

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Regulación y servicios públicos*, Comares (Granada, 2003) 188 pp.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo Derecho de los servicios públicos* (Comares, Granada, 2003) 376 pp.

Las presentes obras de Miguel Ángel Sendín García, que reconstituyen su tesis doctoral, son sin duda alguna un serio aporte al debate en torno a la actual configuración de los servicios públicos.

Comentaré ambos libros.

1.- LA RECONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. En Chile, este tema ha tenido una importancia capital desde la perspectiva de la aplicación en diversos sectores de la actividad económica.

Así pues, en la regulación eléctrica introducida a principios de la década de 1980 se realizó un esfuerzo notable, por su carácter precursor en el ámbito internacional, y porque ha permitido el adecuado funcionamiento de un sector complejo. En efecto, las empresas ligadas a dicho sector han expandido su capacidad y aumentado su eficiencia interna en forma significativa desde su privatización, existiendo, sin embargo, algunos problemas en la regulación del sector especialmente en materia de distribución, regulación de la transmisión, integración vertical y problemas materiales como la sequía.

Luego, en el campo de las empresas de telecomunicaciones, estas han aumentado la cobertura de los servicios, así como su eficiencia interna, lo que parece vinculado al proceso de desregulación de los servicios de larga distancia. Sin embargo, subsisten dificultades en materia de telefonía fija.

Por su parte, a comienzos de 2000 y a propósito de los procesos de revisión tarifaria de EMOS y ESVAL, surgió una progresiva inquietud por examinar más a fondo el sistema de regulación de monopolios naturales en general, y del sector sanitario en particular, que ha derivado en un sistema de regulación económica del sector sanitario.

En Chile los trabajos que se han realizado desde la perspectiva de la ciencia jurídica, en general han discurrido esencialmente en relación a actividades en particular, como las señaladas, pero no de modo general. Esto es justamente lo

que realiza la presente obra dando un sustento dogmático a los procesos liberalizadores, rerreguladores, neorreguladores o simplemente de regulación del servicio público.

2.- REGULACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS.

Se explica en la presente obra la regulación como medio para la prestación de servicios esenciales. Es decir, propone en ella la parte teórica de la regulación en cuanto medio para la prestación de los servicios públicos.

Para ello, el autor centra su estudio en la regulación como un medio de provisión de prestaciones esenciales a partir del proceso de liberalización que se ha desarrollado en los últimos tiempos en los países integrantes de la Unión Europea y que ha dado origen a la utilización de un nuevo modo de provisión de los servicios públicos. En ese sentido se propone una revisión de los medios y modelos de regulación y sus objetivos en el ámbito de los servicios públicos. Por ello, dado que la tradición a este respecto proviene desde fuera de la tradición europeo-continental, pasa revista al modelo de la regulación en los Estados Unidos, diferenciándolo del Sistema Europeo desde sus orígenes para definir desde esta perspectiva las *public utility*, y exponiendo las causas que motivan en general la regulación, a saber: los llamados monopolios naturales, la competencia destructiva, la defensa de valores de carácter no económico, la existencia de externalidades positivas, y la necesidad de garantizar la continuidad y disponibilidad del servicio. Luego de lo cual se señalan las causas de la crisis del modelo tradicional de regulación que derivan en un nuevo modelo de intervención pública: la desregulación; el que en todo caso se encuentra en actual proceso de revisión sobre todo a partir del impacto del caso *Enron*.

Por último, se señala como consecuencia e influencia de todo ello, el proceso de liberalización en Europa que parte desde la prestación de servicios a través del servicio público tradicional, para luego desde la regulación original de dicho sistema, caracterizar el proceso que se ha llama-

do, en el ámbito de la Unión Europea, de liberalización.

A continuación se expone el nuevo modelo de prestación de servicios públicos. Lo caracteriza en general como un nuevo sistema, realizando la configuración de las actividades vinculadas a esta nueva noción particularmente en el campo de las telecomunicaciones, el sector eléctrico, y el servicio postal; concluyendo a partir de la regulación sectorial que debe diferenciarse entre las nociones de servicio de interés económico general/servicio esencial/servicio universal, del servicio público propiamente tal, sobre el que centra su atención, como un servicio, interés económico general o mercado de interés general que se presta con arreglo a un determinado régimen jurídico.

Propone por cierto los fundamentos y mecanismos de operación de este nuevo sistema, basándolas en la liberalización de las actividades indicadas, considerándolo como un proceso por el cual se produce la apertura de sectores de actividad económica antes reservados al sector público, ahora a la libre iniciativa económica.

El primer mecanismo lo hace consistir precisamente en la garantía de libertad de entrada en un sector de la actividad económica que se lleva a cabo mediante autorizaciones generales, licencias individuales, autorizaciones administrativas generales y singulares. Cabe destacar que, sin perjuicio de la vocación en principio teórica de esta obra, en esta parte utiliza elementos de la práctica al ejemplificar—desde el Derecho positivo— la regulación que a este respecto existe en el campo de las telecomunicaciones y el sector postal, los mecanismos ya señalados que permiten hacer efectiva la libertad de entrada en el sector.

Luego, un segundo mecanismo en la configuración de este nuevo sistema, consiste en el reconocimiento de libertad para fijar los precios. O sea, no basta dentro de este proceso liberalizador con el mero reconocimiento a los particulares de la facultad de ejercer una actividad, sino que constituye condición necesaria que ese reconocimiento se extienda al ejercicio de la misma, una de cuyas manifestaciones es precisamente esta.

Consecuencia de lo anterior es una regulación dirigida a permitir la competencia, para lo que se hace indispensable realizar una reestructu-

ración del sector de influencia y de las mismas autoridades reguladoras a fin de conseguir una competencia efectiva.

Para ello es preciso la adopción de ciertas medidas que es preciso tomar en los mercados liberalizados a fin de hacer posible la competencia, entre ellas: *a)* distinguir primeramente entre actividades competitivas y no competitivas a fin de evitar el abuso de posición dominante; *b)* separar las funciones de operador y regulador, para precaver que quien ejerce a función de regulador pueda usar esa potestad operando en el mercado desde una posición más ventajosa que sus competidores, lo que supone una prohibición general preventiva, lo cual se materializa en el Derecho Comunitario por medio de la exigencia que la atribución de las funciones de regulación se otorguen a una autoridad independiente, que configurarían lo que se denomina “administración independiente” basada en una personalidad jurídica propia, en su función de regulación sectorial y en la no dependencia del aparato administrativo, lo que sin embargo no les hace perder su naturaleza administrativa y por consiguiente sujetas a control judicial; y *c)* en fin, estableciendo el derecho de acceso a la red, donde se aborda la doctrina de las *essential facilities*, o facilidades esenciales o infraestructuras, como se las ha llamado más comúnmente, como aquellas condiciones básicas para llegar a los consumidores y permitir a los competidores llevar a cabo sus actividades, convirtiéndose en presupuesto de la competencia, ello pues si bien los costos de construir las redes son muy elevados, comúnmente se da que la red sea monopólica, pero otra cosa distinta es el servicio que se ofrece usando la red. Piénsese a este respecto el caso chileno de la red de telefonía fija, distinguiéndose de este modo la construcción o la propia infraestructura, de su utilización.

Por último señala y caracteriza a la regulación en tanto actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de servicio público, como un nuevo modelo de gestión de los servicios públicos en que se procura la cobertura de necesidades de la misma naturaleza que ellos a través de la articulación de un mercado competitivo. Lo que se logra como se ha dicho, por la concurrencia de tres tipos de actividades: las dirigidas a abrir los mercados a la competencia, las dirigidas a

remover los obstáculos que puedan impedir un funcionamiento competitivo de los mismos y, en fin, un tercer tipo de actividad que consiste en acudir —en caso de imposibilidad de satisfacer algunas necesidades públicas concurrentes a esos sectores—, a un régimen exorbitante de Derecho público, que permitiría corregir las distorsiones o disfunciones que provoca el funcionamiento del mercado tratando de dar satisfacción a objetivos que no resultan cubiertos por el mercado y que este no logra, por ejemplo a través de un sistema de subvenciones o compensaciones que permita, en definitiva, un adecuado equilibrio y combinación entre privilegios de menos y privilegios de más.

3.- HACIA UN SERVICIO PÚBLICO EUROPEO: EL NUEVO DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. No puede pasarse por alto lo que se anunciara al principio de este comentario, en tanto ambas obras forman parte de una sola tesis doctoral y por ello se entiende el interés y necesidad de ambos comentarios.

En efecto, toda la estructura y teorización planteados en la primera obra comentada, se aplica en esta segunda obra del autor.

En ella se explora sobre el modelo tradicional de servicio público, partiendo desde los servicios públicos en el Derecho francés, revisando la formación de su noción jurídica, y luego haciéndose cargo de la crisis de la noción clásica, caracterizando dicho proceso por el abandono de este modelo tradicional como elemento básico del Derecho Administrativo, verificando la renovación y nueva crisis de la noción de servicio público.

Luego se pasa revista a la evolución de los servicios públicos en España antes de la Constitución, a la recepción de la Teoría del Servicio Público, la consolidación de una noción de tipo concreto del servicio público, proponiendo una definición del mismo desde las ideas de *publicatio* y del monopolio *de iure*.

Enseguida revisa la vinculación entre la Constitución y el Servicio Público, desde el modelo económico establecido en la Constitución española, el derecho de libertad de empresa, la iniciativa pública en la actividad económica, y configurando en la actualidad ese servicio público.

A continuación se hace cargo de una nueva crisis del servicio público, determinados por la indefinición de la noción, la falta de eficacia del mismo, y el tamaño excesivo del sector público.

Por otro lado, ahora en relación al Derecho Comunitario y al servicio público, caracteriza al primero y señala las condiciones de la intervención pública en la actividad económica dentro de un marco general de la intervención pública en la economía en el Derecho Comunitario, señalando los instrumentos comunitarios de limitación del intervencionismo estatal, el régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, describiendo el proceso de liberalización de actividades y el régimen jurídico al que se deben sujetar las empresas dotadas de derechos especiales o exclusivos: el derecho común comunitario.

Finalmente, trata de los servicios de interés económico general, los define y caracteriza desde la atribución por un acto de poder público, desde la imposibilidad de cumplir la misión atribuida si se aplican las reglas del Tratado, señalando los modos de financiación de los sobrecostos que pueden generar los servicios de interés económico general, y la obligación de garantizar el correcto funcionamiento de los servicios de interés económico general.

4.- EVALUACIÓN FINAL. En fin, no quisiera concluir este comentario sin señalar que las cuestiones planteadas acerca de la concepción, configuración, medios y mecanismos, entre otras, del Servicio Público; así como las ideas sobre la regulación, desregulación, neoregulación, reregulación o liberalización de estos, constituyen sin duda algunos de los grandes problemas jurídicos y políticos de nuestro tiempo, de cuya consideración podemos obtener solo una certeza: que el Servicio Público siempre está en crisis.

Por eso se agradece una dedicación como la de las obras comentadas, para desentrañar sus sentidos y circunstancias, haciéndose cargo desde la teoría y desde la práctica, de todos los aspectos señalados.

CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica del Norte