

LIBERALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN EN LOS SERVICIOS POSTALES

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ*

SUMARIO: I. Introducción: los distintos sentidos de la privatización. II. Los servicios postales.

I. INTRODUCCIÓN: LOS DISTINTOS SENTIDOS DE LA PRIVATIZACIÓN

1. Planteamiento

Como la liberalización, la privatización afecta o ha afectado a los sectores que tradicionalmente han venido configurándose como servicios públicos. La liberalización implica la ruptura de los monopolios y es una exigencia jurídica en tanto en cuanto lo disponga así alguna Ley. En cambio, la privatización es una opción política, no una obligación de Derecho comunitario o español. No obstante, qué duda cabe que la liberalización y la privatización son conceptos muy relacionados entre sí y que aquélla tiene un contenido indirectamente privatizador.

En sentido propio, la privatización no tiene un sentido único, ya que, más bien, se manifiesta a través de distintas formas. Vemos cómo la mejor comprensión del sector postal exige hacer alguna distinción conceptual preliminar. Interesa distinguir entre privatización material, privatización formal, privatización funcional, privatización indirecta mediante colaboración.

2. Privatización material

En primer lugar, puede haberse manifestado o manifestarse una privatización «auténtica» que puede designarse como privatización material. De las numerosas de-

* Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Alicante

finiciones que del término privatización existen en este contexto puede seleccionarse la que da el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, por el que se establecen las bases del programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado: «se entiende por privatización la transferencia total o parcial de la propiedad de empresas, participaciones en el capital de sociedades, acciones, activos o unidades de negocio y, en todo caso, cuando la misma suponga para el sector público estatal la pérdida de influencia decisiva de la empresa de que se trate» (apartado 5).

La privatización lleva consigo pues una reducción de la presencia del poder público tanto a través de la venta de empresas como de la colocación en Bolsa de paquetes de acciones.

El Acuerdo del Consejo de Ministros, de aprobación de la privatización, puede ser impugnado jurisdiccionalmente (ATS de 23 de abril de 1998, RJ 3719, donde se declara admisible un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 1996, por el que se presenta la oferta pública de venta de acciones del Estado en la empresa Telefónica de España SA).

En este contexto debe citarse, igualmente, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (desarrollada por el reglamento 1525/1995, de 15 de septiembre). Esta norma somete a autorización previa buena parte de los acuerdos adoptados por los órganos sociales de las entidades mercantiles afectadas.

3. Privatización formal

La siguiente constelación, en torno al fenómeno privatizador, se refiere a la privatización formal, que no es una *auténtica* privatización. En estos casos, en efecto, la actividad sigue realizándose por el poder público aunque aquella deja de regularse (en aquel ámbito donde afecta dicha privatización formal) por el Derecho público para pasar a regularse por el Derecho privado.

Precisamente, un ejemplo puede ser Correos y Telégrafos, debido a la conversión que se experimenta de un régimen de Derecho público en otro de Derecho privado a salvo de los matices, en todo caso, que puedan hacerse.

En este contexto de la privatización formal se plantea el problema de la huida del Derecho administrativo. El sentido de «la privatización formal» es explicar, precisamente, el hecho de que se aplique un determinado Derecho (el privado) en lugar de otro (el público o administrativo).

Las funciones estrictamente públicas deben quedar al margen de esta privatización. Tratándose de funciones públicas de tipo prestacional o de servicio público, aunque la mejor opción es una regulación de Derecho administrativo, si se acude al Derecho privado habrá regulaciones jurídico-administrativas de ineludible cumplimiento que completarán las regulaciones de Derecho privado. De ahí que se plantee el problema de la huida del Derecho administrativo cuando todo esto no ocurre.

En España la privatización formal fue una primera manifestación del fenómeno privatizador hasta que, posteriormente, ha cobrado mayor auge una privatización material. De ahí que el fenómeno de la privatización formal, preocupante hace una década, haya perdido en parte actualidad en tanto en cuanto se ha realizado la privatización material. Con ello, el problema no es ya que la Administración utilice el Derecho privado. La cuestión es que la Administración deja de actuar en este escenario dando paso a la actuación de entidades privadas. Esto es característico, hoy, en los distintos mercados herederos de los servicios públicos.

Interesa que, en estos casos en los que la Administración realiza una de sus actividades públicas (de tipo prestacional o servicial) conforme al Derecho privado, los perjudicados por dicha actividad dispongan de una garantía judicial. La necesidad de este control judicial está, pues, en abrir una vía procesal a los ciudadanos que puedan sufrir tratos injustos mediante la utilización del Derecho privado, a consecuencia de haberse inaplicado una norma o principio general del Derecho administrativo.

En tanto en cuanto el Legislador no afirme la plena sujeción a Derecho administrativo de la actuación de las distintas entidades públicas que gestionen servicios públicos o realicen funciones públicas en general, la jurisdicción contencioso-administrativa tendrá que mostrarse especialmente atenta frente a la existencia de posibles fraudes de una ley administrativa que corresponda ser cumplida por una entidad que, pese al carácter público de su actividad, se hace regir por el Derecho privado.

Estas afirmaciones presuponen que el Derecho privado de los poderes públicos o sus entidades dependientes no puede ser (cuando realicen las funciones propias de su giro o tráfico) el Derecho privado de los ciudadanos, ya que aquéllos no pueden liberarse de ciertas limitaciones y condicionantes jurídico-públicos, cuya observancia corresponde ser examinada a la jurisdicción contencioso-administrativa. Seguidamente se estudian algunas técnicas procesales que habrán de aplicarse por la jurisdicción contencioso-administrativa en estos casos en que la Administración emplea el Derecho privado realizando una función administrativa.

La teoría de los actos separables permite un control de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de un acto (administrativo) que puede deducirse de una relación jurídico-privada. La doctrina de los actos separables tiene, por eso, un alcance esencialmente procesal. Las sentencias que aplican esta teoría de los actos separables no son infrecuentes (STS de 27 de diciembre de 1994 Sala 3ª, AA 23 1995; STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 1990, Sala de lo Contencioso-administrativo; STS de 25 de abril de 1994, Sala 3ª, AA 47 1994; STS de 22 de abril de 1996 Ar.3264; STS de 28 de febrero de 1994 Ar.1465; ATS de 20 de enero de 1994 Ar.51, STS de 1 de febrero de 1999 Ar.910, etc.).

También puede aplicarse el levantamiento del velo por la jurisdicción contencioso-administrativa.

El levantamiento del velo presenta la virtualidad de evitar que al socaire de las formas jurídicas se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude, admitiéndose que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el

interior de estas personas. De lo que se trata es de coartar las ventajas injustificadas que permite la creación de una persona interpuesta. La doctrina del levantamiento del velo se enfrenta, pues, con el supuesto de las sociedades que «sirven de pantalla»; siguiendo la jurisprudencia civil, el fraude se constata cuando al «levantar el velo de su apariencia real se descubre su inconsistencia como personas jurídicas, meros instrumentos o testaferros de otra personalidad, que es la que se debe tener por existente» (STS de 24 de diciembre de 1988, Sala 1ª, Ar.9816).

También en este contexto interesa subrayar la posibilidad de controlar la decisión de la Administración que opta por el Derecho privado.

En general, en los nuevos mercados, a pesar de la privatización existen numerosas regulaciones públicas que han de respetarse. Los viejos servicios públicos no se han convertido en simples mercados. La interferencia de lo público es inevitable.

Para determinar el régimen jurídico de las entidades de la Administración es preciso considerar criterios funcionales:

Si la función es puramente mercantil, la entidad ha de observar el Derecho de la competencia, ordenamiento que permite una sujeción de la actividad de los entes de Derecho privado a los principios de proporcionalidad, igualdad, transparencia, lográndose así una medida de Derecho.

Si la actividad es prestacional o servicial el Derecho privado ha de estar vinculada a la aplicación de regulaciones públicas.

Si la actividad es estrictamente pública, no cabe interferencia del Derecho privado, a no ser por la vía de la privatización indirecta que seguidamente se comenta.

4. La privatización indirecta

Esta variante se refiere a la concesión y a la colaboración. Esta última es menos conocida que aquélla. Como expresión del fenómeno privatizador, cobra entidad la «colaboración» de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas. Mediante la colaboración concretamente se produce una intervención de los particulares en la realización de funciones administrativas pudiendo en ciertos casos llegar a constatar-se una *indirecta privatización* de una función pública.

La colaboración en cuanto tal de los ciudadanos con la Administración no es un fenómeno nuevo pero en tiempos más recientes cobra una especial magnitud. De ahí la necesidad de desarrollar una idea de colaboración dentro del Derecho administrativo. Este fenómeno de la colaboración lleva no tanto a una «desaparición» del Derecho administrativo en aquellos ámbitos donde aquélla se manifiesta como a una necesidad de desarrollar y estudiar la aplicación del Derecho administrativo en dichos ámbitos.

En sentido estricto, el «colaborador» se presenta como el sujeto, en este contexto una empresa movida por un ánimo de lucro que procura la satisfacción de sus propios intereses particulares aunque *de facto* pueda estar realizando o ayudando a la realización de una función pública o de los intereses generales.

Por otra parte, la colaboración no se hace de manera esporádica sino estable y organizada.

Tampoco es aquélla forzosa sino voluntaria. Además, estará sujeta a reglamentación o control administrativos; y el colaborador podrá beneficiarse en el caso concreto de determinadas prerrogativas estatutarias.

La colaboración en cuanto tal es un fenómeno que puede realizarse a través de muy diversos cauces jurídicos; incluso puede que no ligue al colaborador con la Administración vínculo alguno, no obstante lo cual puede constatarse que, de hecho, aquél está ayudando a realizar una función pública. Este es por ejemplo el caso de una empresa privada de seguridad que realiza la vigilancia sobre bienes privados sitos en espacios públicos (por ejemplo, de un concesionario de obras), ya que dicha empresa estará ligada con un particular por un contrato privado pese a que el vigilante podrá colaborar con la policía en la lucha contra la comisión de un delito.

Los colaboradores consiguen erigirse en grupos de apoyo de la Administración (*lean administration*). Se explican ante la necesidad de descargar al poder público del ejercicio de funciones, actividades y responsabilidades, hecho que a su vez se entiende considerando el «sobrepeso» que han llegado a adquirir dichas actividades como consecuencia a su vez de una paulatina intervención del poder público en las distintas esferas sociales. En concreto, la colaboración puede manifestarse en torno a funciones administrativas auxiliares, a nuevos servicios que demanda la sociedad, ante la necesidad de mejorar la calidad de los existentes o de realizarlos de una forma más eficaz o económicamente más rentable.

No pueden olvidarse condicionamientos de tipo económico, que pueden llegar a pesar sobre los dogmas jurídicos. No sólo porque las funciones públicas parecen estar convirtiéndose en el negocio de no pocos agentes sociales. También la racionalidad o ahorro en el gasto público puede llevar a reducir el ejercicio de funciones públicas (y por tanto la carga que ello representa al erario) a unos límites razonables. Por ejemplo, podría discutirse hasta qué punto los contribuyentes tienen que financiar la seguridad de un acontecimiento deportivo, de un concierto de música pop, o de un mitin político, de un recinto ferial, etc.

II. LOS SERVICIOS POSTALES

1. Liberalización y servicio postal universal

La liberalización, entendida como posibilidad de intervención en el mercado de otros agentes distintos al operador público, no es un invento de la Ley 24/1998, ya que con anterioridad a esta Ley la entidad Correos y Telégrafos no llegaba a monopolizar todas y cada una de las actividades postales. Hasta tal punto es así que no es inhabitual la afirmación según la cual, en el momento de proclamarse la directiva

comunitaria 97/67/CE, el mercado de correos en España presentaba ya un grado de liberalización no del todo distante al previsto en dicha directiva.

En el propio «Reglamento de los servicios de correos» dictado en desarrollo de la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960 se preveían (en el artículo 20) «excepciones del monopolio»: correspondencia en el interior de las poblaciones, cartas que circulen entre dos poblaciones no enlazadas por el Servicio de Correos, etc.

Además, la paquetería y después el correo rápido o urgente vienen entendiéndose como actividades liberalizadas.

En particular, la liberalización del correo rápido internacional, antes de la directiva 97/67/CE, se realizó a través de decisiones (dictadas al amparo del artículo 90.3 del TCE) por las que la Comisión exigió a los Estados miembros la apertura a la competencia de este tipo de servicios postales rápidos internacionales (*courier internacional*).

En dichas decisiones la Comisión entendía, frente a la postura mantenida por ciertos Estados destinatarios de dichas decisiones, que aquellos servicios tenían un carácter disociable respecto del servicio de interés económico general, por ofrecer beneficios adicionales (valor añadido) que no presenta el servicio postal tradicional (decisiones de 20 de diciembre de 1989, 90/16, relativa a la prestación en los Países Bajos de servicios de correo rápido y 90/456, de 1 de agosto de 1990, relativa a la prestación en España de servicios de correo rápido internacional DOCE N° L 233/19).

En cuanto a la gestión del servicio, si bien inicialmente se partió en nuestro país de la existencia de un monopolio por parte del Estado para la prestación del servicio de Correos, esta idea fue cediendo a impulsos de la realidad (tal como nos dice la Exposición de Motivos de la Ley 24/1998) a través de disposiciones normativas parciales y asistemáticas, llegándose hasta la Ley postal 24/1998.

Importante ha sido una significativa STS de 26 de enero de 2000 por la que se declara la nulidad del artículo 16.1 del Estatuto de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos aprobado por Real Decreto 176/1998, de 16 de febrero. El interés de esta sentencia reside en que el fallo de nulidad está fundado en la contravención de la directiva 97/67/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que consagra en su artículo 22 la exigencia de una «independencia funcional». El artículo 16.1 del Estatuto establecía que «será Presidente de la Entidad el Ministro de Fomento, quien podrá delegar en el Secretario General de Comunicaciones». La contraposición con la directiva comunitaria derivaba de que el artículo 22.1 de la misma establece: «cada Estado miembro designará una o más autoridades nacionales de reglamentación para el sector postal jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de los operadores postales».

La previsión de dicho precepto –señala la STS– obliga a los Estados miembros, como resultado a conseguir, la designación de una o más autoridades nacionales de reglamentación para el sector postal; a que la autoridad o autoridades designadas sean jurídicamente distintas de los operadores postales y a que el régimen jurídico

dispuesto en relación con unas y otros posibilite su funcionamiento independiente, de suerte tal que exista una separación real entre las funciones de reglamentación, por una parte, y de explotación de los servicios postales, por otra, y que *ningún operador pueda ser a la vez Juez y parte*».

La liberalización origina una «nueva» clasificación de los servicios postales (artículo 4), fundamental para la comprensión de su nuevo régimen jurídico, ya que en torno a ella gravitará todo el sistema de autorizaciones y de delimitación de la actuación en exclusiva de un determinado operador. Los servicios postales se clasifican en las siguientes categorías:

- A) Servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal. Dentro de ellos, a su vez, se distingue entre:
 - a) Servicios reservados al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal.
 - b) Servicios no reservados al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal.
- B) Servicios no incluidos en el ámbito del servicio postal universal.

Además, la liberalización origina la entrada de nuevos agentes económicos y la consiguiente conflictividad jurídica. Los conflictos podrán originarse entre el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal y otros operadores postales que lleven a cabo servicios incluidos en el ámbito de aquél (en relación con la existencia o no de los derechos exclusivos, la suficiencia o insuficiencia de las garantías ofrecidas a los usuarios y la posibilidad de acceso a la red postal pública). De ahí que se prevea que la resolución de estos conflictos corresponda al órgano del Ministerio de Fomento que reglamentariamente se determine.

Las controversias podrán además suscitarse entre los operadores postales y los usuarios (siendo competentes para resolverlas las Juntas Arbitrales de Consumo, con arreglo a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

2. El servicio postal universal

Es sabido que la concepción del servicio universal no es exclusiva del sector de telecomunicaciones por afectar, igualmente, al postal.

En concreto, el servicio universal comprende, a tenor de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio postal universal y de Liberalización de los Servicios Postales, principalmente los servicios de giro, de envíos postales de cartas de hasta dos kilos de peso y de paquetes hasta diez kilos. Dentro de este servicio universal, la citada Ley consideró reservado el servicio de giro y las cartas hasta 350 gramos.

El quid de la liberalización del sector postal (en esto, de forma muy próxima al sector de la electricidad, por ejemplo) está en ir reduciendo progresivamente las cifras indicadas, a efectos de que, de esta manera, pueda ir entrando un número mayor

de operadores. Siguiendo los designios del legislador comunitario, a raíz de la Ley 53/2002, de 31 de diciembre (artículo 106), se modifica el artículo 18 de la citada Ley 24/1998 fijándose en 100 gramos el límite del servicio universal reservado, 50 gramos a partir de 2006, previéndose para el 2009 la liberalización «absoluta» del sector, por tanto a través de la reducción a 0 de los gramos que venían fijando la línea divisoria entre el servicio reservado y no reservado (directiva 2002/39, del PE y Consejo de 10 de junio de 2002 DOCE L 176/21, de 5 de julio de 2002).

Esto no significa, ni ahora, ni antes incluso de la citada Ley 24/1998, excluir a los operadores dentro del propio servicio universal reservado. Interesante es, en efecto, que se puede actuar dentro del servicio reservado por operadores que realicen una actividad con valor añadido (es decir, aportando un plus de calidad del servicio prestado, que se entiende –en el sector *post*– como la urgencia en la entrega de los envíos postales), respecto de los envíos interurbanos. De este modo, viene entendiéndose que, si estos operadores cobran por lo menos cinco veces más que aquello que los usuarios deben satisfacer por los envíos ordinarios, estos operadores pueden intervenir en el referido ámbito o sector reservado. La Ley 53/2002 reduce, de forma significativa de cinco a tres veces y, a partir del 1 de enero de 2006, el precio será, al menos, dos veces y media superior.

Todo esto significa también que quedan sujetas a autorización administrativa las actividades que se realicen al margen del servicio universal y también las que se lleven a cabo dentro del servicio universal pero en el ámbito no reservado, respectivamente autorizaciones generales y singulares.

En fin, al igual que en telecomunicaciones, también se prevé, en el papel, un Fondo de Compensación del Servicio universal (artículo 26 de la citada Ley postal) al que van a parar asignaciones públicas (vía presupuestos) o privadas provenientes de las tasas que han de abonar los demás operadores que se benefician de la liberalización del sector postal o de las donaciones de terceros. Así pues, a diferencia de la LGT, la Ley postal afirma expresamente la posibilidad de acudir a fuentes de financiación públicas.

El servicio postal universal lo viene realizando Correos y Telégrafos, con el apoyo de los presupuestos del Estado. El *desideratum*, desde una óptica o lógica de mercado, estaría en evitar tanto un servicio universal a cargo de correos como la necesidad de una financiación pública que sustente el desarrollo de esta actividad. Según esto, el propio mercado, a un precio asequible, realizaría el servicio postal universal (también el reservado) porque es capaz de llevarlo a cabo de forma más eficiente y en principio sin pérdidas. Y, en caso de tener que asumirse éstas (como consecuencia de la definición del servicio postal universal a precio asequible, por ejemplo ante la necesidad de asumir envíos socialmente necesarios a precio asequible, pero no rentables económicamente), el propio mercado satisfaría esta carga, considerando que, en general, el sector postal es en general rentable (desde una perspectiva de mercado) y capaz de asumir, por tanto, los posibles *déficits* de prestación que generan algunos envíos. Pero está presente el riesgo de que el mercado no fun-

cione como se espera y termine desvirtuándose el sistema, mediante la apertura del sector a nuevos operadores (en zonas rentables) asumiendo entre todos los contribuyentes la carga de financiación de los servicios de realización socialmente necesaria pero no rentables. Si se llega a este «punto» sería incluso discutible la preferencia misma de un régimen de servicio público.

Lege data, la posibilidad de acudir a fuentes de financiación públicas (incluso subvenciones) se confirma, en el sector postal, en los artículos 22.i y 23.1 del Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos aprobado por Real Decreto 176/1998, de 16 de febrero.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2000 (RJ 2000\10108) desechó la alegación de la parte del recurrente a cuyo tenor dicha posibilidad no estaba prevista en la directiva 97/67 (artículo 9.4).

Según el Tribunal Supremo, el régimen estatutario encuentra respaldo en la Ley 24/1998 (artículos 20 y 28), además de que la prestación del servicio postal universal (en condiciones de calidad y precio asequible) puede ser económicamente deficitaria y exigir, en consecuencia, ayudas al operador al que le es encomendada dicha prestación. A dicho régimen no se opone, según el TS, la directiva citada.

Por otra parte, todo este sistema jurídico plantea otras cuestiones de interés inherentes a su propia configuración.

En primer lugar, todo aquel operador que realice servicios postales al margen de los criterios apuntados del servicio universal podrá incurrir en responsabilidad administrativa que provocará la pertinente sanción. Es éste el supuesto de sendas sentencias de 20 de noviembre de 2003 (del TSJ de Canarias) y de 6 de junio de 2002 (del TSJ de la Comunidad de Madrid).

En la última de las citadas (muy ilustrativa, por cierto, sobre la historia de los servicios postales) se ordena a una entidad que se abstenga de seguir realizando servicios postales reservados al operador habilitado (estamos ante servicios postales transfronterizos consistentes en la salida de tarjetas postales) y además se le impone una sanción de diez millones de pesetas. A tenor de la primera de las sentencias citadas, la única forma de salvar el obstáculo de la reserva en favor de Correos y Telégrafos sería realizar el servicio postal conforme al criterio del valor añadido, lo que no concurre en el presente supuesto.

En este mismo contexto, puede reseñarse un no menos interesante supuesto (el asunto C-169/02 del TJCE) que da lugar a unas conclusiones del Abogado General que no se confirman por sentencia del citado Tribunal por razones ajenas al proceso (concretamente, el desestimiento de la parte ante la jurisdicción nacional). Pero interesa poner de manifiesto, siguiendo dichas conclusiones, que los operadores que realizan el servicio postal universal están sujetos al IVA. No quedan sujetos, en cambio, los operadores que actúen o actuasen dentro del servicio postal universal reservado.

Así pues, en el nuevo marco jurídico resulta imprescindible definir con claridad las actividades que se encuadran dentro del sector postal desde el punto de vista del servicio universal (es decir, servicio reservado, servicio no reservado o *servicio* no

universal) a efectos de afirmar consecuencias jurídicas distintas en uno u otro caso. Puede servir de ejemplo también el auto de 16 de marzo de 2002 (JUR 2002\195544) en el cual el Tribunal Supremo plantea una cuestión prejudicial al TJCE a los efectos de precisar cuándo el régimen de autoprestación de los servicios postales puede entenderse inmerso dentro de los servicios reservados al operador del servicio universal.

3. Privatización de Correos

Otro grupo de litigios se referiría no a la liberalización del sector postal, sino a la privatización de la entidad Correos y Telégrafos.

En este sentido, habría que mencionar el reciente Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima (BOE 8 de marzo de 2004). En suma, la idea principal que se infiere de una lectura del citado Estatuto es que los funcionarios de Correos mantienen su estatus funcional, aunque con adaptación al «funcionamiento de la sociedad estatal y a las necesidades del tráfico mercantil *en un marco competencial*».

Es sabido que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de junio de 2001 acordó la creación de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. Este Acuerdo fue impugnado por un funcionario de Correos, originando la STS de 17 de febrero de 2004. El Tribunal Supremo, tras afirmar la legitimación del recurrente, desestima el recurso considerando, en parte, ajustado a la legalidad el régimen de privatización seguido y, en parte, por plantearse cuestiones que trascienden de la extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. Perspectiva crítica

Es oportuno realizar una crítica del servicio universal comparando los sectores postal y de telecomunicaciones, sin perjuicio de otros.

Es evidente que las directivas comunitarias de los últimos años (y su traducción por Leyes 11/1998 y 24/1998, respectivamente a las telecomunicaciones y al sector postal) introdujeron un régimen marcado por la novedad de la supresión de un monopolio y consiguiente entrada de nuevos operadores. Ahora bien, es cuestionable la propia virtualidad del sistema de mercado tan pronto han pasado unos años desde que se ha aprobado esta legislación.

El problema que tienen ante sí estos sectores postales o de telecomunicaciones, por su propia naturaleza, es idéntico tanto si se organizan en régimen de mercado como si se organizan en régimen de servicio público. El «problema» consiste en que hay prestaciones o actividades no rentables que, empero, deben realizarse en favor de toda la sociedad y a un precio asequible que puede estar por debajo de la realidad

de mercado. «Prestaciones» o «actividades» que no queda más remedio que cubrir por imperativos sociales o públicos, en especial por razones evidentemente de solidaridad con los colectivos más perjudicados y, dado el caso, por razones de procurar un mayor desarrollo económico en determinadas áreas.

Frente a este problema surge el servicio público como solución inmediata. Y éste afirma, para solucionar «el problema», una serie, en efecto, de postulados. Primero, que el déficit que se origina por la asunción de actividades no rentables ha de cubrirse mediante una financiación pública presupuestaria. De esta manera se justifica, igualmente, que con los beneficios que se recauden en las zonas rentables se asuma el coste del déficit que representa el servicio en las zonas no rentables. Lo importante del servicio público está en estos postulados. El monopolio es una simple consecuencia de aquéllos.

Este sistema encontró eco en el Derecho comunitario, sobre todo a raíz de la famosa sentencia Corbeau, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esta sentencia partía de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Correccional de Lieja, en el seno de un proceso penal contra el Sr. Corbeau, por realizar servicios postales en ciertas zonas (de rentabilidad) compitiendo con Correos de Bélgica, razón por la cual el Ministerio fiscal introdujo un pleito penal contra el citado Señor, al estar protegidos penalmente los monopolios en la legislación de dicho país. El Tribunal de Luxemburgo, por desgracia para el citado Señor Corbeau, afirmó que el monopolio belga no era incompatible con el Derecho de la competencia comunitario. Y para ello aplicó la teoría del servicio público: con lo que la entidad de Correos obtiene en la parte rentable ha de sufragar los costes de la realización del servicio postal en las partes no rentables o deficitarias. Vemos perfectamente acogida la teoría del servicio público. Bien es cierto que el Tribunal afirmó también que esta solución se imponía en el momento en que se plantea la cuestión prejudicial, considerando que no había aún una exigencia ineludible de liberalizar el sector. Lo que vino a decir el Tribunal fue que si se quiere otra solución diferente, por parte del Tribunal, corresponde dictar las oportunas reglamentaciones comunitarias a efectos de liberalizar el sector. Y, en tanto en cuanto esto no se haga, no puede cargarse en el Tribunal la carga de liberalizar el sector, justificándose el servicio público y el monopolio existente, ya que el estado miembro no tiene una obligación de realizar la actividad de otra forma diferente. Por eso, una vez que se ha liberalizado el sector postal, la sentencia Corbeau (es preciso reconocerlo así) tiene un simple valor testimonial o histórico.

Pues bien, el mercado pretende aportar una solución, en principio ni mejor ni peor que la del «servicio público», sino tan sólo diferente, frente a idéntico problema, consustancial a estos sectores. No haría falta un servicio público como solución al referido problema porque, en efecto, el mercado también puede hacerlo por sí mismo. El mercado resuelve el propio problema social.

En este marco parece moverse nuestra legislación. Así, la LGT de 1998 y sus normas de desarrollo establecen, como sistema de financiación de las prestaciones

deficitarias, un Fondo de compensación donde van a parar las cantidades que tienen que aportar dichos operadores. Y la LGT de 2003 parece seguir esta misma línea.

En particular, se trata de cargar sobre todos los operadores de mercado la financiación de la prestación de los servicios en las zonas no rentables o en favor de colectivos desfavorecidos, previa fijación de su cálculo económico. El mercado abre márgenes de beneficio y por eso, con ellos mismos han de cubrirse los márgenes de déficit.

Pero vamos a poner de manifiesto, seguidamente, el riesgo de que este sistema de mercado termine desvirtuándose:

Primero, como cuestión menor, o de matiz, cabe argumentar que no estamos tanto ante una financiación a través de los operadores del mercado como ante una financiación a través de los propios usuarios del mercado o servicio, ya que, en definitiva, los recursos de éstos procederán de éstos últimos. Los operadores de mercado no son benefactores, son sujetos que financian su actividad mediante terceros (los usuarios o clientes) que asumirán el coste del servicio.

En términos generales, con la liberalización se pretende que los usuarios paguen menos (porque la competencia abarata el servicio) aun cuando están asumiendo el coste del servicio universal. Con todo, si se dice que el servicio universal se cubre por asignaciones de las empresas esto puede significar ora que éstas ganan menos, ora que cobren más al usuario.

Segundo, la legislación de telecomunicaciones informa que, junto a las compensaciones realizadas por la vía de las aportaciones de los operadores, son posibles donaciones de personas físicas o privadas. En principio, esta regla no tiene mayor sentido porque es difícil concebir que las personas donen cantidades en favor de estas empresas. De ahí que algún autor haya insinuado que el sentido de esta disposición está en abrir la puerta a las subvenciones públicas, por ser el Estado una persona jurídica que puede aportar asignaciones públicas.

Pero, en realidad, no haría falta siquiera forzar el sentido de las disposiciones normativas. La directiva del servicio universal con total claridad prevé que el servicio universal se costee mediante asignaciones públicas, aclarando que por esto se entiende la vía tradicional de los presupuestos generales del Estado.

Y éste es, en tercer lugar, un punto determinante para nuestros razonamientos. Es decir, si en realidad estamos admitiendo que las pérdidas que conlleva la prestación del servicio de telecomunicaciones o del servicio postal se cubren mediante el cómodo mecanismo de los presupuestos públicos, ¿en qué consiste la novedad, en cuanto al fondo, del actual régimen de mercado, bautizado como «liberalización»?

Obsérvese que, en lo importante (es decir «quién paga» y «cómo se paga»), el sistema no cambia. Incluso, respecto del «cuánto se paga» suele admitirse que los precios bajan para los usuarios con la liberalización. Ahora bien, si se admite una financiación pública que se hace cargo de las pérdidas del sector, esto equivale a decir que bajan los precios por la vía del coste del servicio al usuario, pero suben por la vía del coste del servicio a los ciudadanos mediante tributos. Si ocurre esto, no están

bajando necesariamente dichos precios. Y si, como solución se alega, que las fuentes de financiación del servicio universal pueden proceder de fondos europeos, el sistema de mercado sigue desvirtuado, desde el momento en que dichos fondos podrían aplicarse para otros conceptos o sectores diferentes de las telecomunicaciones. Por contrapartida, es preciso no olvidar que el mercado se abre como la solución más rentable y, sobre todo, más eficiente.

En estos sectores postales o de telecomunicaciones los déficits los cubre, en último término, ora el usuario (bien directamente, bien a través de los operadores) ora la colectividad en general (es decir, los contribuyentes, por la vía de los impuestos) sean o no usuarios de teléfono o de servicios postales. Entonces, la liberalización aportaría, en principio, tan sólo el dato original de que la financiación de lo deficitario se cubre mediante los usuarios (*v.gr.* las empresas), no mediante la sociedad o colectividad pagando tributos al Estado, es decir no mediante los ciudadanos contribuyentes que pagan impuestos pero que pueden no usar el teléfono o el servicio postal o que pueden usarlo en menor medida de lo que pagan.

Pero, como podemos apreciar, ni siquiera esto consigue actualmente afirmar el «nuevo» mercado desde el momento en que la directiva comunitaria admite que el servicio universal se financie mediante presupuestos públicos.

En cuarto lugar, llega a ser sorprendente que la directiva 2002/22/CE (directiva del servicio universal) admita que, mediante las «loterías» (suponemos que es además un simple ejemplo imaginativo), el Estado pueda cubrir el déficit inherente al servicio universal.

Es decir, el régimen tradicional del servicio público (pese a sus virtualidades inherentes) tenía como inconveniente la falta de claridad en cuanto a la posible imputación de cantidades provenientes de fondos que no guardaban relación con el objeto del servicio en cuestión. Por eso, podría haberse esperado, cuando menos, que el sistema de liberalización hubiera aportado (como novedad) el dato de la adecuación de (o relación entre) entre los conceptos de ingresos y los conceptos de costos del mercado, evitando desviaciones y logrando una efectiva separación de cuentas y la debida claridad en cuanto al origen de los fondos de financiación del servicio.

Sin embargo, parece admitirse que estos sectores no difieren en esencia de los sistemas (públicos) de financiación de aquellas actividades o servicios (como por ejemplo la sanidad) configurados como servicios públicos no definidos conforme a la lógica de mercado.

Es preciso, pues, reiterar la cuestión acerca de cuál es la novedad de la liberalización. Del mismo modo que, al publicarse las directivas comunitarias hace tan solo unos años, era obligado destacar la originalidad del dato de la entrada de nuevos operadores, hoy parece ser necesario apuntar los riesgos de que el sistema se desvirtúe (sin perjuicio de seguir observando su evolución y desarrollos). Parece que la novedad no está en los postulados de fondo.

En quinto lugar, ni siquiera se ha cumplido el Reglamento de la LGT de 1998, del servicio universal, cuando establecía el posible cuestionamiento de Telefónica en

el año 2005 como gestora del servicio universal. Nada se ha *cuestionado* porque, en efecto, la LGT deja en el vacío o la indeterminación esta cuestión, mediante una disposición transitoria (segunda) a efectos de que Telefónica continúe siendo la prestadora del servicio universal hasta que se apruebe el nuevo Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y en la medida que éste establezca.

En fin, al margen de una alteración de postulados de fondo, reconozcamos como novedad el dato de la entrada de nuevos operadores en las zonas rentables del servicio (a pesar de no ser dato éste tampoco incompatible con el servicio público).

Pero, entonces, alerta del riesgo de que los mercados de telecomunicaciones o postales terminen disminuyendo la capacidad de ahorro del Estado (y por tanto de la sociedad) para otros fines públicos que pasan por no ser mercados. Como hemos podido comprobar, incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo da por buena esta tendencia de que el Estado sufrague los costos del servicio universal mediante los presupuestos del Estado (STS de 26 de enero de 2000, cit.), así, como, por supuesto, el condescendiente (sobre este punto) Derecho comunitario tal como ya nos consta y corroboran además documentos de la Comisión Europea (DG de la Competencia) tales como el que lleva por título «Servicios de interés económico general y ayudas estatales»¹. Y, en los transportes y las infraestructuras, ni siquiera existe un mecanismo de mercado como es el servicio universal en virtud del cual todos los agentes privados asumen al menos una parte de las prestaciones deficitarias que aquél impone.

Desde luego, sería criticable que (en los distintos sectores comentados, postales, de telecomunicaciones, de transportes) la parte rentable quedase en manos del mercado a costa de que la parte no rentable tenga que ser asumida por el Estado, es decir por todos los ciudadanos o contribuyentes. Precisamente, en la constatación de esta realidad de fondo está el origen histórico mismo del servicio público, ya que

¹ Tiene fecha de 12 de noviembre de 2002 y cita otros documentos en esta misma línea. Aunque la Comisión es consciente de la necesidad de clarificar este asunto, por el momento justifica el papel de las ayudas estatales en los servicios públicos, ahora llamados de «interés general», con el argumento de que no estamos en estos casos propiamente ante «ayudas» como ante «compensaciones por un Estado a las empresas encargadas de la gestión del servicio», ya que este tipo de cantidades se limitan a «compensar el coste efectivo que acarrea el cumplimiento de las obligaciones de servicio público».

Además, es preciso considerar la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en este mismo sentido, aunque con matices. Si bien las sentencias de 27 de febrero de 1997 (asunto T-106/95) confirmada por resolución del Tribunal de 25 de marzo de 1998, asunto C-174/97 P, llamado asunto «FFSA») y de 10 de mayo de 2000 (asunto Televisión portuguesa, T-46/97), consideró que tales compensaciones eran ayudas estatales a los efectos de lo dispuesto en el artículo 87.1 del TCE aunque su importe no exceda de cuánto resulte necesario para la realización de la obligación de servicio público (siempre que se reúnan las otras condiciones del apartado 1 del artículo 87 del TCE), la sentencia de 22 de noviembre de 2001 (asunto Ferring T C-53/00) afirmó que las compensaciones concedidas por los Estados, cuyo importe no exceda de cuanto resulte necesario para la realización de servicio público, no representan una ventaja para las empresas beneficiarias y, por lo tanto, no constituyen una ayuda estatal en el sentido del apartado 1 del artículo 87 del TCE. Esta sentencia continúa con la sentencia del mismo Tribunal, de 20 de noviembre de 2003 (asunto Gemo C 126/01) y con la sentencia «Altmark» de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00).

éste consigue entonces evitar que los operadores llamen a las puertas del mercado para lucrarse con el mismo y a la puerta del Estado para que éste pague sus déficits. Es legítimo obligar a un ciudadano que financie el servicio público cuando la asignación que aporta dicho ciudadano se destina a pagar el servicio en favor de otros ciudadanos por razones de solidaridad. Pero no es legítimo obligar a un ciudadano a que pague impuestos para que se beneficien de alguna forma operadores privados que actúan en la parte rentable del mercado con ánimo de lucro mientras que aquellos financian la parte no rentable.

Habrà por ello que confiar en que, cuando menos, el nuevo sistema de mercado no represente, a la postre, una mayor carga financiera pública o colectiva (vía tarifas y vía impuestos) en los actuales momentos en que las directivas parecen justificar un sistema que permite el lucro de operadores privados al tiempo que la financiación del servicio universal mediante presupuestos públicos. Habrà que confiar, para que esto no ocurra, en la debida claridad de cuentas que permite (eso sí) el nuevo modelo de fijación del coste del servicio universal, a pesar de la enorme complejidad que ello representa. No puede ser que se diga que la competencia abarata los precios a los consumidores al tiempo que pagamos el coste de lo deficitario mediante tributos.

Es difícil, en Europa, una fórmula distinta de la liberalización porque ésta parece la única forma de realizar un mercado europeo superando las barreras nacionales que impone el servicio público dentro de un determinado Estado. Pero, cuando menos, si funciona un régimen de liberalización y de mercado, ha de ser sin perder el rumbo y la lógica y coherencia con sus propios postulados.

5. SERVICIOS POSTALES Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Interesante, desde el punto de vista de la liberalización del sector postal, es poner de manifiesto, finalmente, cómo las directivas comunitarias clásicas de contratación pública dejan de aplicarse al sector postal, como consecuencia, precisamente, de la liberalización del sector y su conversión en un mercado. Existen tres grados o niveles desde el punto de vista de la aplicación de las referidas directivas de contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

El primero se refiere al ámbito general de aplicación, que alude a la Administración y sus entidades dependientes cuando éstas cumplan funciones de satisfacción de interés general. La clave está entonces en, ora identificar una Administración, ora identificar una función de satisfacción de interés general, a efectos de afirmar la sujeción estricta a dichas directivas. Las garantías en estos casos tienen una especial exigencia y la adjudicación ha de hacerse siguiendo los procedimientos previstos en aquéllas y las reglas que imponen de publicidad, concurrencia y vinculación a la mejor oferta.

El segundo concierne a una situación menos exigente (los sectores primero llamados excluidos, después sectores especiales), que afecta tradicionalmente a las en-

tidades que realizan sus actividades en el ámbito del agua, de la energía, del transporte y de las telecomunicaciones. El régimen de exigencias jurídicas es algo más flexible. Diríamos que en estos casos estamos en un nivel intermedio entre lo propiamente público o administrativo y lo empresarial o privado que queda al margen de la contratación pública y sus garantías de objetividad, publicidad, concurrencia y vinculación de la adjudicación a la mejor oferta.

El tercer nivel, evidentemente, no es propiamente un ámbito de aplicación de las directivas. Es un espacio, más bien, de exclusión de su aplicación y se refiere al sector puramente privado que queda al margen de las mentadas garantías de Derecho público. Si citamos esta situación es porque, desde el prisma público, la liberalización y privatización de un determinado sector público puede conducir a la exclusión de éste del régimen de las directivas de contratación pública y, por tanto, de la legislación nacional de contratos administrativos.

Pues bien, el sector postal tradicionalmente, conforme a su caracterización estrictamente pública, venía encuadrándose en el primer nivel que hemos comentado. Esto informa, suficientemente, del carácter de organismo autónomo dependiente de la Administración que correspondía a Correos y Telégrafos. Es claro que su función viene siendo ejemplo de satisfacción de interés general.

Cuando, sin embargo, empieza a sufrirse el fenómeno liberalizador y privatizante, el sector postal desciende, desde el primer nivel al segundo, en las más recientes reformas de las directivas comunitarias, pasando a ser considerado uno de los sectores especiales que, por tener ya un carácter más empresarial que administrativo (sin perjuicio de éste), ha de regirse por el sistema más flexible de las directivas de sectores especiales.

En el fondo, este sistema se está pensando en la posible conversión de estos sectores tradicionalmente públicos (conforme a la lógica del servicio público) en auténticos mercados (aunque sean mercados de interés general). Este es, por ejemplo, el caso de las telecomunicaciones. Como en este sector ha arraigado especialmente la liberalización comunitaria, la consecuencia de las últimas reformas de las directivas comunitarias de contratación excluyen totalmente de su ámbito de aplicación a este sector, por ser ya un mercado de interés general.

Todas estas afirmaciones son muy ilustrativas del cambio que experimente el sector postal en el contexto de los servicios y mercados de interés general. Su paulatina incorporación de elementos privatizantes y empresariales deja verse magníficamente a la luz de este matizado régimen de niveles escalonados de contratación pública. En tanto en cuanto un determinado sector sea más privado, la aplicación de las exigencias públicas es menor, en principio. No obstante, el Derecho público, en general, más que retroceder su ámbito de aplicación, modifica sus espacios y termina encontrando acaso un mayor ámbito incluso de aplicación, por la vía de la regulación pública.