercado permiten una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la prestación de los servicios. Ello ha de redundar en una mejora de la calidad de vida en cuanto que la competencia, por las razones señaladas, ha de proporcionar mayor calidad a más bajo precio.

No parece, por lo tanto, que las nuevas fórmulas interventoras afecten al campo o a la lógica propios del Estado social de Derecho. Prueba de ello es el ordenamiento de la Unión Europea. Al lado de principios más o menos novedosos como el de proporcionalidad o el de calidad de las prestaciones, el régimen resultante de la liberalización de los sectores retenidos³⁶ sigue obedeciendo a los fines que han caracterizado al servicio público tradicional (universalidad, continuidad e igualdad), aunque ahora se manifiestan bajo fórmulas más objetivizadas que ya se han materializado en nuestro Derecho. Piénsese en la reforma del sector eléctrico (Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico), de las telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones) y de los servicios de correos (Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales). Una simple lectura basta para concluir que *la trascendencia jurídica de los cambios operados es más aparente que real, y que los mayores problemas que puedan deducirse de esos cambios derivan, en numerosos supuestos, de cuestiones meramente terminológicas*. Es cierto que la supresión de la reserva o *despublicatio* de los servicios ha dado lugar a un nuevo modelo presidido por la libertad de empresa; pero dado que las características objetivas de los servicios despublicados permanecen —como ha advertido la doctrina³⁷—, tales actividades no dejan de constituir servicios públicos en sentido objetivo, o, si se prefiere, servicios esenciales o de interés general.

Examinada la cuestión desde una perspectiva más amplia, es obvio que *aun cuando la liberalización y la privatización hayan impregnado la vigente ordenación jurídico-administrativa de la realidad económica, tanto los fines como las tradicionales técnicas del Estado del Bienestar —por ejemplo, el servicio público— mantienen su sustantividad*. Consecuentemente, cabe sostener que la retirada del Estado en lo relativo a la gestión directa de las prestaciones sociales básicas se compensa, en lo fundamental, con la persistencia de una Administración que asume crecientes funciones de supervisión y ordenación. Por otra parte, la adopción de nuevas modalidades interventoras no tiene por qué ser menos adecuada que la tradicional actuación administrativa. La defensa a ultranza de cualquier forma de intervención pública, o, dicho de otro modo, pretender que tenga validez permanente, es un error. Dicho en otros términos: en ningún caso pueden desvincularse los modelos de organización y las técnicas interventoras de las circunstancias sociales, políticas, culturales o económicas de cada mo-

³⁶ Me refiero a los que de acuerdo con la tradición francesa he denominado antes «servicios públicos económicos». Son los servicios contemplados en la *Carta Europea de los Servicios Públicos*, documento que sienta las bases de la liberalización y la apertura a la competencia de los transportes, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad y el agua.

³⁷ FERNÁNDEZ FARRERES, «El concepto de servicio público...», cit., pág. 14.

mento. Y lo cierto es que en el presente, considerando el contexto que se ofrece como consecuencia del fenómeno liberalizador, la transferencia al sector privado de actividades tradicionalmente administrativas puede ser incluso más eficiente que la propia gestión pública³⁸. Baste ahora con apuntar que el recurso a los particulares en esos ámbitos contribuye a la necesaria reducción del aparato administrativo y del sector público, reducción y simplificación que, por sorprendente que pueda resultar, contribuye a fortalecer al Estado.

En efecto, aun cuando en principio pueda parecer contradictorio, creer que el Estado es más fuerte cuanto más amplia sea su actividad es un error³⁹. Planteada la cuestión en términos de eficacia y operatividad, o, lo que es lo mismo, desde las exigencias que de acuerdo con la Constitución deben acompañar a todo lo público, es necesario liberar al aparato estatal de mil intervenciones inoperantes que a nada conducen ni tampoco garantizan nada. Lo decía el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO⁴⁰. Sólo reduciendo el sistema normativo, el aparato organizativo y el actuar de la Administración, es posible una mayor eficacia en sus cometidos, y esto sin olvidar el elevado costo financiero que implica un aparato administrativo excesiva e innecesariamente complejo.

Vistas así las cosas, la privatización de sectores, de actividades tradicionalmente administrativos, puede contemplarse como una alternativa eficaz y una forma de paliar el gasto público; pero esto no significa que no tenga desventajas o que la actuación administrativa esté de más. Al contrario. Hay una inequívoca permanencia de la Administración porque en cada uno de los sectores liberalizados se advierten importantes dificultades y carencias⁴¹.

Una última observación para concluir. El Derecho europeo ha impuesto, ha podido verse, una política que asigna a los poderes públicos un papel distinto respecto del que con anterioridad a la liberalización les correspondía. Pero esta realidad no ha de plantear mayores problemas aun cuando se analice desde una perspectiva estrictamente jurídica. *El debate acerca de la liberalización o de la gestión privada versus gestión pública suele empañarse de consideraciones ideológicas que encubren la cuestión fundamental. Lo que de verdad importa es que el cambio referido en modo alguno implica la retirada del Estado, y que la intervención pública en los sectores liberalizados se dirige a proteger y garantizar el interés general. Es aquí donde hay que insistir, en el hecho de que la adopción de nuevas fórmulas interventoras no afecta, en lo esencial, a los fines que tradicionalmente han correspondido al Estado social de Derecho.*

³⁸ En relación a este tema resulta obligado remitir a Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre las privatizaciones», en núm. 144 de esta REVISTA, 1997.

³⁹ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «De la simplificación...», cit., *in fine*.

⁴⁰ «De la simplificación...», cit., pág. 8.

⁴¹ A este respecto es también ilustrativo el transporte aéreo, pues los obstáculos a los que se enfrenta el proceso liberalizador no han sido todavía resueltos. Vid. ampliamente Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS, *La liberalización del transporte aéreo: alcance y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.