
EL PAPEL CENTRAL DE LOS USUARIOS EN EL DERECHO ENERGÉTICO

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Coruña

SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. LOS CIUDADANOS Y EL PODER PUBLICO. III. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS CIUDADANOS. IV. LOS SERVICIOS DE INTERES GENERAL. V. LOS USUARIOS Y LOS SERVICIOS PUBLICOS. VI. EL INTERES GENERAL EN EL LEVANTAMIENTO DE LA OPA DE GAS NATURAL SOBRE ENDESA.

I. INTRODUCCION

Los nuevos enfoques y aproximaciones que hoy podemos encontrar al tratar sobre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración pública suelen coincidir en la centralidad de la persona, del ciudadano, del particular, o del administrado. Es, me parece, la consecuencia de poner en orden un marco general en el que por bastante tiempo prevaleció una idea de la Administración como poder conformador y configurador de lo público desde los esquemas de la unilateralidad. No digamos ya en materia de servicios públicos y de servicios de interés general, dónde el usuario se ha convertido, afortunadamente, en el centro de atención de su tratamiento jurídico.

La filosofía política de este tiempo parece tener bien clara esta consideración del papel de la persona en relación con el poder público. Desde este punto de vista, la persona no puede ser entendida como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones y resoluciones públicas. Definir a la persona, al ciudadano, como centro de la acción administrativa y del ordenamiento jurídico-administrativo en su conjunto supone considerarlo como el protagonista por excelencia del espacio público, de las instituciones y de las categorías del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración. Es decir, a la hora de construir las políticas públicas, a la hora de levantar los conceptos del Derecho Administrativo debe tenerse presente la medida en que a su través se pueden mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. En materia de servicios públicos y de servicios de interés general, esta reflexión se antoja evidente pues éstos existen y se justifican precisamente para atender mejor a los ciudadanos en sus necesidades colectivas.

Afirmar el protagonismo de la persona no quiere decir atribuir a cada individuo un papel absoluto, ni supone propugnar un desplazamiento del protagonismo ineludible y propio de los gestores democráticos de la cosa pública. Afirmar el protagonismo de la persona es colocar el acento en su libertad, en su participación en los asuntos públicos, y en la solidaridad. Si nos atenemos al sentido promocional del poder público, el que sigue el artículo 9.2 de la Constitución española, podemos afirmar que, en efecto, generar las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, es una de las finalidades constitucionales de la Administración pública. En este sentido, las decisiones en materia de servicios públicos y de servicios de interés general deben estar presididas por este medular precepto constitucional pues de lo que se trata es de que los servicios públicos y los servicios de interés general sean entornos de humanización y de ejercicio de la libertad solidaria por parte de todos los ciudadanos. Los países con mejores servicios suelen ser países dónde se facilita la libertad, dónde se puede elegir entre diversas opciones.

Desde un punto de vista moral entiendo que la libertad, la capacidad de elección –limitada, pero real- del hombre es consustancial a su propia condición, y por tanto, inseparable de su ser mismo, y plenamente realizable en el proyecto personal de cualquier ser humano de cualquier época. Pero desde un punto de vista social y público, es indudable un efectivo progreso en nuestra concepción de lo que significa la libertad real

de los ciudadanos. Qué duda cabe que el poder público, si es sensible a las demandas reales de los ciudadanos de disponer de mejores servicios, puede contribuir, como manda la Constitución, a colaborar a que, en efecto, la libertad y la igualdad sean cada vez de mejor calidad.

En el orden político, bien lo sabemos, se ha entendido en muchas ocasiones la libertad como libertad formal. Siendo así que sin libertades formales difícilmente podemos imaginar una sociedad libre y justa, también es verdad que es perfectamente imaginable una sociedad formalmente libre, pero sometida de hecho al dictado de los poderosos, vestidos con los ropajes más variopintos del folklore político. Los servicios públicos y los servicios de interés general, en la medida en que están presididos por la universalidad, la asequibilidad y la calidad, garantizan a la ciudadanía en su conjunto una serie de medios y posibilidades que ayudan a la realización del libre desarrollo de la personalidad en la sociedad.

Desde la perspectiva del usuario de dichos servicios se comprende mejor, mucho mejor, la naturaleza y la funcionalidad de los principios de continuidad y regularidad ya que constituyen un derecho del propio usuario, no tanto una característica esencial, que lo es también, del servicio público o del servicio de interés general. Si se quiere, se puede expresar esta idea con otras palabras: el interés general, en cuya virtud se ha establecido el correspondiente servicio, reclama que se garantice durante toda la vigencia del mismo la universalidad, la asequibilidad, y la calidad, en un marco de continuidad y regularidad en la prestación. Estos parámetros legales van a hacer posible la vuelta al Derecho Administrativo, a un nuevo Derecho Administrativo, menos pendiente del privilegio y de la prerrogativa y más centrado en la mejora de las condiciones de vida de los usuarios, de los ciudadanos.

II. LOS CIUDADANOS Y EL PODER PÚBLICO

En realidad, la cuestión de la centralidad del usuario de los servicios, sean públicos o de interés general, constituye una cuestión que nos aproxima al nudo gordiano de las relaciones entre el poder y la persona, entre el poder y el ciudadano. Por eso, pienso que algunas consideraciones sobre la naturaleza del poder en la democracia y la centralidad de la persona ayudan sobremanera a situarnos en el plano general del encuadramiento del tema que tiene, como es obvio, notas y connotaciones propias de la filosofía moral o política.

En efecto, las recientes transformaciones en el orden conceptual, metodológico y práctico que hoy están transformando la realidad del espacio público, nos ayudan a profundizar precisamente en el protagonismo de la persona para el Derecho Público en general, y para el derecho de los servicios públicos y de los servicios de interés general en particular.

Ha sido relativamente frecuente que bajo la consabida formulación del gobierno para el pueblo y por el pueblo se haya introducido en la mente de no pocos responsables y dirigentes públicos la idea de que el poder, en algún momento, pertenece, siquiera sea por derecho propio, a los propios gobernantes o administradores de la cosa pública. Ha sido, y es, ésta, una tentación bien sutil que termina por propiciar esa peligrosa separación entre el conjunto del pueblo y los dirigentes públicos que Alain MINC ha bautizado como una de las lacras de nuestro tiempo que invariablemente encontramos en los sistemas políticos abiertos, en mayor o menor medida.

Primera y principal reflexión: el poder, el gobierno, la administración pública, es de las personas, de los ciudadanos, que deben ser más conscientes de todo lo que supone la definición, análisis, ejecución y evaluación de políticas públicas. La ciudadanía, el pueblo, si se quiere utilizar esta expresión, debe tomar conciencia de su papel central en el sistema político y debe, además de reclamar y exigir una mayor eficacia en la prestación de los servicios generales, asumir su función central y protagonista en el conjunto del entramado social y organizarse de verdad, con libertad, profesionalmente, para la defensa de sus intereses colectivos. Desde este punto de vista cobra especial relevancia la inteligente alianza que se ha hecho en muchos países para que servicios de naturaleza social, siendo de responsabilidad pública, sean prestados efectivamente por instituciones sociales realmente preparadas para ello debido a su acreditada profesionalidad y eficacia. Edgar MORIN demostró años atrás las bondades de abrir las políticas sociales a la libre asociación de los poderes públicos con las instituciones sociales realmente preparadas para tratar humanamente con los excluidos, los desfavorecidos.

El ciudadano está en el centro, en el corazón del sistema político, por lo que el poder público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas, sino como un instrumento de servicio objetivo a la entera sociedad. Como un instrumento encaminado al bienestar integral y permanente de los ciudadanos. El pueblo y el poder, o el poder y el pueblo, son realidades cada más abiertas que plantean un cambio profundo en el esquema de fundamentación y de funcionamiento de la ciudadanía en su

conjunto. Pero, para ello, es menester tener bien presente que hoy en día esta tarea pasa por intentar que el poder se oriente a la humanización de la realidad y a la efectividad de los derechos humanos de todos sin excepción.

El poder público, bien lo sabemos, se justifica en función de hacer posibles los fines existenciales del ser humano. Es más, el poder público se legitima en la medida en que su ejercicio se orienta hacia este objetivo. El fundamento jurídico del poder público reside en la constitución natural del orden colectivo necesario para el cumplimiento de las funciones sociales fundamentales. Dicho orden, y por tanto su autoridad, se funda en la naturaleza del hombre. Así se entiende perfectamente que el poder político se encuentra subordinado al bien general de todos los ciudadanos.

Vivimos, no obstante, una situación en la que este modelo, guste más o menos, está en crisis. La crisis de valores morales unida a la crisis del llamado Estado del bienestar, han afectado al funcionamiento del sistema, desvirtuando algunos de sus elementos esenciales. Efectivamente, hemos asistido al desmoronamiento de un sistema basado en el intervencionismo, en el que el Estado y la administración pública estaban presentes en todos los rincones de nuestra vida. El sistema, a pesar de los pesares, continúa vigente, si bien con más o menos presencia e intensidad según países y regímenes políticos. En efecto, rara es la situación en la que no tenemos que contar, hasta para las más pequeñas tareas, con la presencia del gobierno de España, de la Comunidad Autónoma, del Ayuntamiento, o de alguna empresa o ente dependiente de éstos. El resultado es que, finalmente, el Estado, omnipresente para todo, se muestra incapaz para responder a las cuestiones esenciales que necesita la ciudadanía debido a que se le encomienda toda una panoplia de actividades que exceden con mucho de sus posibilidades y auténticas funciones. Esa ineficacia obedece a múltiples razones, pero la que me interesa destacar en este momento es que el tiempo de la definición unilateral del interés público pasó. Hoy el interés general se define desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

En realidad, esta crisis, de la que se venía hablando hace años, sólo ha tomado verdadero cuerpo en el momento en que se ha producido un crecimiento desmedido del gasto público porque se pensaba que la solución a los males sociales era más Estado, más funcionarios, más decretos, más gasto público, cómo si el sector público fuese la solución mágica para cualquier problema social. Hoy la sociedad pienso que ha tomado conciencia de esta situación y reclama nuevas fórmulas, nuevos enfoques y nuevas soluciones desde una consideración más abierta y plural del interés general.

La crisis fiscal se produjo sencillamente por la imposibilidad de seguir aumentando los impuestos para sufragar el déficit público. Todos los Estados, al margen de las ideologías, se han lanzado a poner remedio a este importante problema de sus economías, pues nadie puede mantener indefinidamente un ritmo de gastos superior a los ingresos.

Paralelamente, en segundo lugar, hemos conocido una crisis de confianza en los poderes públicos y, en especial, en la administración pública como consecuencia de una cierta cultura en la que el manejo de los asuntos públicos se producía desde los fríos y mecánicos esquemas de una estructura que con frecuencia estaba demasiado alejada de las necesidades reales del pueblo. Los ciudadanos, por otra parte, percibían que las administraciones públicas eran aparatos extremadamente caros, ineficientes e incapaces de dar unos servicios adecuados a los más elementales exigencias de calidad del progreso económico y social: administraciones públicas caras y funcionarios pendientes de sus cuestiones corporativas más que de la tarea de servicio objetivo al interés general. Ciertamente, la afirmación puede ser injusta si se realiza desde la generalidad pero, en alguna medida responde al pensamiento de muchos, muchos ciudadanos.

Por todo ello, uno de los objetivos principales de la actuación política de los gobiernos es reformar de la administración pública, inspirándose las actuaciones que se llevan a cabo en conseguir que la administración sirva efectivamente al ciudadano, auténtico propietario del aparato público. Se trata de hacer realidad el lema «una administración pública más eficaz, que cueste menos y que piense más en el ciudadano», que es la rúbrica que encabeza la práctica totalidad de los procesos de reforma administrativa de vanguardia en nuestro entorno.

En definitiva, no se trata más que de dar cumplimiento a los principios que están recogidos en nuestra Constitución, que proporciona el marco normativo y de valores suficiente para devolver al ejercicio del poder político su sentido originario.

En efecto, los modelos políticos y administrativos deben construirse a partir del ciudadano, de la persona, en función de sus necesidades colectivas porque, como dispone la Constitución Española «la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales (...) y actúa de acuerdo con el principio de eficacia y descentralización (...), con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE). Además, la programación y ejecución del gasto público, «responderá a los principios de eficacia y economía» (artículo 31.2 CE).

La configuración del Estado social y democrático de Derecho supone una nueva funcionalidad de la administración pública. En efecto, la administración pública, al gestionar los intereses colectivos, no tiene ya que imponerse a los ciudadanos. Más bien, debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad y, por tanto, del pueblo en la elaboración de los criterios rectores que impulsen los intereses colectivos. En otras palabras, la administración ya no es dueña del interés público sino que está llamada, por su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para definir las políticas públicas. Quiere eso decir que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia administración pública de manera que tengan una decisiva participación en la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos. Esta aproximación, no lo oculto, se apoya en la consideración, prevista en la Constitución, de que los derechos fundamentales y la dignidad de la persona son los fundamentos del orden político y la paz social (artículo 10.1 CE). De esta manera, se puede entender que los poderes públicos tengan la misión de crear un clima en el que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales y colaborar con la propia administración en la definición de los intereses públicos. Los derechos fundamentales ya no son solamente ámbitos exentos de la actuación de los poderes públicos, como ha reconocido reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, sino elementos y líneas directrices del conjunto de la actividad de la administración. En este contexto, en esta dirección, pienso que estaremos más cerca de un aparato público que oferte servicios de calidad y que promueva los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En realidad, la necesidad de las reformas viene justificada precisamente porque el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes locales, como partes del Estado que son, están al servicio de la persona y no al revés, como ha venido siendo la norma en los últimos tiempos, sobre todo de la mano de ese Estado del Bienestar que debemos reinventar para que sea, efectivamente, de bienestar para el hombre, no de malestar o de laminación de la iniciativa y de la responsabilidad de las personas, de los ciudadanos. Menos bienestar para una élite que se lucra y beneficia del manejo y la gestión de los intereses generales y más y mejor bienestar para el conjunto del pueblo.

Es necesario, además, no olvidar que este tiempo que nos ha tocado vivir es una época de constantes y acelerados cambios. En concreto, parece que ya nadie duda de la crisis del llamado Estado del Bienestar. Ciertamente, los síntomas de agotamiento son evidentes. Pero, una actitud responsable, lejos de recrearse en el ocaso de un modelo que ha fracasado, debe asumir que el sistema se ha ido desmoronando porque no ha sido sensible precisamente a sus propios postulados. El gasto público se ha disparado sin criterios de racionalidad y la burocracia, la todopoderosa burocracia, ha sido la principal protagonista olvidándose, una vez más, que el verdadero eje de toda política pública está y se encuentra, en el hombre, en la persona, que no sólo es sujeto de derechos, sino que es destinatario de servicios y bienes, muchos de los cuales están en franca relación con su libre desarrollo que, como ha sentenciado solemnemente el artículo 10.1 de nuestra Constitución, repito, es uno de los fundamentos del orden político y la paz social.

Muestra de esa concepción de lo público son todos los casos en que las iniciativas sociales están sustituyendo a la, hasta ahora omnipresente, administración pública. Lo público debe abrirse a la realidad, a la legítima fuerza de las iniciativas sociales que representan la autenticidad y la espontaneidad del pueblo. Me parece que también ya se encuentra en el museo de las ideas esa interpretación cerrada, pétrea y hasta autoritaria de lo público. Sobre todo porque hoy más que nunca el interés público se nos presenta más vinculado a la efectiva promoción de los derechos de las personas. Para ello, debe ir desapareciendo la versión burocrática que apuesta por una fórmula única fuertemente centralizada. La fuerza de la libertad, los derechos de la ciudadanía y los nuevos tiempos, aconsejan otras orientaciones de los intereses colectivos.

Las libertades públicas formales son un test negativo sobre la libre constitución de la sociedad. No podrá haber libertad real sin libertades formales. Pero la piedra de toque de una sociedad libre está en la capacidad real de elección de sus ciudadanos. Y esa capacidad de elección mucho tiene que ver con la posibilidad de poder optar por servicios públicos y de interés general que permitan a las personas un mayor y de más calidad desarrollo libre de su personalidad en la sociedad.

Afirmar que la libertad de los ciudadanos es el objetivo primero de la acción pública significa, pues, en primer lugar, perfeccionar, mejorar, los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que definen el Estado de Derecho como marco de libertades. Pero en segundo lugar, y de modo más importante aún, significa crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo, la cancha, en la que jugar –libremente– su papel activo, en el que desarrollar su opción personal, en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integrado. Creadas esas

condiciones, el ejercicio real de la libertad depende inmediata y únicamente de los propios ciudadanos, de cada ciudadano.

El centro de la acción pública es la persona. Desde este principio básico de actuación es posible establecer algunas de las líneas fundamentales que, desde una perspectiva que podríamos denominar -de un modo genérico- ética, configuran las nuevas políticas públicas entre las que se cuenta la existencia de servicios públicos y de interés general de calidad.

Desde este punto de vista, la persona, el individuo humano, no puede ser entendido como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones públicas. Definir a la persona como centro de la acción pública significa no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino, sobre todo, considerarla el protagonista por excelencia de la vida pública.

III. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS CIUDADANOS

La caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo, en España, necesarios replanteamientos de dogmas y criterios que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferentes en su configuración, y en sus consecuencias, a los del nacimiento del Estado-Providencia y a las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, conceptual e institucionalmente, a los nuevos tiempos pues de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia, o, en otros términos, el Derecho del poder para la libertad, como ha señalado atinadamente GONZALEZ NAVARRO. En materia de servicios públicos y de servicios de interés general, este punto de vista es fundamental porque introduce una nueva manera de acercarse a este sector del Derecho Administrativo.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado al arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo hemos acudido a la aproximación subjetiva, a la objetiva y a la consideración mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático. Desde este punto de vista es menester sobrevolar, y superar, la atalaya, el observatorio, desde el que se construido un Derecho Administrativo, especialmente en materia de servicios públicos, en el que lo capital y central eran los privilegios o las prerrogativas del poder público.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece, es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto MAYER que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Hoy, el interés general se define, no ya unilateralmente por el Estado, sino a través de una justa e inteligente alianza entre el poder y los agentes sociales que, en cualquiera de sus modalidades, deben tener como elemento central la garantía de los derechos de los ciudadanos desde parámetros de solidaridad.

Es decir, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la promoción de los derechos de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su "status quo", debe estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de

exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea. Y es también el caso de los servicios públicos, en los que las exigencias de universalidad, asequibilidad y calidad, determinan nuevas fórmulas que subrayen la posición central de los usuarios como tendremos ocasión de examinar en el conflicto jurídico planteado con ocasión de la reciente OPA de Gas Natural sobre Endesa.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución "in toto" de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías por otro radicalmente distinto, sino de estar pendientes de la realidad constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones que componen el Derecho Administrativo. Desde este punto de vista, el Derecho Público se nos presenta ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho que denominamos dinámico, abierto, plural y complementario. Ello no quiere decir que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que haga buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo, anteriormente referida, como el Derecho del poder para la libertad. En este marco conceptual encuentra su explicación el nacimiento de los servicios de interés general y la posición central del usuario como correlato necesario de la relevancia que ha adquirido en el Derecho Administrativo la función de garantía de los derechos de los ciudadanos como tarea fundamental a la que hoy está convocado.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las Ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todas aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen con la existencia de una auténtica Administración pública cada vez más consciente de su posición institucional en el sistema democrático.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía- finales del siglo XVIII- que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución "sirve con objetividad los intereses generales". Es decir, si en la democracia los agentes públicos son gestores de funciones de titularidad ciudadana y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en una capital sentencia de 7 de febrero de 1984 a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la autoridad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y la sumisión del aparato administrativo a los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, "potestas variandi", potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos del actual y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la

misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la administración pública sino, más bien, hacer posible y facilitar. En este sentido, la perspectiva central del ciudadano nos lleva también a buscar y encontrar nuevas figuras jurídicas que pongan al día la teoría de los servicios públicos en relación con los derechos fundamentales. De esta tarea surge el servicio de interés general que elimina la titularidad pública de determinados servicios, salvo los que en cada momento puedan ser esenciales para la comunidad, facilitando la entrada a las iniciativas sociales. Es decir, tanta libertad como sea posible y tanta intervención pública como sea imprescindible.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio, por parte de la burocracia, llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático y cerrado que se agotó en sí mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares. En esta dimensión unilateral y cerrada del Estado de Bienestar, los servicios públicos eran la prolongación de la larga mano del Estado en la sociedad: su titularidad era pública en todos los casos, fueran de contenido social o económico. Y, sobre todo, esta perversa manera de entender el Estado de Bienestar buscaba, ahora lo sabemos bien, hacerse cargo de todos los aspectos de la vida del ciudadano, desde la cuna hasta la tumba. En el fondo, se trataba de tener a la sociedad a merced del aparato público a partir de la máxima: tanta intervención como sea posible y tanta libertad como sea imprescindible. Ahora las cosas suceden, al menos teóricamente, de otra forma y se apuesta por la centralidad de la persona, de manera que la titularidad de los servicios públicos de naturaleza económica ha caído a manos de los servicios de interés general, y los de contenido social probablemente no muy tarde seguirán el mismo camino.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la fetén, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse en cada momento por interés general. Más que en la presencia de la administración pública, para mí lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia del interés general, que debe regularse en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relatava con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucían algunas novelas de Pío BAROJA sobre la actuación de funcionarios que disfrutaban vejando y humillando a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que es menester seguir trabajando para que la ciudadanía pueda afirmar sin titubeos que la administración pública ha asumido su papel de organización al servicio y disposición del pueblo. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la administración pública sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la administración pública y sus potestades, privilegios y prerrogativas. En este contexto también se explica la penetración de versiones más abiertas que han ido desterrando la vieja construcción, vertical y autoritaria, del servicio público, presentándonos la categoría del servicio de interés general, que ni es una traición al Derecho Administrativo ni

una manifestación de la tan cacareada huída del Derecho Administrativo. Más bien, todo lo contrario. Resulta que ahora, como luego estudiaremos, estamos ante un nuevo Derecho Administrativo que tiene una tarea fundamental, mayor en intensidad que antes puesto que la garantía de los derechos de los usuarios ha dado lugar a que la propia Administración disponga de determinados poderes que permitan que la universalidad, la asequibilidad y la calidad del servicio sean una realidad.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor GARCIA DE ENTERRIA de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Está aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y la de los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo Derecho Administrativo desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo VON IHERING, el gran problema de las reformas administrativas se haya en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de los dirigentes, no tanto en los cambios normativos. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo, insisto, es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester citar, aunque sea de pasada, los artículos 9, 10, 24, 31, 53 y 103, como los preceptos en los que encontramos un conjunto de elementos constitucionales que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones deudores de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual. Cualquiera que se asome a la bibliografía española del Derecho Administrativo, encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina, que a las claras demuestra como la doctrina tiene bien presente esta tarea.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que “La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

La administración pública (estatal, autonómica o local porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas), sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la administración pública en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas. Está a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos. Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen. La referencia, pues, a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones según la apliquemos a la organización administrativa en general, o bien a los empleados públicos o funcionarios en particular. En todo caso, lo que me interesa destacar en este momento y en estas circunstancias es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quién lo ejerza, arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impunidad, áreas en las que normalmente

florece la arbitrariedad, sorprendentemente “in crescendo” a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los Tribunales de Justicia.

La referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy pero que muy relevante sobre cual pueda ser el elemento clave para caracterizar la administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una administración autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y de, escrito en castellano castizo, ordeno y mando. Por eso, como señalé en el epígrafe anterior, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremanera a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratándose del artículo 103 de nuestra Constitución, que la administración pública está sometida a la Ley y al Derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio que era la principal característica que acompañaba a los monarcas de entonces. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que sigamos, lo cierto es que la administración pública debe actuar en el marco de la Ley. Además, con buen criterio se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el Ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las Leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a Derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del Derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo.

Además, la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el Ordenamiento a que puede someterse la administración pública es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el Ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cuál sea el Derecho elegido, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está insito en la utilización de fondos de tal naturaleza para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del Derecho Privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos siempre que la administración pública justifique racionalmente porqué en determinados casos acude al Ordenamiento privado. El caso, por ejemplo, de los servicios de interés general, calificado por determinado sector doctrinal como manifestación de la huída del Derecho Administrativo, acaba resultando sorprendentemente un ejercicio de vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que existen núcleos básicos en los que es menester seguir los criterios públicos de mérito y capacidad, de publicidad y concurrencia y, sobre todo, de garantía de principios como los de regularidad y continuidad así como la garantía de determinadas características que trae consigo, en materia de servicios públicos, la posición central del usuario: universalidad, asequibilidad y calidad.

La idea de servicio tiene mucho que ver, me parece, con la crisis fenomenológica de este concepto en un mundo en el que prima ordinariamente el éxito económico, la visualización del poder y el consumo impulsivo, que trae consigo esta especie de capitalismo insolidario que aspira a manejar como marionetas a los ciudadanos. Hoy, estar al servicio de los ciudadanos parece tantas veces algo ingenuo, que no reporta utilidad y que, por ello, es un mal que hay que soportar lo mejor que se pueda. La inversión del problema, insisto, es una cuestión cultural en la que se trabaja poco porque requiere desarrollos de largo plazo poco atractivos para el hoy y ahora en el que vive sumida una clase política que renuncia normalmente a proyectos de largo alcance. Promover el valor del servicio público como algo positivo, incardinado en el progreso de un país, como algo que merece la pena, como algo que dignifica a quien lo practica..., constituyen reflexiones que se deben transmitir desde la educación en todos los ámbitos. Si estas ideas no se comparten, no sólo en la teoría, por más normas, estructuras y funcionarios que pongamos en danza, estaremos perdiendo el tiempo derrochando el dinero del común. De ahí que este criterio constitucional que define la posición institucional de la administración pública sea central en la reforma y modernización permanente del aparato administrativo.

La caracterización como objetivo de ese servicio es otra nota constitucional de gran alcance que nos ayuda a encontrar un parámetro al cuál acudir para evaluar la temperatura constitucional de las reformas emprendidas. La objetividad supone, en alguna medida, la ejecución del poder con arreglo a determinados criterios encaminados a que resplandezca siempre el interés general, no el interés personal, de grupo o de facción. Lo cuál, a pesar del tiempo transcurrido desde la Constitución de 1978, no podemos decir que se encuentre en una situación óptima pues todos los gobiernos han intentado, unos más que otros, abrir los espacios de la discrecionalidad y reducir las áreas de control, por la sencilla razón de que erróneamente se piensa tantas veces que la acción de gobierno para ser eficaz debe ser liberada de cuantos más controles, mejor. Es más, existe una tendencia general en distintos países a que el gobierno vaya creando, poco a poco, estructuras y organismos paralelos a los de la administración clásica con la finalidad de asegurarse el control de las decisiones que adoptan. En el fondo, en estos planteamientos late un principio de desconfianza ante la Administración pública que, en los países que gozan de cuerpos profesionales de servidores públicos, carece de toda lógica y justificación.

Por otra parte, no se puede olvidar que las reformas administrativas deben inscribirse en un contexto en el que la percepción ciudadana y, lo que es más importante, la realidad, trasluzcan el seguimiento, siempre y en todo caso, del interés general como tarea esencial de la Administración pública, en general, y de sus agentes, en particular. Pero interés general no entendido en las versiones unilaterales y cerradas de antaño sino desde la consideración de que el principal interés general en un Estado social y democrático dinámico reside en la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos, especialmente por parte los más desfavorecidos. El aseguramiento y la garantía de que tales derechos se van a poder realizar en este marco ayuda sobremanera a calibrar el sentido y alcance del concepto del interés general en el nuevo Derecho Administrativo.

Esta función de garantía de los derechos y libertades define muy bien el sentido constitucional del Derecho Administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de Derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente, sean conceptos idénticos. No. Son conceptos diversos, sí, pero complementarios. Es más en el Estado social y democrático de Derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo. La proyección de estos principios en materia de servicios públicos ha producido el alumbramiento de un concepto de gran presente, y futuro, como es el de servicio de interés general, en el que se cumple a la letra esa definición moderna del Derecho Administrativo que entiende el ejercicio del poder para el bienestar general e integral de los ciudadanos.

Partiendo de la posición central de los derechos fundamentales de la persona, tal y como explicamos en el epígrafe anterior, resulta que éstos "constituyen la esencia misma del régimen constitucional" (sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1986) y son "elementos esenciales del Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica" (sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981). Como nervio central de la Constitución que son los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer "el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales" (sentencia de 16 de octubre de 1984), por lo que, lógicamente, la acción netamente administrativa de los poderes públicos debe estar orientada a que precisamente los derechos fundamentales resplandezcan en la realidad, en la cotidianeidad del quehacer administrativo. En este sentido, una parte muy considerable del Derecho Administrativo que denominamos Constitucional debe estar abierto a proyectar toda la fuerza jurídica de los derechos fundamentales sobre el entero sistema del Derecho Administrativo: sobre todos y cada uno de los conceptos, instituciones y categorías que lo conforman. Obviamente, la tarea comenzó al tiempo de la promulgación de la Constitución, pero todavía queda un largo trecho para que, en efecto, las potestades públicas se operen desde esta perspectiva. Ciertamente, las normas jurídicas son muy importantes para luchar por un Derecho Administrativo a la altura de los tiempos, pero las normas no lo son todo: es menester que en el ejercicio ordinario de las potestades, quienes son sus titulares estén embebidos de esta lógica constitucional, pues, de lo contrario, se puede vivir en un sistema formal en el que, en realidad, pervivan hábitos y costumbres propios del pensamiento único y unilateral aplicado al interés general.

Los derechos fundamentales, como sabemos bien, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. En origen, cumplían su papel como espacios exentos a la intervención del poder, lo cuál ha sido relevante para, sobre esta formulación, construir una nueva funcionalidad desde su inserción en el Estado social y democrático de Derecho entendido desde una perspectiva dinámica. Así,

además de barreras a la acción de los poderes públicos, empezaron a entenderse, también, como valores o fines directivos de la acción de los poderes públicos como bien apuntara entre nosotros PEREZ LUÑO.

Ahora, cuando la administración pública actúa debe tener siempre presente que forma parte de su acervo profesional la sensibilidad constitucional, por lo que debe acostumbrarse a asumir su papel de poder comprometido en la efectividad de los parámetros constitucionales, entre los que los derechos fundamentales encuentran un lugar muy destacado.

Los derechos fundamentales, ha señalado el Tribunal Constitucional desde el principio, “son los componentes estructurales básicos, tanto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política” (sentencia de 11 de abril de 1985). Es decir, informan el conjunto del Derecho Público y, por tanto, la construcción del nuevo Derecho Administrativo debe partir de su consideración, lo que trae consigo, como sabemos, la necesidad de releer y replantear tantas y tantas instituciones que, entre nosotros, se han explicado desde una perspectiva demasiado, en ocasiones, pegada a la prerrogativa y al privilegio.

En este contexto, se entiende perfectamente que el ya citado artículo 9.2 de la Constitución implique, no sólo el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas o de los grupos en que se integran sino que, y esto es lo relevante en este momento, demanda de los poderes públicos la tarea de facilitar el ejercicio de las libertades, lo que poco tiene que ver con una Administración que se permite, nada más y nada menos, que interferir en el ejercicio de determinadas libertades públicas y derechos fundamentales.

Quizás algún lector podrá pensar que aquí se mantiene una posición absoluta sobre los derechos fundamentales. En modo alguno. Los derechos fundamentales, salvo el derecho a la vida, pueden estar sometidos, en determinados casos, a límites derivados del orden público, porque aunque sean muy importantes, no pueden ser el expediente para la comisión de delitos o para la apología del terrorismo, obviamente. También pueden delimitarse por razones de interés general: es el caso, por ejemplo, de la propiedad inmobiliaria y el plan urbanístico. Igualmente, es el caso de la expropiación forzosa, puede ser que el ejercicio del derecho de propiedad deba ceder ante relevantes exigencias de la denominada utilidad pública o interés social. Se puede afirmar, en este contexto, que ni el interés general, ni los derechos fundamentales son absolutos. A renglón seguido es menester matizar que lo que es absoluto, en la mejor tradición kantiana, es la persona humana, que nunca puede tener la condición de medio porque no lo es; es una realidad a la que el Derecho Público debe prestar atención para que el conjunto de la acción administrativa esté dirigida precisamente a hacer posible el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales por todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos.

IV. LOS SERVICIOS DE INTERES GENERAL

El servicio público, lo sabemos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para DUGUIT y su escuela de Burdeos, precisamente del “servicio público”, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la “noción imposible” para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, se puede afirmar que la constitución del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado y Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica autorizatoria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de FORSTHOF todo lo invade y todo lo controla "desde la cuna hasta la tumba". Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución pública configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático de Estado de Bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque se reduce a autocontrol y la conservación del "status quo".

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del Bienestar veremos como el servicio público en sentido técnico – jurídico apenas cuenta y, no se si en su lugar, pero la realidad manifiesta la emergencia de los denominados servicios de interés general, o servicios de interés económico general y, por ende, produciéndose una ilusionante vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con él, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado – Sociedad, pierde su sentido jurídico - administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuánto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

La articulación del Derecho Administrativo Constitucional sobre el servicio público requiere analizar, siquiera sea brevemente, dos preceptos de la Constitución aparentemente contradictorios y, sin embargo, bien complementarios. Me refiero, claro está, al artículo 38 y al 128.

El artículo 38 dispone:

"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación"

Por su parte, el artículo 128 establece:

"1.- Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general"

2.- Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

Es decir, el principio es el de la libertad económica en el marco del Estado social y democrático de Derecho, por lo que los poderes públicos tienen la tarea preservadora, garantizadora a la que antes he hecho referencia que, en determinados casos, puede aconsejar, por ley, la reserva al Estado en exclusiva de determi-

nados servicios denominados esenciales. Evidentemente, está posibilidad debe ser motivada en la Ley que opere la reserva como exigencia del interés general. Pienso que, en cualquier caso, el régimen ordinario es el de libertad en el marco del Estado social, lo que supone, ciertamente, que el régimen clásico del servicio público con sus notas tradicionales: titularidad y exclusividad, ya no encaje en el marco constitucional como fórmula habitual de prestación de los servicios públicos. Aunque, repito, en determinados casos, se pueda reservar en exclusiva al sector público determinados servicios esenciales, cuando razones de interés general, que habrán de concretarse y puntualizarse convenientemente, lo aconsejen.

Por tanto, aunque hoy sigan teniendo vigencia los motivos de la “publicatio”, en la versión de solidaridad social (DUGUIT) o procura existencial (FORSTHOF), sin embargo la expresión real de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la “publicatio” – salvo excepciones – sino la técnica autorizadora – “ordenatio” – cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio.

El principio es la libertad, pero modalizado o contextualizado por la dimensión solidaria que le es inherente. Entonces, la administración pública, insisto, garantiza la libertad en la prestación de los servicios de interés general con arreglo precisamente a su propia funcionalidad. Las exigencias del principio de libertad solidaria en la prestación de los servicios de interés general, no se pueden olvidar, derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos, a los usuarios.

La referencia al usuario como centro de gravedad del régimen de los servicios de interés general y los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, dibujan un nuevo mapa, una nueva hoja de ruta en la que situar el régimen actual de los denominados servicios de interés general.

No se puede olvidar que, en este ambiente, se ha planteado una de las principales tensiones que la teoría de los servicios de interés general parece solucionar. Me refiero a la tradicional polémica entre servicio público y derechos fundamentales o libertades públicas. Desde la teoría del servicio público, es claro que la titularidad pública choca frontalmente con el núcleo esencial de la libertad económica y que, por el contrario, la teoría del servicio de interés general permite el juego del binomio libertad - interés general desde la perspectiva garantizadora de la función del Estado.

Además, no podemos perder de vista algo muy importante y que para el Derecho Administrativo es esencial: la realidad. Hoy, guste o no, existe un gradual proceso de despublicación, de desregulación, o, si se quiere, de privatización, que plantea el gran desafío común de definir el papel del Estado en relación con los servicios públicos. En Europa, tras los Tratados fundacionales y Maastricht, es menester tener presente que la realidad del Mercado Único se llama libre competencia y que, por ello, la administración pública no puede mirar para otro lado. Lo que no quiere decir, insisto, que la administración pública ceda inerte ante los encantos del mercado. Tampoco, por otra parte, es de recibo alimentar versiones caducas que hablen de que el Estado sea la encarnación del ideal ético, como pretendía HEGEL para alejarse de los postulados del mercado.

Algunos autores piensan que la pérdida de sentido de la noción clásica del servicio público es poco menos que una traición al Derecho Administrativo. Quienes así piensan, con todos mis respetos- sólo faltaría- no son conscientes de que precisamente a través del alumbramiento de nuevos conceptos como el del servicio de interés general, o el del servicio de interés económico general, el Derecho Administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y adquiriendo protagonismo desconocido.

No se trata, pues, de certificar sólo, para el tiempo presente, la muerte de una categoría jurídico – administrativa que en su día jugó un papel muy destacado en la recuperación del viejo continente tras la Segunda Guerra Mundial; se trata de registrar el nacimiento de un nuevo Derecho Administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba VON IHERING, la mejor regulación del interés general.

Hoy, por todo ello, reaparece con toda su fuerza el Derecho Administrativo en la materia que nos ocupa, en forma de servicio de interés general o servicio económico de interés general: justamente la categoría que utiliza el Derecho Comunitario Europeo para definir esta especial posición jurídica del Estado en relación con los antaño denominados servicios públicos de naturaleza económica.

Como es sabido, en los denominados servicios económicos de interés general la función de garante del Estado aparece en todo su vigor a través de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica y dónde mejor se contempla esa nueva función del Estado.

Sin embargo, frente a los nostálgicos del servicio público, que son los mismos que nos han inundado de pesimismo enarbolando la bandera de la huída del Derecho Administrativo, me atrevo, con modestia, a afirmar que hoy asistimos a una vuelta al Derecho Administrativo, eso sí, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario y a partir de la necesaria superación de apriorismos y prejuicios metodológicos del pasado.

Los que nos dedicamos al estudio del Derecho Administrativo hemos comentado tantas veces que nuestra disciplina se caracteriza por hundir sus raíces en las movedizas arenas de la realidad, que sabemos, y somos testigos cualificados, de que los diferentes sentidos e interpretaciones que acompañan a los conceptos de nuestra disciplina son deudores precisamente del cambiante marco constitucional por el que discurrieron en el pasado y por el que discurren en el presente. Quizás, por ello, el proceso de liberalización y desregulación que hoy nos toca vivir es una oportunidad para seguir defendiendo el Derecho Administrativo como ese Derecho del poder para la libertad, de manera que la función de garantía de esa libertad, en el marco del Estado social, es su principal señal de identidad.

Para algunos, las consecuencias de la realidad que es, valga la redundancia, la que es, han traído consigo un injusto proceso al servicio público tal y como señala REGOURD. No es, sin embargo, un ajuste de cuentas metodológico o conceptual, Dios me libre, a la tradición del Derecho Administrativo francés; por cierto, de la que todos hemos aprendido tantas cosas. En su momento, como quería DUGUIT, sí que el servicio público era la piedra angular que justificaba la propia existencia del Estado. Luego, algunos, como ALESSI, señalaron que había tantas nociones del servicio público como autores se han acercado a su conceptualización. VEDEL llamó la atención sobre la elasticidad y flexibilidad de una noción que, para él, era perversa precisamente por su imposibilidad de definición. WALINE nos alertó sobre la condición de “etiqueta” del servicio público. En fin, que no negamos su trascendencia en el pasado, pero afirmamos que en el presente ya no tiene apenas razón de ser como no sea en los supuestos, en verdad excepcionales, de reservar al sector público en exclusiva servicios esenciales.

Antes de la crisis definitiva del concepto, se puede hablar de dos momentos difíciles para nuestra categoría. La primera crisis se puede datar en la segunda mitad del siglo XIX cuando al Estado no le queda más remedio que asumir las prestaciones asistenciales básicas como la sanidad y la educación. Y, además, se hace con la titularidad de los servicios económicos de mayor trascendencia, especialmente lo que hoy denominaríamos grandes inversiones públicas. Aparece entonces, con su proverbial magisterio a la cabeza de la Escuela de Toulouse, HAURIOU, quien nos dejaría, para mí, la mejor definición del servicio público: “servicio técnico prestado al público de manera regular y por una organización pública”. Era el momento de aquella fenomenal polémica sobre la esencia del Derecho Administrativo entre los grandes: JEZE, seguidor de DUGUIT, de los de Burdeos – el servicio público – y VEDEL, a la zaga de la Escuela de Toulouse – el poder público o las famosas cláusulas exorbitantes - .

En lo que se refiere a la actividad económica, el Estado asume la titularidad renunciando a la gestión en virtud de la conocida doctrina del concesionario interpuesto. Así, la declaración del servicio público implica desde el principio la titularidad pública, mientras que la gestión se confía a los particulares. Más adelante, el espacio local, que siempre es el mejor laboratorio del Derecho Administrativo, nos lleva, de la mano de los fabianos en el Reino Unido, a los supuestos de municipalización de servicios públicos. En 1929, la gran depresión trae consigo la quiebra de los grandes concesionarios, por lo que será el Estado, y ya no digamos en Europa tras la II Gran Guerra,, quien tenga que correr con la responsabilidad, también, de la prestación directa de los servicios.

La segunda crisis, en la que todavía estamos instalados de algún modo, viene de la mano del nuevo ídolo del altar de las ideas públicas, como señala el profesor FERNANDEZ RODRIGUEZ: la competencia. En efecto, la competencia, la liberalización, es la palabra que utilizan las fuentes originarias y derivadas del Derecho Comunitario Europeo. Es, se dice, el dominio de la economía. Estamos en el apogeo de los economistas y de las Escuelas de Friburgo – la competencia es la clave del desarrollo económico (EUCKEN) - , de Viena – principio de no intervención pública (HAYEK), de Chicago – guerra a los monopolios (FRIEDMAN) - , o de “Public Choice” – la realidad en cada caso aconsejará si lo procedente es la iniciativa pública o privada (BUCHANAN) - .

Ciertamente, si alguien puede detener, parar el fundamentalismo económico en la vida social, es un Derecho Administrativo para el que la clave, en materia de servicios públicos – en sentido amplio – es prestar servicios que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos. Este es el “punctum dolens” de nuestra reflexión: lo decisivo no es quien preste el servicio sino que éste promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas. Es decir, que incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios.

En este contexto se comprenderá la aseveración de Pierre DEVOLVÉ cuando afirma categóricamente que el servicio público es la principal amenaza para las libertades públicas. Por tanto, el nuevo concepto de servicio económico de interés general que se alumbra en el marco de Derecho Comunitario Europeo es la expresión del moderno Derecho Administrativo y el concepto desde el que contemplar la posición del Estado en la nueva economía.

Por un lado, el avance científico y tecnológico ha arrumbado esa versión estática de la “publicatio” que antaño justificaba la existencia del servicio público en la insuficiencia de capital privado para asumir los grandes servicios económicos y sociales. Y, por otro, no podemos negar guste o no, que la globalización económica ha traído consigo la existencia de grandes empresas con un potencial superior al de algunos Estados que, además, pueden, en ocasiones, gestionar mejor los servicios públicos tradicionales.

En este ambiente, el Derecho Comunitario Europeo asesta al servicio público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por mor de la libre competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el Mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, “despublicatio”, no son más que términos jurídico – económicos o económico – jurídicos que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios.

Finalmente, quiero señalar que el iuspublicista no debe, no puede permanecer insensible ante el intento de dominio del Derecho Público por la Economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.

Lógicamente, la incidencia de las nuevas nociones de la Política Económica han traído consigo esta segunda y definitiva crisis del servicio público y la aparición de nuevos conceptos, entre los que destacaría el de servicio económico de interés general, que, como sabemos, procede del Derecho Comunitario.

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión servicio público como no sea en el artículo 73 de la versión consolidada del Derecho originario. ¿Por qué?. Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los Derechos Nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de la Unión Europea se dividen entre los que siguen, en este punto, servicio con “publicatio” y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas “public utilities” garantizadas por la regulación – sin más- de la actividad de los sujetos privados prestados de dichos servicios, de orientación claramente anglosajona.

Pues bien, para no optar por una u otra tradición jurídica, el Derecho Comunitario alumbró el metaconcepto de servicio económico de interés general o el de servicio de interés general. Por eso, en el vigente artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea se puede leer que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas de este Tratado, en especial a las de la competencia”

Por tanto, el Derecho de la Unión Europea es un Derecho que ha traído consigo la liberalización que, a su vez, ha afectado a la organización institucional de los servicios públicos de los Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, es conveniente llamar la atención sobre el sentido que tiene la aparición del calificativo “interés general”. Así, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de septiembre de 1996, vinculó de modo explícito los servicios de interés económico general a los principios de solidaridad e igualdad de trato como “objetivos fundamentales de la Comunidad”.

En el mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el texto dispositivo del Tratado de la Unión el nuevo artículo 16 de la versión consolidada que establece lo siguiente:

“... a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos principios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que inicialmente combatió, quizás excesivamente, las potestades públicas en esta materia a partir de la interpretación del artículo 90.2 del Tratado en sede de ayudas públicas, ha pasado a una línea en la que lo decisivo es que cada vez se presten mejor los servicios públicos, en una orientación claramente relacionada con la función del Estado de garantizar el interés general. Por ejemplo, en la sentencia 320/91 de 19 de mayo de 1993 en materia de servicio postal, se reconoció que en dicho servicio de interés económico general había que comprobar si la aplicación de las reglas de la libre competencia impediría el cumplimiento de las reglas de interés general. Así, el Tribunal entendió en este caso que la realización del interés general llevaba consigo “la gestión de modo rentable del servicio y, por tanto, que la necesidad de compensar pérdidas del servicio público en sectores no rentables mediante los beneficios obtenidos de otros sectores económicamente rentables justificara que en estos últimos se limitara el juego de la competencia a favor de los particulares”.

En la sentencia del 27 de abril de 1994, asunto 393/92, el Tribunal, en un caso de distribución de electricidad y de una cláusula de compra exclusiva en beneficio de una empresa regional de distribución eléctrica de Holanda, recordó la necesidad de valorar el criterio del equilibrio económico, no sólo entre sectores rentables y no rentables, sino que deben tenerse presente las obligaciones de interés general, como las reglamentaciones que debe soportar en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de seguridad entre otras.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal, que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí dónde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia. Así, en los servicios de interés económico general hay que distinguir prestaciones susceptibles de ser realizadas en régimen de mercado y prestaciones no susceptibles de prestaciones competitivas. En este caso, la Autoridad impone la prestación obligatoria a algún operador para la que se arbitre algún sistema de compensación económica.

Llegados a este punto, en sede de servicio público, la contemplación de la realidad nos puede dejar algo confusos o perplejos, sobre todo si intentamos aplicar los criterios y categorías del pasado. ¿Es que se puede mantener la noción clásica de servicio público hoy? La contestación a esta pregunta no es difícil. Lo que pasa en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones, han dibujado un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el servicio público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo del servicio público y del nuevo Derecho Europeo en la materia, cuestión que estudiaremos a continuación.

La Comisión Europea, como sabemos, distingue, en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos: servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligación de servicio público y empresa Pública

Sin embargo, a lo largo del Libro Verde la Comisión se refiere a otro concepto de gran trascendencia, cual es el concepto de servicio universal sorprendiendo que no haya sido incluido junto a las otras definiciones. La omisión de una definición inicial del concepto de servicio universal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades para distinguir tal concepto de los otros cinco definidos, de la misma manera que es difícil distinguir con precisión entre el servicio de interés (económico) general, la obligación de servicio público y el servicio público, debido a las divergencias terminológicas, a la confusión semántica y a las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros. El servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Según el Derecho Comunitario, todos los servicios que las Autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico. En el Derecho Español, tras haber sido configuradas las telecomunicaciones en 1987 como servicios esenciales de titularidad estatal reservadas al sector público, hoy, la ley de 2003, reconoce su condición de servicios de interés general. Ello es muy importante porque desaparece la titularidad estatal aunque no su presencia, ya que es necesario también velar por la mejor satisfacción del interés general. De ahí que hoy este sector sea un sector regulado. Regulación que aconseja que se eviten las posiciones de dominio, por una parte, y, por otra, que determinadas prestaciones, lleguen al conjunto de la ciudadanía en condiciones de igualdad y calidad. Pues bien, esta dimensión positiva del quehacer administrativo que garantiza la accesibilidad, la igualdad y la calidad supone la existencia de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que se encuentra el servicio universal. El sentido de estas obligaciones es bien sencillo: garantizar un mercado libre de posiciones dominantes entre los empresarios y de usuarios mal atendidos.

Las telecomunicaciones son, por tanto, un servicio económico de interés general, con unas obligaciones de servicio público, siendo el servicio universal, me parece, la más destacada. En el Derecho Comunitario, desafortunadamente, no se distingue con claridad suficiente el concepto de servicio económico de interés general y servicio público. Quizás, como ocurre en la polémica doctrinal referida al concepto de servicio universal, porque para muchos sigue pesando lo suyo la clásica noción de servicio público y, por ello, no resisten la desaparición del concepto y se felicitan porque el "nuevo servicio público" sea el servicio universal.

De acuerdo con el artículo 22.1 de la nueva Ley de 2003, el servicio universal se define como "el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible". Calidad, accesibilidad y asequibilidad podrían ser las tres notas que hoy caracterizan el concepto de servicio universal en materia de

telecomunicaciones y que supondrían obligaciones de servicio público en la medida en que la Administración debe garantizar su efectividad.

La obligación de servicio universal es una obligación de servicio público. Sí, pero, insisto, en un contexto en el que el servicio público se utiliza en sentido amplio. Por otra parte, el concepto de servicio universal surge en los modelos liberalizados de las telecomunicaciones europeas y en el marco de los denominados servicios básicos de telecomunicaciones (en cuanto contrapuestos a los servicios de valor añadido) que pasan de ser servicios públicos “*stricto sensu*” o servicios económicos de interés general sin que por ello, se niegue, sólo faltaría, el acceso de cualquier ciudadano a determinadas prestaciones básicas. La clave, pues, reside en determinar en concreto cuales sean esas prestaciones básicas. Con carácter general, se puede afirmar que la cuestión se centra en garantizar, al menos, el servicio telefónico entonces llamado básico, que hoy podríamos identificar como el servicio telefónico fijo.

En realidad, el servicio universal sólo se aplica en entornos liberalizados, por lo que malamente puede contemplarse como la encarnación del viejo concepto de servicio público. Insisto, otra cosa, bien distinta es que, en efecto, se admita que la representación del nuevo concepto de servicio público camine por nuevos senderos y renuncie a dogmas y criterios rígidos que hoy por hoy no se compaginan bien con un ambiente que riñe, y no poco, con la noción de monopolio, por cierto asociado en origen al concepto de servicio público, hasta constituir una nota esencial e inevitable de la figura jurídica. Sin embargo, el servicio público sigue siendo lo que fue. Lo que ha ocurrido es que la realidad nos ha llevado a nuevos conceptos, hoy de gran utilización, como es, el de servicios de interés económico general.

Ciertamente, el servicio universal implica una presencia de la Administración pública que, si bien no puede ser la propia y privativa del régimen de servicio público, implica, en cierta medida, una determinada intervención pública. Como ha señalado RAPP, no se trata del concepto de servicio público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación de los principios del servicio público con los de la economía de mercado.

Formulación que me parece exacta, atinada y actual. Exacta porque plantea en sus justos términos la funcionalidad del servicio universal en el contexto de los principios del sistema de servicio público y de la economía de mercado. Atinada porque acierta a contextualizar la cuestión y, actual, porque es un problema, indudablemente, de nuestro tiempo.

El concepto de servicio universal, me parece, es la expresión en el mundo del Derecho Administrativo de los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario. Además, demuestra a las claras que el relativismo y la instrumentalidad son notas que acompañan al propio Derecho Administrativo en su largo peregrinar. ¿Por qué? Porque se complementan elementos del régimen de servicio público – continuidad, regularidad – y del mundo del mercado – no monopolio – en su ejercicio de integración que, de verdad, refleja la actualidad de las técnicas del Derecho Administrativo aplicadas a la realidad del momento, sin necesidad de acudir a una añoranza del pasado queriendo ver lo que ya no existe, porque no puede existir.

La ley de 2003, que profundiza en la libre competencia del sector, introduce, como parece lógico una vez transmitido cierto tiempo desde la liberalización, mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio. Es, me parece, una medida de sentido común y de sentido jurídico relevante para evitar que la libre competencia pueda ser ficticia o aparente. Además, y esto es lo que me interesa destacar ahora, se refuerza la protección jurídica de los usuarios, ampliándose el elenco que elementos de la obligación del servicio universal.

En efecto, como se reconoce en la propia exposición de motivos, la ley de 2003, el legislador “recoge la ampliación de las prestaciones que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal.” En concreto, en el artículo 22, se incluyen, a las que ya establecía el legislador de 1998, el acceso funcional a internet y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permiten un mayor control del gasto por los usuarios”

El contenido mínimo del servicio universal lo fija el Reglamento y se resume en los siguientes extremos. Todos los ciudadanos pueden recibir conexión a la red pública telefónica fijo y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. Todos los abonados al servicio telefónico deben disponer gratuitamente de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial, que, como mínimo, será de ámbito provincial. Que exista una oferta suficiente de teléfonos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional. Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios. Ahora, de acuerdo con la nueva ley, se añaden, como comenté anteriormente, dos

nuevas obligaciones para los operadores que - artículo 23 – designe el Ministerio para atender el servicio universal.

Hoy, guste más o menos, los monopolios se terminan, la reserva en exclusiva se cae sola, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el mercado se deba contemplar desde la unilateralidad. No, el mercado ni es ni puede ser la fuente del Derecho, es el contexto en el que debemos trabajar y en el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.

Hoy, la Administración debe cumplir cabalmente su función garantizadora para que se respeten las reglas del juego. Ello supone reconocer el papel central en materia de servicios regulados del usuario a quién hay que facilitar la accesibilidad, la calidad y la asequibilidad, justo las tres características que definen el servicio universal.

Ciertamente, sin la historia del servicio público, hoy no podríamos encontrar soluciones en los contextos regulados. Regularidad, continuidad...son notas del servicio público que son válidas también para servicios de interés general, como se denominan hoy los servicios públicos liberalizados.

Por tanto, la tarea de la administración pública es muy importante para preservar el servicio universal. Ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. Por eso, hoy más que nunca, el Derecho Administrativo se presenta como el Derecho del Poder para la libertad.

V. LOS USUARIOS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El reciente auto del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 por el que se suspendió cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras relevantes cuestiones, la de la relevancia jurídica de los usuarios en el mundo del suministro del gas y la electricidad. El tema es central a los efectos de este trabajo porque invita nada menos que a reflexionar sobre el papel de los usuarios de los servicios de interés general en el Derecho Público moderno.

Es conocido que el Tribunal Supremo argumentó, como más adelante analizaremos “in extenso”, que a la hora de ponderar circunstanciadamente, como manda el legislador de 1998 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, los intereses en conflicto, debe partirse del dato de que el interés de los usuarios en este sector es preferente al de los accionistas. Por una razón obvia: porque en estos sectores son usuarios o consumidores todos los residentes en España, de dónde se infiere que el derecho de los usuarios a buenos servicios a buenos precios es un corolario necesario de la progresiva liberalización de estos mercados. Es decir, mientras el derecho de los accionistas atiende a un determinado grupo de personas, lo cierto es que los usuarios, potenciales y reales del mercado del gas y de la electricidad, son todos los residentes en España, por lo que su protección adquiere mejor condición que la de los accionistas porque están en la misma médula del interés general.

Primar el interés de los accionistas sobre el de los usuarios constituye una peculiar manera de entender el interés general basado en consideraciones parciales. Estamos en presencia de mercados de transición del monopolio a la liberalización en los que las situaciones de concentración o de posición dominante es casi seguro que van a afectar a los precios y a la calidad de los servicios.

Por otra parte, no podemos olvidar que la competencia es otro relevante parámetro de interés público pensado para abrir los monopolios al pluralismo, a la búsqueda precisamente de ambientes de mayor libertad de elección para los usuarios, que podrán optar por las compañías de su preferencia. Por tanto, limitar un mercado en transición a la liberalización es probable que no contribuya a mejorar las posibilidades de libertad de elección de dichos usuarios.

La competencia es un medio ideado para que el usuario sea el centro de estos mercados. Si se perjudica su posición jurídica cercenando su capacidad de elección, entonces se estará impidiendo el ejercicio de la libertad y, por ello, dificultando que los españoles dispongan de mejores servicios a mejores precios. Restringir la libertad sin causa justa es un ejercicio de autoritarismo incompatible con el estado de evolución social en el que estamos.

En los casos de servicios de interés general como el que nos referimos, gas y electricidad, parece más claro que el papel del usuario deba ser central pues precisamente la razón de la desregulación de estos sectores está presidida por la idea de que se prime el derecho a elegir del ciudadano, lo que se puede alcanzar más fácilmente desde la competencia que desde el monopolio. Es más, habría que pensar que en las condiciones económicas y sociales actuales en Europa debieran ir desapareciendo poco a poco los servicios

públicos, según los casos y con intensidades diferentes, de manera que el problema de la tensión entre servicio público y libertad se resuelva pensando más en los ciudadanos que en el poder público. De alguna manera, la pugna entre poder y derechos fundamentales ha de ir resolviéndose poco a poco al servicio de la centralidad de la persona. Por eso, servicios tan importantes como la educación o la sanidad podrían ser considerados de interés general, lo que implicaría incluso una responsabilidad mayor del Estado en la garantía de la calidad, universalidad y asequibilidad de dichas prestaciones, pero no su titularidad pública, algo hoy trasnochado y periclitado.

Bien sabemos, sobre todo en el Derecho español, que los ciudadanos no disponen de un genérico y abstracto derecho a la prestación de un servicio público, salvo en el caso de los denominados servicios mínimos y obligatorios de los gobiernos y administraciones locales. Sin embargo, la perspectiva del ciudadano como usuario, como consumidor, que no cliente, de actividades y prestaciones de interés general, le sitúa en una nueva consideración que, a los efectos de este trabajo, debe tenerse bien en cuenta. Me refiero a que en estos supuestos en los que el ciudadano consume servicios de interés general, su posición jurídica participa también, de algún modo, y con mayor razón, de la posición de protagonismo que con carácter general se le atribuye al ciudadano en el marco de los postulados generales del Estado social y democrático de Derecho.

La Constitución española se refiere a los consumidores y usuarios, a ambos, en el artículo 51, cuyo parágrafos 1 y 2 disponen:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos especiales, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca”.

El constituyente reconoce a los usuarios y consumidores como dos colectivos diferentes aunque con rasgos comunes pues, de lo contrario, probablemente los hubiera regulado en preceptos distintos. Podría señalarse, a los efectos que ahora interesan, que el usuario es un consumidor de servicios públicos o de servicios de interés general. Interesa retener en todo este epígrafe, que los poderes públicos, según dispone el mandato constitucional de referencia, tienen como función central defender a los usuarios de servicios públicos y de servicios de interés general. Se trata pues de una consideración que se explica y se justifica atendiendo a la consideración central de la persona, del ciudadano, en relación con las prestaciones públicas o de interés general. Es decir, en el estatuto o régimen jurídico del usuario, este principio de la Constitución debe tenerse muy presente, de forma y manera que la defensa de los usuarios no se quede reducida a una mera declaración de intereses y alcance virtualidad práctica en los concretos servicios, sean públicos o de interés general, establecidos en cada momento.

El precepto, además, prevé una defensa especial de los usuarios en materia de seguridad, salud y legítimos intereses económicos. Ciertamente, la consideración de los legítimos intereses económicos de los usuarios va a tener más predicamento en sede de servicios de interés general que en materia de servicios públicos, por obvias razones. Además de establecer procedimientos especiales de protección para la salud y la seguridad de los usuarios, también debe recordarse que, en esta materia, los poderes públicos fomentarán la constitución de asociaciones y organizaciones que puedan expresar los intereses comunes de los usuarios, ordinariamente para cada servicio, sea público o de interés general. Cómo la Constitución no distingue entre servicios públicos, esenciales y de interés general, tampoco debe distinguir el intérprete, de manera que la expresión se refiere indistintamente a dichas modalidades de servicios.

En materia de servicios públicos, incluso en aquellos cuya gestión se confía al sector privado, no está claro del todo que la matriz jurídica que los regule sea privada o pública. GIANNINI ha hablado, para estos supuestos, de derecho privado especial porque, obviamente, existen componentes esenciales de Derecho Público que no se pueden desconocer puesto que, en estos casos, el servicio se establece con fondos públicos, fondos que están especialmente vinculados a una reserva esencial de principios de Derecho Público que no se pueden desconocer. En el caso de los servicios de interés general, donde ya no hay titularidad pública de la actividad, por sorprendente que pueda parecer, como intenté demostrar en el epígrafe anterior, resulta que se certifica una clara vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que la garantía de los derechos más importantes del usuario a la universalidad, asequibilidad y calidad del servicio son de cuenta de la Administración, aunque el servicio esté prestado por empresas privadas. Junto a ello, también en los servicios de interés general el usuario tiene derecho a la continuidad y regularidad en las prestaciones, lo que ha de ser garantizado igualmente por la Administración pública. Que esto sea sí supone para el Derecho Administrativo, y sobre todo para la administración pública, una congruente intensificación de las técnicas

de supervisión, control e inspección de dichos servicios con el objetivo precisamente de garantizar la calidad, universalidad y asequibilidad de las prestaciones.

La administración pública no siempre es consciente de este nuevo papel que juega, lo que en ocasiones puede poner en entredicho cuestiones tan estratégicas como la continuidad del suministro en supuestos extraordinarios por no disponer de los medios personales y materiales acordes con las nuevas funciones que la Ley y la realidad le encomienda.

En los casos de servicios públicos como la educación, el régimen jurídico del usuario está disciplinado por normas de Derecho Público puesto que los usuarios se encuentran, por sorprendente que parezca, en situación de especial sujeción. Sin embargo, si atendemos al sentido actual de las reformas, también en los llamados servicios públicos de naturaleza social, es probable que la fuerza de la libertad y la victoria de los derechos fundamentales en su pugna con las características clásicas del servicio público, terminen por dar entrada a los presupuestos de la libertad solidaria dotando al usuario de una posición realmente central en la construcción y desarrollo de estos servicios o actividades de interés general, educación incluida.

Por tanto, la denominada vuelta al Derecho Administrativo en los servicios de interés general y el llamado Derecho Privado Especial que se aplica a las formas indirectas de gestión de servicios públicos, nos muestran un nuevo panorama en el que, poco a poco, se va sustituyendo la preeminente posición de la Administración en beneficio de la centralidad del usuario.

En los servicios de interés general se rompe con el dogma de la titularidad pública de la actividad. Se pasa de la "publicatio" a la "ordenatio". Es decir, cambia uno de los presupuestos formales más significativos del servicio público. Sin embargo, las notas caracterizadoras del servicio público permanecen, no sólo inalteradas, en el servicio de interés general, sino intensificadas en alguna medida. La continuidad, la regularidad, la igualdad y la neutralidad, también distinguen el régimen de los servicios de interés general. En estos casos, la Administración pública responde de una serie de obligaciones de servicio público, así llamadas en las leyes correspondientes, que los operadores han de cumplir para facilitar las exigencias de universalidad, asequibilidad y calidad inherentes a cualquier servicio público o de interés general.

Los principios de igualdad y neutralidad, de aplicación a los servicios públicos y a los servicios de interés general, garantizan la universalidad y el libre acceso, sin que se puedan establecer discriminaciones injustificadas. En el caso de las telecomunicaciones, por ejemplo, la obligación de servicio universal implica que las empresas que presten el servicio dispongan, para las personas con minusvalías, determinados requisitos y complementos en los sistemas de telefonía fija que demuestran hasta que punto la intensidad de la sensibilidad social es en estos supuestos una de las características de la prestación de estos servicios abiertos al mercado y con una intensa responsabilidad pública.

La posición central del usuario es independiente de que el régimen sea de servicio público o de interés general. En el caso del servicio de interés general tendrá, es verdad, más libertad para seleccionar el servicio que más le convenga. En el caso del servicio público, ordinariamente es más complicado que exista libertad de elegir servicio. Pero en ambos casos, los usuarios disponen de un derecho a prestaciones continuas, regulares, iguales, asequibles y de calidad.

Del nuevo derecho fundamental a una buena administración pública se deriva el correspondiente derecho de los usuarios a buenos servicios públicos y a buenos servicios de interés general. Probablemente, la traducción a términos concretos de este nuevo derecho de los ciudadanos en general, y de los usuarios de servicios públicos o de servicios de interés general en particular se refiera a los estándares de calidad que han comenzado a codificarse en las llamadas cartas de servicios, un instrumento de origen anglo-sajón que ayuda sobremanera a que el usuario conozca desde el principio la tabla de las obligaciones que debe cumplir el prestador del servicio, sea público o privado.

Ciertamente, este derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos y de los servicios de interés general, debe ser reconocible para el usuario a partir de algunos parámetros concretos, como pueden ser las notas que clásicamente configuraron en el pasado y configuran en la actualidad los servicios públicos: igualdad, neutralidad, continuidad y regularidad. Además, como las cartas de servicios incorporan ordinariamente obligaciones concretas del prestador del servicio, en caso de incumplimiento se podrán impugnar ante la jurisdicción competente en cada caso.

En los supuestos de huelga de estos servicios, la Administración ha de garantizar unos servicios mínimos razonables que permitan atender con regularidad las exigencias del servicio. El usuario, además, tiene en estos casos un obvio derecho a conocer con antelación la situación de la huelga y su duración a los efectos oportunos.

Una de las claves para entender el sentido de la evolución histórica de los servicios se refiere a la naturaleza jurídica del usuario. Según los postulados de la Escuela de Burdeos, cuna del servicio público, éste surge

de un acto unilateral de la propia Administración, del Ente público que presta el servicio. Pero ese acto está condicionado, como señala DUGUIT, a que el usuario emita una declaración de voluntad solicitando ser admitido a dicho servicio en los términos establecidos en la norma que lo disciplina. Una vez que el usuario es aceptado al servicio, entonces se convierte en titular de una situación jurídica objetiva, estatutaria, regida por las normas del servicio, que son por definición, mudables. Así las cosas, resulta que el usuario, ni tiene derecho subjetivo alguno a ser admitido al servicio ni a que la prestación en que éste consista se realice en determinadas condiciones, ni siquiera a oponerse a una eventual decisión de supresión del servicio. Es la consecuencia de concebir el servicio desde la unilateralidad, desde la consideración del usuario como súbdito, como un administrado al que la administración pública ha de aceptar al servicio. Algo que con el paso del tiempo y la llegada de los servicios públicos de naturaleza económica e industrial se terminó por la sencilla razón de que se tomó conciencia de que el interés general en estos casos descansa precisamente en la prestación de determinadas actividades de relevancia pública a determinados ciudadanos, que adquieren un papel activo puesto que a fin de cuentas el servicio está pensado y construido para ellos.

En la actualidad, con la consagración del principio de igualdad y el reconocimiento de que los poderes públicos tienen la obligación de crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sea real y efectiva, las cosas van a ser distintas. Efectivamente, ahora el acceso no es un privilegio del aparato público sino un derecho de los ciudadanos. Hoy existe el derecho subjetivo a acceder en condiciones de igualdad al servicio público de que se trate y también el usuario del servicio tiene derecho a que éste se preste en las condiciones previstas en las normas que disciplinan el régimen jurídico y el funcionamiento del servicio. En este punto, las diferencias entre los servicios públicos y los servicios de interés son mínimas pues en ambos casos la administración pública tiene la obligación de asegurar y garantizar que la prestación se realice en unas determinadas condiciones que integran el derecho, del que hoy tanto se habla y se escribe, a buenos servicios públicos. Derecho que es el corolario necesario del más amplio derecho fundamental de todo ciudadano a una buena administración y a un buen gobierno de las instituciones públicas.

Con el advenimiento del Estado social de Derecho y su correlato, el Estado del bienestar, la participación ciudadana se convierte en el elemento del que se echa mano para suplir la llamada falta de legitimidad de la Administración. Empieza a hablarse de participación orgánica, de participación en la definición, análisis, ejecución, implementación y evaluación de los servicios públicos. En realidad, la participación de los interesados en el procedimiento administrativo adquiere gran relevancia y los usuarios y sus representaciones juegan un papel importante en orden al establecimiento de las normas reguladoras de los servicios, no así, por obvias razones, en lo referente a la gestión. Aparecen las cartas de servicios y las Autoridades independientes o neutrales, quizás llamadas así para encubrir precisamente la falta de autonomía de la que pueden gozar quienes están nombrados por el poder político, con el objetivo de ser garantes de los derechos de los usuarios en los servicios regulados.

VI. EL INTERES GENERAL EN EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA OPA DE GAS NATURAL SOBRE ENDESA

A) Introducción

El reciente auto de la sala tercera del Tribunal Supremo por el que se alzó la suspensión del acuerdo del consejo de ministros de febrero del año anterior autorizando con condiciones la OPA de Gas Natural sobre Endesa, de fecha 15 de enero de 2007, plantea un interesante debate sobre el significado y funcionalidad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y, sobre todo, acerca de la operatividad del Derecho Administrativo entendido como el Derecho del servicio objetivo al interés general en un mundo en el que el mercado campa tantas veces a sus anchas derribando y saltándose toda suerte de límites, incluso los provenientes de la realización jurídica de los intereses generales.

El argumento que utilizó el Tribunal Supremo, por auto de 28 de abril de 2006 en cuya virtud suspendió la OPA de Gas Natural sobre ENDESA, de acuerdo con el artículo 130 de la ley jurisdiccional de 1998, se centró en la ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto junto a la posibilidad de que, de acordarse la ejecución del acuerdo, el recurso perdiese su finalidad legítima. Criterios que, acertadamente, llevaron a la sala a suspender el acuerdo. La preferencia del interés general, concretado en la superioridad de los intereses generales de usuarios y consumidores sobre el derecho de accionistas e inversores en bolsa, tal y como acreditó entonces la sala, parece, atendiendo a la operación mercantil proyectada y a los informes de

los órganos reguladores, un dato de primera magnitud en orden a la medida cautelar. En el mismo sentido, tal y como señaló el Tribunal Supremo en su auto del mes de abril de 2006, a partir de los informes técnicos de la Comisión Nacional de la Energía y del Tribunal de Defensa de la Competencia, se puede producir, de mediar la Opa, una situación de irreversibilidad que haría inviable una sentencia anulatoria del acuerdo del Consejo de Ministros.

El auto de 28 de abril de 2006 acordó la suspensión. El 26 de junio del mismo año, la misma sala del Tribunal Supremo rechazó, por los mismos argumentos que fundaron la resolución de 28 de abril de 2006, la improcedencia la recurso de súplica.

Cómo es sabido, las petición de la medida cautelar fue instada por Endesa y el recurso de súplica por el abogado del Estado y los codemandados: Gas Natural e Iberdrola. Meses después, el 17 de noviembre para ser más exactos, Endesa pide a la sala la modificación de la medida cautelar establecida a su favor el 28 de abril de 2006 y su sustitución por la medida cautelar consistente en la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones representativas del capital social de Endesa que pudiera adquirir Gas Natural de liquidarse la OPA. El abogado del Estado, sin compartir los argumentos esgrimidos por la representación procesal de Endesa, expresa su acuerdo con la revocación de la suspensión de la OPA. Por su parte, Gas Natural solicita que se rechace el incidente cautelar por entender que es un fraude procesal, se opone a la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones de Endesa que pueda adquirir Gas Natural de liquidarse la OPA y, para lo que ahora interesa, también pide que se deje sin efecto los autos de 28 de abril y de 26 de junio levantándose, para ello, la suspensión cautelar del acto recurrido. Iberdrola igualmente se opone a la modificación y sustitución de la medida cautelar que plantea Endesa pero también se muestra partidaria de la revocación de la suspensión del acuerdo del Consejo de Ministros.

Es decir, la suspensión acordada el 28 de abr de 2006, ratificada el 26 de junio del mismo año, por sendos autos de la sala tercera del Tribunal Supremo, es levantada, por la misma sala, el 15 de enero de 2007.

Para analizar el régimen jurídico del levantamiento de la medida cautelar, me parece pertinente traer a colación los artículos 130.1 y 132. 1 y 2 de la ley jurisdiccional vigente, que son los preceptos, junto a la exposición de motivos de la ley, que el juzgador ha de tener presente para resolver el levantamiento de una medida cautelar.

El 130.1 señala:

“Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuándo la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

Por su parte, el artículo 132 dispone:

“1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto a las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.”.

Conviene, también, tener en cuenta la propia exposición de motivos de la ley de 1998 en punto a las medidas cautelares porque, como es sabido, en esta materia el legislador asumió buena parte de las reclamaciones y sugerencias que doctrina y jurisprudencia venían realizando en los últimos tiempos, sobre todo desde la proyección del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las prerrogativas de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos en caso del recurso contencioso-administrativo:

“De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la nueva regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción. Se parte de la base de que la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que estime necesario. La ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para la adopción consiste en que la ejecución del acto a la

aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso o causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede ya constituir la única medida cautelar posible. La Ley introduce, en consecuencia, la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponde al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas cautelares “inauditá parte debitoris”-con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada- así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho”.

B) El régimen jurídico del levantamiento de las medidas cautelares

A tenor de lo dispuesto en el artículo 132.1 puede afirmarse que una vez adoptada la medida cautelar, ésta ordinariamente estará vigente hasta que recaiga la sentencia por la sencilla razón que el sentido y fundamento de su concesión se halla, previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, en que el recurso no pierda su finalidad legítima, lo que suele acontecer en los supuestos en que se puedan producir situaciones irreversibles. Esto es, la medida cautelar está destinada a llegar hasta el momento de la sentencia salvo que concurran, dice el precepto citado, nuevas circunstancias: si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera adoptado la medida cautelar.

Es, por tanto, el cambio de las circunstancias el único motivo que admite el legislador para que pueda prosperar el levantamiento o modificación de las medidas cautelares adoptadas. Se trata de la aplicación de la regla “rebus sic stantibus” a la materia. Si han cambiado las circunstancias sobre las que se ha establecido la medida cautelar, lo que procede es analizar la incidencia de esas circunstancias sobre su modificación o levantamiento, ya que es posible que en estos casos los propios argumentos jurídicos utilizados para la cautelar aconsejen, sobre nuevas circunstancias, una decisión distinta como pueda ser su modificación parcial o levantamiento. El quid de la cuestión reside, pues, en la mutación o no de los hechos, no, como señala el legislador en el párrafo segundo del artículo 132, en atención a los avances que se vayan haciendo en el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, como también dispone el legislador, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Como quiera que en el auto de 28 de abril de 2006 constan los criterios de valoración que utilizó el Supremo para disponer la suspensión, la cuestión del levantamiento de la medida cautelar se contrae a analizar si ahora el Tribunal Supremo aprecia la existencia de nuevas circunstancias que de manera suficiente permitan levantar la suspensión. Es decir, hemos de examinar hasta que punto se razona satisfactoriamente el cambio de perspectiva desde la apreciación de la modificación de circunstancias.

En mi opinión, como ahora comentaremos, al entender el Supremo que no se dan las nuevas circunstancias, no procedería el alzamiento de la cautelar. Sin embargo, en una exégesis al margen del régimen jurídico estricto que diseña la ley jurisdiccional para la materia, el Tribunal Supremo acoge una versión del principio dispositivo a partir del carácter rogatorio de la jurisdicción que deja en mal lugar el sentido y funcionalidad que la propia Constitución atribuye a la función judicial de la actividad administrativa en el artículo 106, sobre todo en la medida en que en el proceso contencioso administrativo el Juez o tribunal correspondiente controla la actividad administrativa así como los intereses públicos que la justifican. Intereses que, es obvio, son los generales.

El Tribunal Supremo, al conceder el alzamiento de la medida al margen del artículo 132.1 a partir del denominado principio dispositivo y de una determinada mutación del interés público, que no se justifica, inicia un camino singular en la materia que contrasta con el esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia por engarzar la ratio decidendi de las cautelares, como decía la exposición de motivos de la ley de 1956, en la incidencia del interés público, criterio que con el antiguo artículo 122 de la ley en la mano, salvo que se acudiera a la exposición de motivos de la ley, apenas tuvo aplicación hasta 1979 más o menos. Y, sin embargo, es el elemento básico y fundamental a considerar en un trámite procesal en el que se trata de analizar la ejecutividad de un acto o una norma administrativa, ejecutividad que como sabemos, se basa en el interés general.

Hace algunos años, 1986, me ocupé específicamente de este asunto y llegué a la conclusión de que el interés general debiera, junto con la irreversibilidad de la situación generada por la ejecución del acto, constituir el criterio central para la adopción y, en su caso, levantamiento de la medida cautelar.

La pregunta es, ¿han cambiado las circunstancias del caso de manera que los mismos criterios de valoración de la cautelar, no otros, aconsejen levantar la medida?. A ello, como señala el Tribunal Supremo se aplica la representación procesal de Endesa, consciente de que ese es el único argumento posible para llevar al ánimo del Tribunal la necesidad de levantar la medida adoptada ante el cambio de circunstancias.

C) Las nuevas circunstancias

La vieja ley jurisdiccional de 1956 contemplaba en el párrafo 4 del artículo 124 el levantamiento de la suspensión del acto administrativo en los siguientes términos:

“Levantada la suspensión al término del recurso o por cualquier otra causa, la Administración o persona que pretendiera tener derecho a indemnización de los daños causados por la suspensión deberá solicitarlo ante el Tribunal por el trámite de incidentes...”.

Si comparamos el régimen actual con el de 1956 nos encontramos con que hoy por hoy, como consecuencia de la tarea de la doctrina y de la jurisprudencia, el régimen del levantamiento o alzamiento de la medida cautelar está regulado de una manera más precisa. En concreto, la jurisprudencia entendió, auto del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1985, que el precepto al emplear el término “o por cualquier otra causa” se refería a los supuestos en que sobrevienen a la suspensión ya acordada circunstancias nuevas. Así, el Supremo dispuso que “la posibilidad de que la sala pueda reconsiderar la procedencia de la medida cautelar adoptada por cambio de circunstancias encuentra su apoyo no sólo en los principios que informan este tipo de procesos, sino también en la norma habilitante contenida en el apartado cuarto del artículo 124 de la ley jurisdiccional tal y como ha dicho la doctrina jurisprudencial en los autos de 12 de diciembre de 1962, de 12 de septiembre de 1963 y 31 de julio de 1967, pues si bien razones de seriedad o seguridad jurídica imponen mantener una medida de suspensión acordada si subsisten las circunstancias y éstas fueron correctamente apreciadas; su cambio o alteración exige una respuesta de acomodación al motivo legitimador nuevo, ya que el antiguo perdió su vigencia o virtualidad”.

Es más, el cambio de circunstancias sin más puede que no implique el levantamiento o modificación de la medida cautelar. Dichas nuevas circunstancias, de acuerdo con los criterios de valoración que en su día aconsejaron la adopción de la cautelar, han de aconsejar al Juez o Tribunal el levantamiento de la medida cautelar. Se trata de que las nuevas circunstancias lleven al juzgador, de acuerdo con la ponderación de los intereses en conflicto y con la posibilidad de que el recurso pierda su finalidad legítima, a la convicción racional del levantamiento de la medida cautelar.

En estos casos, cómo ya señalara en su día el Tribunal Supremo en el citado auto de 1985, la decisión del Juez o Tribunal no debe ir “en contra de lo que el interés público exija; dado que tal y como ha dicho la sala (sentencia de 14 de febrero de 1975) habrán de ponderarse en todo caso las circunstancias concurrentes, ya que la suspensión no puede imponerse a las exigencias del interés público, pues este es prevalente en la medida en que el interés público exija precisamente el cumplimiento del acto o disposición cuestionada”.

El artículo 132.2 excluye de la posibilidad del levantamiento o la modificación de las medidas cautelares varios supuestos que hemos de tener muy presentes, pues en su virtud no se podrá fundar la decisión del alzamiento de la suspensión. A saber, no se podrá alzar la cautelar en atención a los avances que se vayan haciendo durante el proceso en cuestiones de fondo o de forma, por una obvia razón: la medida cautelar no se analiza desde la legalidad, su eventual levantamiento tampoco, bien sea por argumentos materiales o formales. La medida cautelar se adopta en el marco de los efectos del acto o de la disposición tras una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto que haga perder al recurso su finalidad legítima.

El legislador también excluye la posibilidad del levantamiento de una decisión del juzgador a partir de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar. Ello significa, ni más ni menos, que el juzgador no puede utilizar para resolver sobre el alzamiento de la suspensión argumentos o criterios de exégesis distintos de los empleados en la resolución sobre la pertinencia de la suspensión. Por una poderosa razón: porque los criterios de valoración utilizados para la adopción de la cautelar son los que establece el legislador en el artículo 130 y en el caso de la decisión sobre el levantamiento parece congruente que, mediando nuevas circunstancias, serán los mismos criterios de valoración los que aconsejen, o no, el alzamiento de la suspensión. El artículo 132.1 señala, insisto, que procede el levantamiento si cambian las circunstancias en cuya virtud se hubiera dictado la suspensión. Es

decir, han de ser circunstancias directamente conectadas a los argumentos que el 28 de abril llevaron al Tribunal Supremo a acordar la suspensión del acuerdo del Consejo de Ministros.

En el caso de la petición de alzamiento de la suspensión instada por Endesa, el Tribunal Supremo entiende en su auto de 15 de enero de 2007 que no se producen las nuevas circunstancias del artículo 132.1 de la ley de 1998. Para la representación de Endesa esas nuevas circunstancias residen en la OPA de Eon sobre Endesa, autorizada con condiciones por las autoridades españolas y por la Comisión europea a través de la dirección general de competencia. Igualmente, se considera que la entrada del grupo Acciona en el capital de Endesa es también una situación fáctica, sobrevenida y relevante que, a juicio de los solicitantes del alzamiento de la suspensión, hará todavía más remota la posibilidad de que triunfe la OPA de Gas Natural. Es decir, se trata de consideraciones de orden netamente económico y mercantil que se presentan para intentar llevar al ánimo del Tribunal Supremo que ahora la posición de los accionistas de Endesa podría verse perjudicada si se mantiene la suspensión al no poder éstos optar por considerar la oferta que consideren más ventajosa para sus intereses, de manera que, dicen, en la actualidad los efectos de la medida cautelar no están recayendo de forma predominante sobre Gas Natural sino sobre terceros y fundamentalmente sobre el proceso de OPAS en su conjunto. Por ello, se pide el alzamiento de la suspensión y que, en su lugar, se acuerde la suspensión de los derechos políticos de las acciones de Endesa que adquiera Gas Natural al liquidarse la OPA y, asimismo, la suspensión de la obligación de cumplir las condiciones a que el acuerdo impugnado ha subordinado la aprobación de la operación. Por su parte, el abogado del Estado, Gas Natural e Iberdrola se oponen a la modificación instada por Endesa pero se muestran conformes con que la medida cautelar adoptada el 28 de abril quede sin efecto, aunque no por las razones esgrimidas por la representación de Endesa.

La fundamentación del levantamiento de la cautelar en la existencia de nuevas circunstancias constituye la tesis de Endesa. Nuevas circunstancias, insisto, que se centran en la existencia de una oferta competidora a Gas Natural que ha sido autorizada y que se plantea en mejores condiciones, según parece, que la hacen más atractiva a los accionistas de Endesa que la de Gas Natural. Pues bien, según el auto del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2007, “el argumento no puede ser aceptado, pues la circunstancia alegada no cabe calificarla de hecho novedoso, no tenido en cuenta por la sala en sus anteriores resoluciones. Los autos del pleno de la sala por los que se acordó y confirmó la suspensión de la eficacia del acuerdo del consejo de ministros ya contemplaron la posibilidad de que la OPA de Eon fuera autorizada (...) si bien descartaron la trascendencia de ese dato a la hora de adoptar la resolución, habida cuenta de que centraron su decisión en otro aspecto, al entender que la operación de concentración presentaba una doble faceta, una mercantil y otra pública, para razonar a continuación que esta segunda faceta podía y debía ser objeto de un enjuiciamiento independiente, en el que el interés primordial que había que proteger era el de los consumidores y usuarios, por encima del de los accionistas”.

Es decir, la OPA de Eon ya fue objeto de análisis jurídico con anterioridad por lo que no se trata de nuevas circunstancias. Pero es que, además, la OPA de Eon se refiere a un mercado notoriamente diferente al afectado por la OPA de Gas Natural sobre Endesa, que se refiere al marco territorial español por una parte, y, por otra, a distintas posiciones en el mercado del gas y de la electricidad.

El argumento fundamental de la sala el 28 de abril de 2006 al adoptar la suspensión fue efectivamente la consideración del interés general de usuarios y consumidores, que es superior al de accionistas en un mercado que afecta prácticamente a la totalidad de la población residente en España. Argumento que recuerda ahora el propio Tribunal Supremo trayendo a colación párrafos completos del auto de 28 de abril de 2006 en los que se pone de manifiesto que incluso desde el punto de vista mercantil existe un interés público representado por la fiabilidad y seguridad de los mercados secundarios de valores, mientras que desde la perspectiva pública resulta que existe un indudable interés público en la defensa de la competencia, “por cuyo mantenimiento, decía el auto de 28 de abril de 2006, debe velar el consejo de ministros, evitando que los efectos restrictivos que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios a peores precios”. Es decir, la posición central de los usuarios es bien destacada por el Tribunal Supremo en el acuerdo de suspensión, por lo que, para levantar la cautelar lo razonable sería que, junto a la acreditación de la desaparición de la situación irreversible que haga perder al recurso su finalidad legítima, se garantizara que ya no existe perjuicio a los intereses de usuarios y consumidores.

Por otra parte, como recuerda el Tribunal Supremo en su auto de 28 de abril de 2006, los intereses de los accionistas o el daño que a juicio de la representación de Gas Natural se produjera a la libertad de empresa y a la transparencia y agilidad del mercado de valores son “sin lugar a duda intereses muy dignos de protección, pero su intensidad debe rebajarse cuándo se enfrentan al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos”. Esta afirmación la realiza la sala del Tribunal Supremo porque entiende congruentemente que en un proceso contencioso administrativo, sea la fase que

sea, es un proceso en el que se analiza en derecho una actuación administrativa que, a tenor del artículo 106 de la Constitución, se proyecta igualmente sobre el interés público que ha de justificar y fundar cualquier actuación administrativa. Esto es así por la sencilla y elemental razón de que siendo el interés público el pilar del privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos, es lógico y coherente que sea también el interés general un criterio muy, pero que muy revelante en orden a determinar la procedencia o no de la paralización temporal de la ejecutividad administrativa. Por eso, insisto, el legislador de 1956 entendió en la exposición de motivos de la ley jurisdiccional de 1956 que la incidencia del interés público es clave en orden a cualquier decisión que haya de adoptarse sobre la procedencia, o no, de la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido.

El auto de 15 de enero de 2007, pues, reconoce que para la sala “los intereses verdaderamente relevantes a efectos de la suspensión cautelar del acuerdo impugnado fueron principalmente el interés en la preservación de la competencia en el mercado del sector energético, la consiguiente protección de los consumidores y usuarios y también el interés institucional de Endesa en su subsistencia como proyecto empresarial”.

La presentación de la oferta de Eon fue analizada jurídicamente, dice el auto de 15 de enero, “bien que para ser rechazada su trascendencia en el expediente, toda vez que con anterioridad al auto de 28 de abril de 2006, mediante la providencia de 9 de marzo de 2006, se abrió un específico trámite de alegaciones sobre tal cuestión” Es decir, ahora la sala tras reconocer que la posible incidencia de la OPA de Eon fue analizada incluso con anterioridad a la adopción de la cautelar el 28 de abril de 2006, cita varios pasajes de dos votos particulares que, aunque son opiniones jurídicas muy respetables, no fueron, sin embargo, atendidas en dicho auto. Me parece que vale la pena glosar brevemente alguno de estos razonamientos porque parece que, en alguna medida, su pensamiento, el de estos votos, va a servir a la nueva mayoría de la sala a sostener que los intereses de los accionistas, el interés de la empresa Endesa, será el que al fin y a la postre, de la mano de la aplicación del principio dispositivo, será el criterio fundamental que funde la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

El auto de 15 de enero de 2007 se refiere a los dos votos particulares. Es de suponer que cuándo se citan expresamente alguno de sus párrafos será porque la nueva mayoría del Tribunal Supremo ahora entiende que esa doctrina tiene relevancia en orden a la decisión sobre el levantamiento de la medida cautelar. En uno de ellos aparece de forma bien patente la idea de que los intereses de los accionistas de Endesa resultan perjudicados con la suspensión: “...la adopción de medidas cautelares no sólo conllevará una situación de provisionalidad en el gobierno de las empresas afectadas, dilatada en el tiempo, que con alta probabilidad influirá negativamente en su dirección y gestión. Más aún, producirá una situación perjudicial para los propios accionistas, quienes quedarán privados durante toda la pendency del pleito de aprovechar tanto la oferta de Gas Natural como la de Eon”. En el mismo sentido el segundo voto particular que también recoge expresamente el auto de 15 de enero, señala que “los intereses privados de los accionistas estarán mejor protegidos permitiendo el juego de las ofertas en competencia. La suspensión acordada paraliza ambas ofertas hasta una fecha incierta. Mientras esta suspensión dure quedará impedido no sólo que los accionistas de la demandante puedan aceptar la oferta competidora sino también la mejora de la oferta primera que, eventualmente, pudiera ser planteada”.

Sin embargo, el criterio más solvente, desde mi punto de vista, para despejar cualquier duda jurídica que pudiera haber sobre la OPA de Eon como circunstancia habilitante, según el artículo 132, para aconsejar el levantamiento de la suspensión, la encontramos en el auto de la sala de 26 de junio de 2006 que resuelve el recurso de súplica frente al auto de 28 de junio en los siguientes términos “no ha perdido objeto la suspensión por el hecho de que ya está suspendida la OPA en otro proceso, o por efecto de la presentación de una OPA competidora, pues en ambos casos cabe que la suspensión se alze, en cuyo caso operaría la que se acuerda en esta pieza separada. Aunque el interés de uno de los impugnantes de la OPA sea obtener un mayor precio de las acciones, no debe olvidarse que hay otros demandantes cuyos intereses son también dignos de protección, y además está el interés público que debe ser especialmente valorado conforme al artículo 130 de la ley jurisdiccional”. Llama la atención, y no poco, la reiteración con que el auto de 28 de abril y el de 26 de junio fundamentan la suspensión en consideraciones concretas sobre el interés público, doctrina que parece coherente de acuerdo con la exégesis y doctrina que han estudiado las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en el que la referencia al interés público, concretado y materializado sobre el caso concreto, permite llegar a soluciones presididas por el sentido que tiene el derecho administrativo como el derecho del poder para la libertad, en feliz expresión del profesor González Navarro. Quizás por ello, para levantar la suspensión, lo razonable sea argumentar sobre esta materia hasta el punto de demostrar jurídicamente que, sobre todo, el interés de consumidores y usuarios, severamente perjudicado con la OPA de Gas Natural, ha desaparecido como consecuencia de las nuevas circunstancias

que aconsejarían el alzamiento de la cautelar. Sin embargo, veremos cómo la nueva doctrina del Tribunal Supremo no camina por la senda del régimen jurídico diseñado en la ley de 1998 sino a partir de principios generales sobre la naturaleza rogatoria de la jurisdicción contencioso administrativa y la aplicabilidad del principio dispositivo a este proceso.

En fin, sobre la cuestión de la OPA de Eon, el auto de 15 de enero de 2007 es claro y terminante: “A tenor de estos párrafos de las resoluciones recaídas en la pieza de medidas cautelares, se colige que la sala no dejó de tener presente que existía una oferta competidora y valoró que también la suspensión cautelar de la primera redundaría sobre la imposibilidad temporal de optar por una o por otra. Así las cosas, la presentación y ulterior aprobación de la OPA competidora por el grupo Eon no constituye procesalmente una circunstancia nueva a efectos del artículo 132.1 de la ley “. Si el único requisito establecido en la ley de 1998 para fundar el levantamiento de la medida cautelar reside en el cambio de circunstancias que hubieran aconsejado la suspensión, al menos tal y cómo está redactado el artículo 132.1 de la ley de 1998, podríamos preguntarnos, de nuevo, si lo razonable jurídicamente hubiera sido dar aquí por terminado la cuestión planteada y haber denegado el alzamiento solicitado.

Sin embargo, las cosas sucedieron de otra forma. A renglón seguido, tras esta declaración categórica y solemne de no atender al argumento de la representación procesal de Endesa en orden a la consideración de la existencia de las nuevas circunstancias, el Tribunal Supremo entra a estudiar jurídicamente el siguiente argumento de quienes solicitan el alzamiento de la medida cautelar. Veamos: lo determinante, para el levantamiento, según el nuevo argumento, no es la existencia de la oferta de Eon, sino que dicha opción ha sido autorizada y que, según parece, resulte más atractiva para los accionistas que la planteada por Gas Natural, con lo que lo más probable es que la OPA de Gas Natural no prospere, que es lo que cabría presumir en enero de 2007. Es decir, como resume el auto de 15 de enero de 2007, “la circunstancia nueva que a juicio de Endesa justifica la reconsideración de la vigencia de la suspensión aquí acordada es la práctica imposibilidad de que el acuerdo del consejo de ministros impugnado en este recurso llegue a desplegar su eficacia, por ser, a la vista de la evolución de los acontecimientos, altamente improbable que la OPA de Gas Natural triunfe”. Claro, Endesa, como reconoce el Tribunal Supremo, es consciente de que el gran obstáculo para conseguir el levantamiento de la suspensión es “el mayor valor que la sala dio al interés de los consumidores y usuarios frente a los accionistas (interés este último que es el que ahora se sitúa en primer lugar) y por eso trata de despejar ese obstáculo alegando que el interés de la protección de los consumidores y usuarios no será veraz perturbado por la modificación o revocación de la medida cautelar. Ahora bien, sustenta, sigue diciendo el auto de 15 de enero de 2007, esta apreciación en un presupuesto argumental que constituye la piedra angular de todo su razonamiento, cuál es el de que la OPA de Gas Natural no va a prosperar porque la del grupo Eon es mejor y Gas Natural no está en condiciones de igualarla, pero al razonar así está basando toda su construcción argumental más en hipótesis y conjeturas que en hechos ciertos y acreditados”. Con otras palabras, esta idea es ratificada por el mismo auto cuándo señala que “Endesa sostiene su argumentación en una perspectiva sobre el probable éxito de la oferta del grupo Eon, pero las conjeturas que realiza en tal sentido podrían ser dialécticamente contrarrestadas por conjeturas de índole opuesta. Hallándonos así, ante conjeturas e hipótesis que se mueven tanto en un sentido como en el contrario, no puede aceptarse en este incidente cautelar que demos preferencia a las primeras frente a las segundas, hasta el extremo de dar por supuesto que la OPA de Eon es la que va a triunfar y se va a liquidar”.

Por tanto, tampoco en este supuesto procede levantar la suspensión. Insisto, una vez que se ha analizado concienzuda y pormenorizadamente la alegación de Endesa relativa a la existencia de circunstancias sobrevenidas que aconsejen el alzamiento, lo razonable sería dar por terminada la argumentación jurídica y resolver la improcedencia del levantamiento por no haberse acreditado la concurrencia de la causa que para esta situación dispone el artículo 132.1 de la ley jurisdiccional. A pesar de ello, el Tribunal Supremo decide analizar también la conveniencia de alzar la suspensión acordada para decretar, en caso de que la OPA hubiera de ser liquidada a favor de Gas Natural, que a partir de ese momento quedasen suspendidos los derechos políticos correspondientes a las acciones adquiridas de acuerdo con el principio de proporcionalidad del artículo 726.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, según el cual una de las notas características que debe definir a una medida cautelar es la de no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. Sin embargo, para la sala tercera del Tribunal Supremo, no resulta tampoco convincente la apelación a este precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que “desde el punto de vista del gravamen o perjuicio sobre el demandado (en este caso el codemandado Gas Natural) resulta notorio que la situación para él sería más perjudicial y gravosa, especialmente desde la perspectiva de la suspensión de los derechos políticos de las acciones adquiridas, porque éstas, como consecuencia de la suspensión, habrían sido objeto de una transmisión irreversible en tiempo en que por razón de aquella

suspensión aparecerían mermadas en parte de su valor, pues sería transmitido el mensaje de que Gas Natural no podría inicialmente ni tomar el control ni ejercer influencia en el gobierno de la empresa adquirida". Por otra parte, como también recuerda el auto de 15 de enero en relación con esta cuestión, la suspensión de los derechos políticos es una medida expresamente prevista en el artículo 60 de la ley del mercado de valores para supuestos distintos de los contemplados en este caso, "ya que tal privación se articula como un reproche para quien adquiere un porcentaje significativo de acciones eludiendo la obligación de formular una OPA, mientras que aquí estamos ante el caso contrario, esto es, ante una OPA ya formulada y en trámite".

El Tribunal Supremo también descalifica jurídicamente la alegación de Endesa relativa a la aplicación del reglamento comunitario CE 139/2004 "no sólo porque la operación contemplada en el acto administrativo aquí impugnado no tiene trascendencia comunitaria, sino porque el precepto de ese reglamento referido a la suspensión de derechos políticos (artículo. 7.2.b) contempla la situación previa al pronunciamiento de la Comisión, mientras que en este caso nos hallamos ante un supuesto en que el consejo de ministros ya ha adoptado su decisión y las dos ofertas competidoras ya han sido aprobadas".

La OPA de Eon, pues, no constituye, en opinión del Tribunal Supremo, en su auto de 15 de enero de 2007, una "novedad jurídicamente susceptible de convertirse en palanca para levantar la suspensión acordada o sustituirla por la de suspender los derechos políticos y la ejecución de las condiciones impuestas en el acto objeto del litigio".

D) Régimen jurídico de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

En la regulación anterior a 1998, el régimen aplicable a la suspensión del acto administrativo en vía de recurso contencioso administrativo se encontraba en el artículo 122 y siguientes de la Ley de 1956 y, como admitió la jurisprudencia en algunos casos, dada la insuficiencia normativa de tal régimen, procedía la aplicación analógica de las normas de la ley de enjuiciamiento civil propias de las medidas cautelares. Sin embargo, en la exposición de motivos de la ley de 1998, en la que, como hemos señalado, se diseña un novedoso y completo sistema de protección cautelar en el orden jurisdiccional contencioso administrativo que recoge las distintas aportaciones de la doctrina y jurisprudencia de los últimos años. Cualquiera que conozca la literatura jurídica sobre la materia puede constatar que el tema de la justicia cautelar ha sido, sino el asunto central de estos años, uno de los principales argumentos para buscar nuevos enfoques desde los que mejorar sustancialmente el régimen de 1956. En este sentido, la cita realizada al principio de este epígrafe de la exposición de motivos de 1998 constituye una buena prueba de que ello es así. Por ejemplo, podemos leer en dicho preámbulo, tras constatar la antigüedad e insuficiencia de la regulación anterior que "la nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de las medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de seguir de guía a su adopción". Esto es, se trata de un completo régimen aplicable, como "regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza". Señala además la exposición de motivos, por si quedara alguna duda sobre el criterio central a tener presente por el juzgador al resolver sobre la medida cautelar, que éste "consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto". Por tanto, es razonable pensar que si este el argumento medular para adoptar la cautelar, su levantamiento, mediando circunstancias nuevas, ha de poder sustentarse en la desaparición, consecuencia de esas circunstancias novedosas, del criterio, en su caso, determinante de la adopción de la medida cautelar.

Por otra parte, la disposición final 1 de la ley de 1998 establece la supletoriedad de la ley de enjuiciamiento civil en lo no previsto en la ley de la jurisdicción contencioso administrativo, de dónde se infiere sin forzar el razonamiento, que serán de aplicación las normas procesales civiles en ausencia o laguna de disposición aplicable en la ley de 1998, lo que, en caso del levantamiento o alzamiento de la cautelar en modo alguno debiera acontecer desde la concreción y detalle con que está regulada esta vicisitud de la medida cautelar en el artículo 132 de la ley de 1998, precepto que, por supuesto, supera el viejo artículo 124 de la ley de 1956. Si esto es así, cómo parece, podemos volver a preguntarnos hasta que punto el Tribunal Supremo, una vez despejada la duda jurídica sobre la operatividad de las nuevas circunstancias en orden al alzamiento, puede acudir a otros argumentos extra legem para autorizar el levantamiento de la cautelar. Insisto, la lectura del artículo 132 de la ley de 1998 permite concluir que lo adecuado a Derecho será que una vez que se dicte la medida cautelar, esta permanezca en vigor hasta que recaiga la sentencia, de manera que sólo excepcionalmente procederá el levantamiento cuándo cambien las circunstancias en cuya virtud se hubiere acordado la

medida cautelar. Circunstancias que, parece obvio, han de estar directamente conectadas con la pérdida de consistencia de los argumentos que hayan llevado al juzgador a adoptar la medida cautelar, sin que sea posible que el Juez o Tribunal pueda, en orden alzamiento de dicha medida, pueda modificar los criterios de valoración que aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

En esta línea me parece pertinente, y bien fundamentado, lo dicho por el magistrado Oscar González en el voto particular al auto de 15 de enero al glosar la exposición de motivos de la ley de 1998, ya que dicho preámbulo actualiza “considerablemente la regulación de la materia”, lo que implica que “sus disposiciones tienen una pretensión agotadora de las medidas, dejando escaso margen a la aplicación de normas procedentes de otros sectores del Ordenamiento jurídico, en aquellos aspectos en que existe una regulación específica”, dice atinadamente el voto particular. Obviamente, cuándo no existe una regulación específica, o la que hay es problemática o confusa, entonces sí que no hay el menor problema en aplicar las reglas generales de la interpretación de las normas. Pero cuándo la interpretación no ofrece dudas porque no se da el supuesto legitimador del alzamiento de la medida, entonces resulta más que discutible acudir a normas o principios jurídicos que hasta podrían desnaturalizar el sentido del proceso contencioso administrativo desde la luz del propio artículo 106 de la Constitución.

Por tanto, como se puede leer en el voto particular a que hago referencia, “cuándo el artículo 132 establece el principio general de vigencia de las medidas cautelares adoptadas hasta la terminación del proceso por alguna de las causas previstas en la ley, no admite, fuera de estos supuestos, la modificación o revocación de las medidas durante el curso del proceso salvo si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera adoptado”.

La lectura del párrafo segundo del artículo 132 mantiene, como hemos señalado, el principio general de mantenimiento de la medida cautelar adoptada, como dice el voto particular que comentamos, “al margen de los avatares que se vayan produciendo en el proceso, pues ni su revocación o modificación será procedente en función del análisis de las cuestiones de forma o de fondo que configuran el debate, y tampoco en razón de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”.

Por todo ello, al no haberse acreditado cambio en las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera acordado la suspensión, de acuerdo con el régimen jurídico establecido en la ley de 1998, lo procedente hubiera sido el mantenimiento de la medida que, además, es la regla general. Antes de pasar a examinar cuál poderosa razón capaz de excepcionar el régimen general fue la que abonó la decisión sobre el alzamiento de la cautelar, me parece que en este momento puede ayudar a comprender mejor la problemática en la que nos encontramos un repaso a los criterios sobre los que el Tribunal Supremo acordó la medida cautelar el 28 de abril de 2006, en el bien entendido de que, de mantenerse la actualidad de dichas razones, muy, pero que muy intensa y definitiva deberá ser la argumentación que de pie al levantamiento de la medida cautelar.

E) Criterios para la adopción de la medida cautelar

El auto del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 por el que se suspendió cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras relevantes cuestiones, la de ponderar circunstanciadamente, como manda el legislador de 1998 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, los intereses en conflicto. Tarea en la que debe partirse de la posición jurídica del interés de los usuarios en un sector, el del gas y la electricidad, en el que prácticamente todos los habitantes estamos concernidos. ¿Será, pues, que la centralidad de los usuarios y consumidores, por relevante que sea el interés de los accionistas o de los inversores, deba tener un lugar medular en la ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto?. Esta pregunta es despejada en el auto de 28 de abril de 2006 en atención, cómo no podía ser de otra manera, del régimen jurídico que la nueva ley de 1998 establece para las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Por una razón obvia: porque en estos sectores son usuarios o consumidores todos los residentes en España, de dónde se infiere que el derecho de los usuarios a buenos servicios a buenos precios es un corolario necesario de la progresiva liberalización de estos mercados. Es decir, mientras el derecho de los accionistas atiende a un determinado grupo de personas, lo cierto es que los usuarios, potenciales y reales del mercado del gas y de la electricidad, son todos los residentes en España, por lo que su protección adquiere mejor condición, y mayor intensidad, que la de los accionistas si nos situamos desde la perspectiva del interés general.

Primar el interés de los accionistas sobre el de los usuarios constituye una peculiar manera de entender el interés general basado en consideraciones parciales. Estamos en presencia de mercados de transición del

monopolio a la liberalización en los que las situaciones de concentración o de posición dominante es casi seguro que van a afectar a los precios y a la calidad de los servicios.

Por otra parte no podemos olvidar que la competencia es otro relevante parámetro de interés público pensado para abrir los monopolios al pluralismo, a la búsqueda precisamente de ambientes de mayor libertad de elección para los usuarios, que podrán optar por las compañías de su preferencia. Por tanto, limitar un mercado en transición a la liberalización es probable que no contribuya a mejorar las posibilidades de libertad de elección de dichos usuarios.

La competencia es un medio ideado para que el usuario sea el centro de estos mercados. Si se perjudica su posición jurídica cercenando su capacidad de elección, entonces se estará impidiendo el ejercicio de la libertad y, por ello, dificultando que los españoles dispongan de mejores servicios a mejores precios. Restringir la libertad sin causa justa es un ejercicio de autoritarismo incompatible con el estado de evolución social en el que estamos.

El Tribunal Supremo se pronunció en dos ocasiones sobre la petición de suspensión cautelar del acuerdo del Consejo de Ministros que daba vía libre a la OPA de Gas Natural sobre la eléctrica Endesa. Por auto de 28 de abril de 2006 decretó la procedencia de la medida cautelar y por auto de 26 de junio del mismo año resolvió la improcedencia del recurso de súplica interpuesto por la representación de Gas Natural contra la suspensión del citado acuerdo del Consejo de Ministros. A nosotros nos interesa, a los efectos de este trabajo, llamar la atención sobre la doctrina del Tribunal Supremo en orden a la aplicación al caso concreto de los dispuesto en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998 cuándo señala que el juez o tribunal, para pronunciarse sobre la procedencia de la medida cautelar, ha de valorar circunstanciadamente los intereses en conflicto. Y, en esta materia, como es bien sabido, si es el interés general el presupuesto que justifica la ejecutividad de los actos administrativos, es lógico que para decidir sobre la paralización temporal de la eficacia de un acto sea necesario también analizar en que medida el interés general reclama precisamente la ejecución o la suspensión. Pues bien, en atención a este pronunciamiento que todo juez o tribunal contencioso administrativo ha de realizar se plantea la consideración del interés general.

El objeto del recurso contencioso administrativo era el acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006 por el que se supedita la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Endesa por parte de Gas Natural a determinadas condiciones.

Pues bien, cuándo el Tribunal Supremo estudia la procedencia o no de la medida cautelar, señala que siendo la OPA una operación mercantil también es verdad que tiene elementos relativos a la competencia puesto que evidentemente la OPA, de salir adelante, producirá evidentes efectos en el mercado. Por eso, como dice el Tribunal Supremo en su auto de 28 de abril de 2006, tal y como recuerda ahora el auto de 15 de enero de 2007: "aunque prime la voluntad de los accionistas, que serán en último término quienes decidan si la operación prosperará o no en función del porcentaje de la aceptación de la oferta, contiene también, la OPA un interés público representado por la seguridad y la fiabilidad de los mercados secundarios de valores, cuya protección está atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores". Y, por lo que se refiere a la dimensión que afecta a la competencia, también señala el Tribunal Supremo que desde este punto de vista existe "un interés público indudable, que no es otro que la defensa de la competencia, por cuyo mantenimiento, en la medida de lo posible, debe velar el Consejo de Ministros, evitando que los efectos restrictivos de la competencia que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios a mayores precios".

Es decir, la perspectiva del usuario resulta central en esta cuestión como componente fundamental del interés público a considerar. ¿Sería posible mantener la eficacia de una disposición en cuya virtud se puedan generar peores servicios a mayores precios?. ¿Dónde quedaría, entonces, ese derecho al buen funcionamiento de los servicios de interés general?. ¿Es qué no constituye un elemento esencial de estos servicios su universalidad, su calidad y asequibilidad?.

Por tanto, si la competencia se restringe, si un mercado en transición a la competencia se cierra por admitir agentes que dominen la situación, parece que los usuarios estarían en peores condiciones que si se mantuviera la competencia en unas condiciones de razonabilidad que, según el auto del Tribunal Supremo, no se producen en este caso porque la competencia quedaría en entredicho al aparecer, fruto de la OPA, un gigante en una clara posición de dominio real del mercado del gas y la electricidad.

Claro, ahora sabemos que la OPA de Gas Natural se retiró, pero entonces postular este vaticinio como dato indubitable equivalía a trabajar sobre conjeturas lo que, por más probables que puedan parecer, no parece que sea un argumento de peso para la decisión judicial, ya que la posición contraria, dadas las reglas de funcionamiento de estos mercados, también admitiría algún grado de hipótesis, siquiera fuese mínimo.

El Tribunal Supremo se refiere en su resolución de abril de 2006, tras admitir que una operación de estas características produciría daños irreversibles, al interés de los accionistas, al daño que se produciría a la libertad de empresa, y a la transparencia y agilidad del mercado de valores. En este momento me interesa reseñar sobremanera la primera de estas cuestiones ya que es, para mí, la médula de la adopción de la medida cautelar y, por ello, habría de estar presente en su alzamiento pues si la posición de los usuarios y consumidores de gas y electricidad, de mantenerse la OPA quedarán en la misma situación, no acierto, desde el punto de vista jurídico, a explicar la razón del levantamiento de la suspensión de la OPA salvo que se acojan otros criterios, que son los que estudiaremos en el siguiente epígrafe. En efecto, como dice el auto de 28 de abril de 2006, estos intereses, los de los accionistas, son muy dignos de protección, “pero su intensidad debe rebajarse al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos”. Ciertamente, en un sector como el de la energía los usuarios representan una parte muy sustancial de la población que se encuentra directamente concernida por el uso de dichos servicios. Por tanto, se trata de un interés, cuantitativamente considerado, de mayor calado que el del interés, por supuesto legítimo, de una parte, por muy importante o relevante que esta sea. También es un interés, además de extenso, más intenso porque afecta con mayor fuerza y relieve a las condiciones de vida de los consumidores y usuarios, ya que se trata de la prestación de servicios de interés general muy relacionados con la calidad de vida de los ciudadanos.

Por otra parte, el Tribunal Supremo señaló en este auto que “no puede hablarse de que haya un interés público en que la OPA prospere, ni en que el Consejo de Ministros deba mejorar a través de su acuerdo la competencia existente, sino sólo mantenerla, no cabe olvidar que cualquiera que sea el número de los inversores en Bolsa a los que pueda afectar la operación, siempre será menor que el de los usuarios, ya que en los mercados de la electricidad y el gas están afectados todos los residentes en España, pues son servicios de primera necesidad hoy imprescindibles en cualquier hogar, comercio o industria, y que además inciden de modo directo en el presupuesto de dichos usuarios e indirectamente en la cesta de la compra, repercutiendo en el índice de precios al consumo”. Realmente, no es fácil encontrar resoluciones judiciales que expliquen mejor la dimensión jurídico-administrativa del interés público. En el caso de autos, nunca mejor dicho, se mantiene, como no podía ser menos, que el interés público ha de venir representado por el interés de los usuarios, que son la mayoría de los residentes en España, no sólo los nacionales. Además, todavía se da una vuelta de tuerca más al concepto de interés público puesto que se alude a un dato difícil de combatir como es el del presupuesto de los usuarios, a la cesta de la compra de la mayoría de los residentes en España. Efectivamente, frente a estas consideraciones, el interés que puedan tener los accionistas de tal o cual empresa cede, en extensión e intensidad, salvo que se entendiera que el interés de una parte fuera superior al del conjunto, algo que desde la consideración de lo que es, ha sido, y debe ser el Derecho Administrativo, me parece sencillamente inaceptable.

Por si hubiera quedado insuficientemente explicado el sentido en que el Tribunal Supremo entiende al interés público, señala que “el mantenimiento de un mercado competitivo, con las menores barreras de entrada posible, con el mayor número viable de operadores actuando, en el que la posición de dominio de alguno de ellos no sea extrema, constituye el pilar imprescindible de una economía de mercado, en orden a la libre determinación de los precios, de tal forma que los usuarios resulten beneficiados por esa competencia con la obtención de mejores servicios a mejores precios”.

En efecto, la competencia no es fin en si misma, sino un medio para que los usuarios dispongan de libertad para elegir los servicios que mejor se adecuen a sus necesidades. La competencia en un sistema de libre mercado obliga a los prestadores de los servicios a estar permanentemente pensando en cómo ofrecer mejores servicios a mejores precios. Al final, el interés público que está ínsito en la competencia repercute esencialmente en la mejora de las condiciones de vida de los usuarios.

En el auto de 26 de junio de 2006, por el que se resuelve el recurso de súplica ante la suspensión otorgada por el Tribunal Supremo, los recurrentes vuelven a plantear la cuestión de si los derechos de los accionistas de Endesa son preferentes sobre los intereses de los usuarios, intereses, los de los accionistas que según se solicita, deben ser valorados con preferencia sobre otros, incluidos los de los consumidores, ya que éstos, según los recurrentes, tienen su protección en el régimen de tarifas establecidos en las leyes que regulan los mercados del gas y la electricidad. El Tribunal Supremo, en el auto de referencia, vuelve a señalar que “ya en el auto se explicaron las razones por las que se consideró prevalente el interés de los consumidores que, frente a lo que ahora se dice, no son ajenos los avatares anticompetitivos en los mercados energéticos, habida cuenta de que la formación de la tarifa, e incluso en la calidad y continuidad de los servicios, influyen decisivamente factores externos, cuya conformación responde a la situación de los respectivos mercados, especialmente los costes de los servicios, los déficits presupuestarios que en ellos se incluyen, y las variacio-

nes de suministro a los productores, muy sensibilizados en las centrales de ciclo combinado". Es decir, el interés de los usuarios en recibir buenos servicios a buenos precios está en un plano de mayor relevancia que las consideraciones sobre las técnicas de determinación de las tarifas, extremo ciertamente importante, pero que no puede ser considerado desde una óptica unilateral ya que el compuesto buenos servicios-buenos precios está directamente vinculado al interés público que detrás de la protección de la competencia en estos mercados de tanta trascendencia para la calidad de vida de los residentes en nuestro país.

F) El principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo

Llegados a este punto, toda vez que los parámetros hermenéuticos que ofrece la ley de 1998 parecen insuficientes para el levantamiento de la medida cautelar, nos encontramos con que la sala tercera del Tribunal Supremo estima que el argumento del abogado del Estado ha atenderse. Argumento inteligente, desde luego, pero que desde la perspectiva del interés general que entiendo está presente y se proyecta con intensidad en los procesos contencioso administrativos, resulta sorprendente. Veamos sino los términos en los que el auto del Tribunal Supremo de 15 de enero se refiere a la cuestión. De entrada se admite por el supremo órgano judicial que el razonamiento de la abogacía del Estado es novedoso, aunque objetivo, pues "la parte recurrente, que pidió y obtuvo la suspensión cautelar del acto impugnado, ha sido la que de forma sobrevenida ha instado su modificación o subsidiaria revocación". Es decir, ¿qué debe acontecer en un proceso contencioso administrativo, sometido al Derecho Administrativo, si a quien beneficia la cautelar concedida a su solicitud decide en un momento determinado, seguramente en función de sus intereses, instar su alzamiento o levantamiento?. Si estuviéramos en presencia de un proceso civil, la contestación no tendría especiales problemas, como no es difícil de colegir. Sin embargo, en el seno de un proceso contencioso administrativo, en un incidente en el que el interés general ocupa, ha ocupado, y seguirá ocupando un lugar central, las cosas no se pueden despachar de igual manera que si estuviéramos en un proceso mercantil, salvo que la nueva doctrina sea la de la privatización gradual del Derecho Administrativo hasta convertirlo en un simple instrumento para la realización de pretensiones privadas, por legítimas que éstas sean.

Ciertamente, cómo reconoce el abogado del Estado, según señala el auto de 15 de enero, las circunstancias alegadas por Endesa no son nuevas. A pesar de ello, de que no se da el presupuesto legitimador del alzamiento según el artículo 132 de la ley jurisdiccional vigente, entiende que "procede acceder a la revocación porque, cualesquiera que fueran las razones en su día sostenidas en su día por los recurrentes y cualquiera que fuera el fundamento de la decisión de la sala, ahora se trata de retirar una medida a petición de parte, siendo de recordar, dice el abogado del Estado, que se adoptan siempre a iniciativa y en beneficio de parte (artículo 130 LJCA), sin que puedan adoptarse ni mantenerse de oficio, de manera que si quien pidió y obtuvo la medida pide ahora que se revoque, esta petición basta por sí misma para que se proceda con arreglo a lo solicitado".

El razonamiento del abogado del Estado reclama algún comentario. Es verdad que la medida ha de solicitarse. Por supuesto, si no se solicita, no se puede conceder porque la jurisdicción contencioso administrativa es rogatoria. Ahora bien, que esto sea así, no quiere decir, ni mucho menos que, como se dice, el artículo 130.1 signifique que las cautelares se adoptan siempre a iniciativa y en beneficio de parte sin más. Se adoptan a iniciativa y beneficio de parte siempre que, tras una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, el juzgador estima que, de no concederla, el recurso podría perder su finalidad legítima. Es decir, si la cautelar viene exigida por el interés general, es obvio que el juzgador la va a otorgar, y si el levantamiento, a su vez, se opone al interés general, es razonable que el Juez o Tribunal la deniegue. Por una razón de naturaleza constitucional, porque el artículo 106 atribuye a los Jueces y Tribunales la función del control de la actividad administrativas y de los fines que la justifican. El día en el que desaparezca del control judicial de la Administración la consideración del interés general, ese día es probable que el Derecho Administrativo haya desaparecido. Por tanto, entendiéndolo que siempre ha de buscarse un argumento para defender la posición que corresponda, la afirmación de que la medida cautelar en el orden contencioso administrativo se adopta en beneficio de parte sin más matizaciones o modulaciones es sencillamente inaceptable.

Pues bien, la sala, que va a terminar acogiendo esta tesis, se manifiesta partidaria de la naturaleza rogatoria de la jurisdicción contencioso administrativa como regla general con algunas excepciones que han de tener carácter restrictivo. El carácter rogatorio caracteriza, es verdad, la esencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Es más, el acceso a la jurisdicción es a instancia de parte. Ahora bien, que la jurisdicción sea rogatoria no puede significar que se desconozca la propia naturaleza del Derecho que regula dicha jurisdic-

ción, que es, al menos por ahora, el Derecho Administrativo, Derecho que tiene mucho que ver con el control de los actos y normas administrativas y los fines de interés público que los presiden. No podemos olvidar que estamos en un supuesto de paralización temporal de un acuerdo del consejo de ministros que ha sido suspendido precisamente porque en la operación hermeneútica de ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, se ha acreditado, como hemos señalado anteriormente, que el interés general aconseja dicha cautelar. Por eso, si se admite sin más que las cautelares quedan única y exclusivamente en manos de las partes, entonces se estaría proclamando que la voluntad de las partes es, más o menos, la dueña del proceso incidental, lo cual ciertamente repugna el sentido que tienen estas medidas en el orden contencioso administrativo, al menos hasta ahora. Es más, siguiendo la tesis del abogado del Estado, la sala dice en el auto de 15 de enero de 2007 que “las medidas cautelares sólo pueden ser adoptadas por el órgano judicial previo impulso de las partes y no de oficio (a diferencia de otros Ordenamientos, en que estas medidas provisionales de oficio por el Tribunal está expresamente prevista y autorizada) y respecto de las cuales el principio dispositivo presenta un vigor aún mayor que el desempeñado en el proceso principal”. He aquí, pues, el principal argumento que utiliza la sala el 15 de enero de 2007 para levantar la suspensión. Un argumento que no está previsto en la ley de 1998, que parece contradecir el carácter de permanencia de la medida cautelar adoptada hasta que termine el proceso contencioso y que se colige de un principio procesal que, en mi opinión, no puede ser traído sin modulaciones al proceso contencioso administrativo.

Una de las preguntas que al estuudio de las medidas cautelares le plantea este cambio de rumbo que ahora parece seguir el Tribunal Supremo es si constituye un argumento suficientemente sólido como para justificar la admisión de nuevos supuestos de levantamiento de la cautelar al margen de la ley.

Se trata de un razonamiento desproporcionado, desconectado de la jurisprudencia hasta ahora recaída en la materia y, sobre todo, insisto, al margen de los criterios que el legislador ha establecido para levantar las medidas cautelares en el orden contencioso administrativo. El voto particular formulado por el magistrado Oscar González abunda en esta idea cuándo señala que “el hecho de que la ley haya especificado de forma taxativa los supuestos excepcionales en que cabe la revocación o modificación de las medidas cautelares adoptadas, impide extender a otros supuestos esta posibilidad”. Porque, en efecto, el levantamiento es una excepción que sí ha de interpretarse restrictivamente. No al revés como parece colegir la sala al deducir del principio dispositivo el principio general de la disponibilidad de las cautelares en función del interés de la parte como si fuera posible, y legítimo, que pudiera instrumentalizarse el proceso incidental en función de las diferentes y variadas pretensiones que por un proceso principal puede atravesar la voluntad de una determinada parte procesal. En virtud de este razonamiento, por mor de una peculiar interpretación jurídica, se cambia el sentido del artículo 132 de la ley que establece la excepcionalidad del levantamiento cuándo concurren nuevas circunstancias. Ahora, la suerte de las cautelares queda única y exclusivamente en manos de las partes, parece que sin afectación alguna, pues, al interés general. Es más, ¿qué pasaría si dentro de unos días Endesa solicitara de nuevo la adopción de la cautelar?. De seguirse a pies juntillas esta doctrina se llegaría a una conclusión tan irracional como que habría que volver a acordarla porque esa es la voluntad de la parte. Por tanto, como señala el voto particular, “ni siquiera por vía de interpretación pueden los órganos judiciales ampliar los términos de las normas más allá de lo que resulte de sus palabras, cuándo éstas son claras, como en el caso presente, pues ello desbordaría los límites que la Constitución les impone en su artículo 117, de actuar sometidos al imperio de la ley”.

Por otra parte, si la medida cautelar, como quiere el legislador, alcanza su pleno sentido en evitación de que el recurso pierda su finalidad legítima, resulta que dejarla al albur de la pretensión de parte chocaría frontalmente con su propia funcionalidad pues podría operar al margen de este presupuesto esencial, lo que es abiertamente incongruente y contradictorio. Como dice el voto particular, “si la razón fundamental para su adopción no es otra, como indica el artículo 130, que la de preservar la finalidad legítima del recurso, de tal forma que la sentencia que en su día se dicte, si fuere estimatoria, pueda ejecutarse, lo lógico será que si el Tribunal sentenciador ha considerado en el auto que resuelve la pieza de medidas cautelares que existe un grave riesgo de que la ejecución del acto recurrido impedirá aquella finalidad, no parece razonable que antes de terminar el proceso se deje sin efecto la medida, con el peligro de que la sentencia que se dicte quede inejecutada”.

En realidad, entender implícito en el artículo 130 de la ley jurisdiccional el principio dispositivo como causa de levantamiento o modificación de la cautelar en su día otorgada constituye probablemente una interpretación que va más allá de lo razonable y de la aplicación de las reglas generales de la exégesis normativa. Así me parece que lo entiende el voto particular al auto de 15 de enero de 2007 que estamos comentando al decir que “si el legislador hubiera querido que a petición de la propia parte solicitante de la medida concedida podía dejarse sin efecto la misma, lo habría dicho expresamente, al igual que enumeró los otros

supuestos en que estableció esta posibilidad. Es este un elemental principio hermenéutico recogido por la doctrina y jurisprudencia al establecer los criterios de interpretación de las normas: "inclusus unius, exclusus alterius". Pero es que además esto se infiere, sin mayores dificultades, de los términos imperativos que usa el precepto "estarán en vigor", dice-, lo que implica que esta vigencia únicamente puede ser alterada en los escasos supuestos previstos no en otros".

Si se admite, sin más, la plena disponibilidad de las medidas cautelares en función de los intereses de las partes, entonces es muy posible que comencemos una peligrosa senda en la que, además de facilitar la desnaturalización del sentido de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, éstas se conviertan en mero instrumento de las partes para satisfacer sus eventuales pretensiones, lo que en un incidente, como el cautelar, en el que el interés general juega una baza muy relevante, es ciertamente inquietante desde la perspectiva del control judicial de los intereses públicos que fundan, o deben fundar la acción administrativa. Pretender que el alzamiento de una medida cautelar, por el hecho de que lo haya pedido una parte, y no se haya opuesto el abogado del Estado, no tenga consecuencias prácticas en orden a la posible quiebra del sentido propio de la suspensión de la OPA atenta a la naturaleza jurídica de la propia medida. Es más, atender a un supuesto de alzamiento de una medida cautelar, otorgada por razones de interés general, porque lo pida la parte a quien beneficia y el defensor de los intereses generales no se oponga, es un ejercicio jurídico que, insisto, abre el camino a la desvirtuación de la funcionalidad de las medidas cautelares.

Desde este punto de vista, desde la consideración del principio dispositivo, todavía podemos, de nuevo, formularnos una pregunta de difícil contestación. ¿Qué ocurriría si, más adelante, por razones parciales, la parte que obtuvo primero la suspensión y luego el alzamiento, solicita otra vez la cautelar y no se opone el abogado del Estado?. Según la nueva doctrina, habría que concederla. Entonces, cómo lúcidamente argumenta el voto particular del magistrado Oscar González, "hay que pensar que se está utilizando el proceso con fines espúrios, pues el principal fundamento de su pretensión, que no es otro que el daño que a la competencia se ocasione con el acto autorizador recurrido, ya no le interesa o le resulta indiferente, con lo que la sentencia estimatoria que pretenda en su demanda, irá dirigida, mas que a una "restitutio in integrum", a lograr fórmulas subsidiarias de cumplimiento, lo que evidentemente contradice la esencia del proceso". Proceso, el incidental, que no se puede aislar de las reglas establecidas en el artículo 130, especialmente de la operación jurídica de ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, entre los que siempre tienen una decisiva trascendencia, como no podría ocurrir de otro modo en un proceso contencioso administrativo, los intereses generales.

Llegamos a este punto, la sala, en el auto de 15 de enero de 2007, tras referirse expresamente a la tutela judicial efectiva, dónde efectivamente ha de inscribirse la denominada tutela judicial cautelar, como corolario derivado del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1, tras analizar los artículos 130 y 132 de la ley jurisdiccional, entiende que el principio general de vigencia de la cautelar adoptada hasta la terminación del proceso contencioso administrativo, "no establece tanto una exclusión del principio dispositivo cuanto más bien una cláusula de protección del beneficiario de la medida cautelar adoptada frente a cualesquiera interesados en su revocación o modificación, cláusula que no desapodera por completo al promotor y beneficiario de la medida de las facultades de disposición sobre la misma, sino que le ampara ante cualquier intento no consentido de privación de la tutela cautelar otorgada". El razonamiento, correcto desde una consideración procesal civil, tropieza con el no pequeño problema de que en el proceso incidental cautelar en el contencioso administrativo resulta que es menester ponderar los intereses en conflicto y si el interés general aconsejara la cautelar, no parece congruente que pudiera concederse el alzamiento mientras dicho interés general se oriente hacia la paralización del acto administrativo impugnado. De lo contrario, hasta podría pensarse que la parte podría jugar a su arbitrio con los intereses generales, algo en sí mismo contradictorio con la propia esencia del sentido que la Constitución atribuye a la función judicial en relación con la actuación administrativa.

La sala reconoce, como no podía ser de otra manera, la regla general de inalterabilidad de la cautelar acordada hasta el fin del proceso contencioso. Ahora bien, a juicio de la sala, dicha regla deja de tener sentido, "cuándo es el propio beneficiario de la tutela cautelar quien solicita su atenuación o revocación, más aún si las demás partes no se oponen a esa petición, pues estando orientada la medida provisional ya obtenida a la salvaguarda de su posición procesal, no puede negarse a esta parte la posibilidad de aligerar o desistir de esa protección, si considera que la posible eficacia del éxito de su pretensión procesal no sufre por ello". El razonamiento, siendo entendible en el marco de un proceso en el que se ventilen cuestiones de orden civil, no es admisible, insistimos, en el seno de un proceso incidental cautelar contencioso administrativo porque, como fácilmente se comprenderá, el interés general nunca, nunca, puede quedar al arbitrio de las partes.

El fundamento, pues, de la concesión del alzamiento de la cautelar, reside, como señala el auto de 15 de enero de 2007 en que “partiendo de la base de que la adopción de las cautelares implica que la sala deberá resolver en consecuencia y acordar la terminación de la pieza separada, pues partiendo de la base de que la adopción de las cautelares tiene en la ley jurisdiccional carácter rogado (de manera que si no se solicitan no le cabe a la sala adoptarlas y el pleito sigue su tramitación sin ellas), y que su finalidad no es salvaguardar el orden jurídico abstracto, objetivo institucional de las cosas, al margen del proceso principal, sino la efectividad de la sentencia favorable a la concreta pretensión del solicitante y beneficiario de la medida, no tiene sentido mantenerla si la propia parte beneficiaria, en cuyo interés se adoptó y cuyo coste y riesgo de indemnizar los daños y perjuicios que de ella se deriven asume, entiende que la efectividad de la sentencia que en su día pueda efectuarse no sufre merma alguna por obra de ese alzamiento, más aún si la Administración, a quien constitucionalmente se le encomienda la defensa del interés general (artículo 103. 1) no se opone”.

El problema que se encuentra en tal razonamiento estriba en que la cautelar no se adopta, en su caso, en interés exclusivo de quien la solicita. Más bien, se acuerda siempre que el interés general aconseje su adopción. Si es así y si el interés general permanece perjudicado por la ejecución del acto, como en el caso que comentamos, no es razonable, no es congruente con los artículos 130 y 132 alzar la medida por la sencilla razón de que el principio dispositivo no tiene carácter absoluto. Quizás de manera más autorizada lo expresa el voto particular firmado por el magistrado Oscar González cuándo dice que “no puede sostenerse que el proceso está regido de forma absoluta por el principio dispositivo, sometido a la voluntad de las partes. Si bien esto pueda predicarse del proceso civil en el que late un interés particular, no ocurre lo mismo en el proceso contencioso administrativo en el que subyace un interés público decisivo. El distinto tratamiento que sus respectivas leyes reguladoras dan a cada uno, que como antes se dijo, es exhaustivo en la ley jurisdiccional, impide sin más un trasvase de preceptos de una a otra. Basta hacer un recorrido por alguna de sus disposiciones para darse cuenta que ese interés público lo tiene presente el legislador, y lo aplica cuándo se trata de excepcionar el principio dispositivo. En efecto, así lo vemos en la figura del desistimiento, permitiendo el artículo 74.4 rechazarlo razonablemente cuándo apreciarse daño para el interés público. Más adelante, el artículo 75.2 al regular el allanamiento impone al órgano judicial dictar la sentencia que estime ajustada a Derecho, que podrá por tantos ser contraria a la pretensión del actor. En el mismo sentido se expresan los artículos 76.2 y 77.3 para la satisfacción extraprocesal y la transacción”.

Si, por tanto, en la propia ley jurisdiccional se modula razonablemente el imperio del principio dispositivo por mor de las exigencias del interés público, como es lógico, no se acierta a comprender por qué cuándo del alzamiento de la cautelar se trata, máxime cuándo se ha adoptado por razones de interés general, resulta que se ha de permitir que dicha medida cautelar quede a la suerte de la pretensión de las partes. Es decir, el principio dispositivo no se puede aplicar con carácter absoluto en el orden contencioso administrativo, tal y cómo se deduce con bastante facilidad de los artículos 74.4, 76.2 y 77.3.

Pero es que, además, como remacha el voto particular incluso en el proceso civil tiene importantes excepciones “como ocurre en los procedimientos relativos al derecho de familia y estado civil de las personas”.

En fin, si resulta que la sala admite que la OPA de Eon no es subsumible en las nuevas circunstancias a que se refiere el artículo 132 de la ley jurisdiccional para proceder al alzamiento de la cautelar adoptada el 28 de abril de 2006, lo razonable y congruente con el régimen jurídico diseñado para las cautelares en la ley de 1998, hubiera sido el mantenimiento de la suspensión, sobre todo si subsisten los graves daños que para la competencia representaba la absorción de Endesa por Gas Natural, con la desaparición que ello comportaba, como dice el voto particular del magistrado Oscar González, de uno de los competidores más activos del mercado del gas, y el reforzamiento de Gas Natural en el mercado de la electricidad aumentando su poder significativo en el mismo.

La aplicación del principio dispositivo en esta materia supone una infracción, sigue diciendo el voto particular, “el sistema de numerus clausus que el artículo 132 tiene establecido. Es más, los intereses públicos deben tenerse presentes como corrección a ese principio, y así, el en mencionado auto de 28 de abril de 2006 la sala puso de manifiesto la preferente protección que debía darse a los intereses de los consumidores, frente a los accionistas, intereses que se verían irremediablemente afectados con el levantamiento de la medida”. Este es, para mí, el argumento medular a partir del cuál debe operarse en materia de cautelarse contencioso administrativas.

Finalmente, debe valorarse también que una vez concedida la cautelar por exigencias de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, para que el recurso no pierda su finalidad legítima, dicha cautelar no puede ser renunciada en perjuicio de terceros ni del interés público por imperativo del artículo 6.2 del

Código Civil. Si, cómo se admitió por la sala el 28 de abril, se concede la suspensión por razones de interés público, “renunciar ahora a esa medida sin que se de el supuesto excepcional previsto en el artículo 132 de la ley jurisdiccional es indudable que supone una renuncia en perjuicio de aquel interés público que, atendiendo al criterio mantenido en el auto de 28 de abril de 2006, la sala entonces entendió ser tutelado”.