

LECCIÓN 23

ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA

Nuria Magaldi
Universidad de Córdoba

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO.—2. DEL SERVICIO PÚBLICO A LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA: 2.1. La aparición del concepto sociológico y jurídico de servicio público; 2.2. El Estado Social de Derecho como Estado prestador de servicios públicos; 2.3. El Derecho de la Unión Europea y los servicios de interés general: 2.3.1. *¿A qué servicios se aplica el artículo 106 TFUE?*; 2.3.2. *En los servicios económicos de interés general, ¿es posible garantizar una prestación básica a todo el mundo a un precio asequible?*—3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: 3.1. La creación de los servicios públicos; 3.2. Las formas de gestión de servicios públicos.—4. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA.—5. BIBLIOGRAFÍA: 5.1. Bibliografía citada; 5.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO

1. Cualquiera de nosotros, a lo largo de un día cualquiera de nuestra vida, hace uso de los muy diversos **servicios públicos** cuya prestación los poderes públicos ponen a disposición de los ciudadanos. Cuando abrimos el grifo por la mañana para beber agua o para ducharnos. Cuando cogemos el transporte público para desplazarnos al puesto de trabajo. Cuando entramos en el aula de una universidad pública para recibir (o impartir) clase de, por ejemplo, Derecho administrativo. O cuando acudimos a las dependencias del servicio autonómico de salud que nos corresponde

(el Servicio Andaluz de Salud, en Andalucía) porque nos encontramos mal. Son solo unos pocos ejemplos de una actividad administrativa extensísima y, lo que es más importante, extraordinariamente heterogénea en su contenido, pero también en su naturaleza y en su régimen jurídico. Es, de hecho, esta heterogeneidad, fruto de su propia evolución histórica, la que explica que el título de esta lección no sea el tradicional de “actividad de servicio público”, sino “actividad de prestación y garantía” que, como veremos, es un concepto más amplio.

2. A diferencia de lo que ocurre con otras figuras jurídico-administrativas, el servicio público es un concepto que aparece en el día a día de la ciudadanía con mucha frecuencia. En efecto, mientras que entre la población en general no se debate, por ejemplo, sobre la naturaleza jurídica de las concesiones demaniales, sí se discute, con habitualidad, sobre el mejor o peor funcionamiento de los servicios públicos o sobre la garantía de su existencia. No es infrecuente, así, que en los telediarios se informe sobre la huelga de sanitarios en Cantabria o Madrid, sobre el incremento de las listas de espera para ser intervenido en Cataluña o sobre una sanción a Correos por incumplir el compromiso de llevar cartas y postales a todo el territorio nacional en un plazo razonable.

3. Esta cercanía de la ciudadanía a la institución del servicio público se explica, en buena medida, porque a esta última subyace una importante **carga ideológica y política**. Se dice, por un lado, que son muy caros e incluso insostenibles, que conllevan un exceso de burocracia, que aumentan el déficit público, que dan lugar a un Estado paternalista o que su prestación pública coarta las libertades y el mercado; pero también que son la base del Estado Social, que garantizan la igualdad material entre todos los ciudadanos y que implican conquistas de derechos a las que no se puede ni debe renunciar.

4. Es, sin embargo, prácticamente imposible dar una definición mayoritariamente aceptada por la doctrina de lo que debe entenderse bajo la expresión “servicio público”. No la encontramos, desde luego, en las normas; más aún, el legislador ha dificultado esa tarea, al utilizar, no pocas veces, aquella expresión para referirse a la totalidad de la actividad administrativa sin distinción. Esto se evidencia de forma muy clara, por ejemplo, en el artículo 106.2 CE, según el cual la Administración responde patrimonialmente por el “funcionamiento de los servicios públicos”, o en la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas, que refiere a los bienes demaniales como aquellos bienes “afectos a un uso general o a un servicio público”. En ambos casos está claro que se utiliza la expresión “servicio público” para referirse a la **actividad administrativa en su conjunto**.

5. Una definición meramente aproximativa de lo que podemos entender por servicio público sería aquella que lo define como un conjunto de actividades que satisfacen necesidades esenciales para la colectividad, motivo por el cual los poderes públicos deben garantizar su prestación a los ciudadanos. La palabra clave de esta definición es, sin duda, **garantizar**. Y es que esta garantía de prestación puede acometerse de diversas formas. Desde luego, los poderes públicos garantizan la prestación de un servicio cuando ellos mismos la realizan: por ejemplo, cuando el Hospital

Universitario Reina Sofía de Córdoba presta el servicio público sanitario o cuando la Universidad de Zaragoza imparte un grado. Pero también cabe afirmar que los poderes públicos garantizan esa prestación cuando se la encargan a un tercero, con el que celebran un contrato en el que se establecen determinadas cláusulas relativas a la calidad del servicio, al modo en que este debe prestarse, etc. Por ejemplo, cuando la Junta de Castilla y León contrata a Blas Fernández S.L. para cubrir la ruta Molina-ferrera-Astorga o cuando el Ayuntamiento de la Vilella Baixa adjudica la gestión de su piscina municipal.

6. Pero también podemos hablar de garantía de la prestación cuando sobre una determinada actividad, que se ha dejado en manos del mercado y de los **operadores privados** que en él quieran libremente competir, los poderes públicos imponen a estos operadores ciertas obligaciones en relación con algunas prestaciones de ese mercado, por entender que cubren necesidades colectivas básicas. En el ámbito del sector postal, por ejemplo, actúan, compitiendo, distintos operadores —incluida la sociedad mercantil pública Correos y Telégrafos S.A.— que ofrecen variados servicios (cartas y postales, paquetería, envíos urgentes, etc.) sometidos a las **reglas de la competencia**. Ahora bien, a aquellos operadores que decidan prestar el envío interurbano de cartas y postales el legislador les impone que lo hagan en unos plazos razonables; y a uno de ellos (Correos), además, la obligación de hacerlo no en la parte del territorio que escoja, sino en todo.

7. Las formas de garantía mencionadas en § 23.5 responden, en realidad, a la **concepción más clásica** del servicio público, que desarrollaremos en epígrafes posteriores. En ellas la garantía gira, precisamente, en torno a la idea de prestación: es **la Administración** quien realiza la prestación, aunque a veces lo haga mediante terceros a los que elige y a los que controla en la ejecución del contrato. El último de los supuestos (§ 23.6), en cambio, abandona completamente la idea nuclear de prestación pública para centrarse en actuaciones públicas encaminadas a la **regulación, el control y la imposición de obligaciones** a los operadores económicos privados. La garantía, por lo tanto, no se vincula ya a una prestación por parte de la Administración.

8. Como veremos en esta lección, en nuestro país conviven, en la actualidad, estas tres formas de garantía de un heterogéneo conjunto de servicios y actividades que los poderes públicos consideran esenciales para la comunidad. Por este motivo, como decíamos más arriba, el título de la lección no puede limitarse a “actividad de servicio público”, pues este enunciado dejaría fuera, en puridad, a esa última forma de garantía sin prestación pública. Por el contrario, la expresión “actividad de prestación y garantía” la admite de forma natural, y es, por ello, más adecuada.

2. DEL SERVICIO PÚBLICO A LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA

2.1. La aparición del concepto sociológico y jurídico de servicio público

9. Con la promulgación de los **primeros textos constitucionales**, entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, llega la juridificación de la actuación del poder público y, con ello, también el nacimiento de la Administración pública moderna, sometida al Derecho. Estas primeras constituciones recogían expresamente la competencia del poder público en cuestiones relacionadas con la salud, la educación o la beneficencia. Por ejemplo, el artículo 321 de la Constitución de Cádiz de 1812 señalaba que estaba a cargo de los Ayuntamientos “cuidar de todas las escuelas de primeras letras”, así como de “los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia”.

10. Este tipo de actividades que, por primera vez, asumió el poder público como responsabilidad propia no eran nuevas; lo que ocurría es que, hasta la fecha, las venía realizando **la Iglesia**, que era quien se encargaba de la educación (de los nobles, esencialmente), de la sanidad y de la beneficencia (maternidades, casas para leprosos). La aparición de la responsabilidad pública sobre estas actividades desplazó, ciertamente, a la Iglesia (ya separada del poder público), pero no la expulsó: esta siguió, de hecho, desempeñándolas, solo que ahora junto con la Administración pública. Esta idea es importante para darnos cuenta de que, desde sus mismos orígenes, este tipo de servicios públicos (que denominaremos **servicios sociales o de cohesión social**) no se van a prestar en régimen de monopolio público sino en coexistencia con la actividad privada.

11. Al mismo tiempo que se construía el **Estado liberal de Derecho**, ya en el siglo XIX, la revolución industrial daba paso a grandes avances científicos y técnicos. En efecto, la invención de la máquina de vapor por Watt y, sobre todo, su aplicación a la industria dio lugar a una inmediata afluencia de capitales que se invirtieron en la instalación de centros fabriles, la inmensa mayoría de ellos en las ciudades. Estos centros fabriles, a su vez, atrajeron rápidamente a la población rural, al ofrecer puestos de trabajo mejores y permanentes, a diferencia de lo que ocurría en el campo, caracterizado por la temporalidad. Por su parte, la aplicación de los descubrimientos técnicos y científicos a la producción agrícola permitió reducir los trabajadores rurales necesarios que, en consecuencia, se vieron forzados, también, a emigrar a la ciudad. Además, las vías de comunicación mejoraron gracias a los avances técnicos, permitiendo comunicaciones rápidas y económicas entre los distintos núcleos poblacionales.

12. Este trasvase de mano de obra del campo a la ciudad generó un importante crecimiento urbano que, a su vez, llevó al deterioro de las condiciones de vida en las ciudades, claramente peores que las de la vida en el campo. Frente a esta situación reaccionaron, en primer lugar, los gestores locales, asumiendo como propios los nue-

vos servicios de la denominada “**ciudad moderna**”, término acuñado en nuestro país por Adolfo Posada (1913) en referencia a actividades que, aunque originariamente privadas, habían devenido de primera necesidad: abastecimiento de agua potable, alumbrado (primero público, y después privado; primero por gas y luego mediante electricidad) o transporte urbano de pasajeros (sustituyéndose la tracción animal por la eléctrica), entre otros. Y es lógico que así fuera, puesto que las Administraciones locales, en tanto que las más próximas al ciudadano, han sido siempre laboratorios de cambios sociales y jurídicos.

13. Esta asunción de la responsabilidad pública sobre los nuevos servicios de la “ciudad moderna” y su prestación directa por el poder público fue común a la mayoría de los países de nuestro entorno, si bien con distintas denominaciones: socialismo municipal (término muy utilizado por los teóricos franceses), industrialismo o comercialismo municipal (en Inglaterra) o *municipalizzazione dei pubblici servizi* en Italia, de donde se tomó la expresión castellana de **municipalización de servicios públicos**.

14. Es importante señalar que no se trató de una actuación orientada únicamente a la asistencia social o a la beneficencia. Por el contrario, esta asunción de nuevas funciones por parte de los poderes públicos (locales) no tenía que ver, no al menos primordialmente, con la posición económica del individuo, sino con su nueva forma de vida en la aglomeración urbana. No se trató solo de que este pasó a ser, masivamente, un ser urbano (frente a la ruralidad propia del periodo pre-industrial) sino que, como consecuencia de ello, se achicó el espacio que el individuo sentía como propio y se agrandó, por el contrario, el espacio en el que el individuo efectivamente desempeñaba su existencia, su espacio vital. Antes de la revolución industrial este espacio vital del individuo era relativamente pequeño (la granja, la finca); entre otras razones, porque no había posibilidades de trasladarse rápidamente de unos lugares a otros. Sin embargo, el individuo sentía que lo dominaba, pues de él obtenía los **abastecimientos básicos que necesitaba para vivir** (por ejemplo, el campesino obtenía el agua de su pozo), sin requerir del poder público más que el respeto a su esfera de libertad. Sin embargo, con los cambios derivados del industrialismo todos los individuos de los núcleos urbanos, ricos o pobres, necesitan de la instalación pública para abastecerse de agua potable, porque no pueden proveérsela por sí mismos. En consecuencia, aumenta la dependencia del individuo, que ya no puede proveerse a sí mismo de los bienes y abastecimientos que necesita, sino que debe confiarse a tal efecto a instalaciones públicas de la Administración (FORSTHOFF, 1938: 24-25).

15. No se trató, desde luego, de un proceso sencillo. Por un lado, uno de los pilares ideológicos del Estado liberal de Derecho, el liberalismo económico, postulaba la no intervención pública en la actividad económica. Por otro lado, los nuevos servicios de la ciudad moderna requerían, con frecuencia, la **previa construcción de infraestructuras** como base física de la actividad prestacional que luego se desarrollaría sobre ellas (pensemos, por ejemplo, en tranvías o ferrocarriles, la producción y distribución de electricidad o el servicio telefónico). Y tales infraestructuras eran, por lo general, muy costosas, de manera que no siempre, y desde luego no todas las Administraciones locales podían hacer frente a ellas. En algunos países, como en España, la debilidad económico-financiera de los entes locales propició que casi siempre y desde un primer momento la construcción y gestión de aquellas infraestructuras se concediera a empresas privadas.

16. Además, al tratarse de actividades surgidas como consecuencia de las nuevas condiciones de vida en las ciudades, en un primer momento **ni siquiera estaba clara la competencia** que permitiera la

actuación de la Administración en ese ámbito (y recuérdese que por aquel entonces la Administración ya estaba sometida al Derecho y al principio de legalidad). Por ello no fue infrecuente, como explica ESTEVE PARDO (2021: 430-431), que en ocasiones la Administración justificara su actuación sobre la base de principios clásicos del Derecho civil, como el derecho de propiedad (de la Administración), el principio de accesión o el vínculo indivisible entre el suelo y las actividades que sobre él podían realizarse o sobre la idea, esta sí plenamente asentada en la órbita germánica, del orden público.

17. Sea como fuere, lo cierto es que, como consecuencia de una fuerte presión social los poderes públicos locales acabaron por asumir como propios los nuevos servicios vinculados a la ciudad moderna, que habían llegado a convertirse en auténticas necesidades básicas. Se produjo, así, una ampliación de la esfera de actuación de los poderes públicos; primero, como dijimos, de los locales. Lo más característico de estos nuevos servicios era su claro componente económico, al consistir en la producción de bienes y servicios a cambio de una contraprestación económica, por lo que suelen denominarse **servicios económicos**. También el hecho de que se basan en economías de escala y tienen como base física un conjunto de infraestructuras articuladas en red, de manera que tienden naturalmente al monopolio. Por eso también ha sido y es muy habitual referirse a ellos como **servicios en red**. Ello permite explicar que, casi desde el primer momento, se tendiera a que estos servicios se prestaran por pocas o una sola empresa, dadas las evidentes limitaciones físicas. Esta idea es importante, pues sobre ella se basarán los monopolios estatales que más tarde se establecerán sobre muchos de estos servicios.

18. La plasmación teórico-jurídica del fenómeno sociológico que acabamos de describir fue obra de la conocida como **Escuela francesa del Servicio Público**, muy particularmente del profesor Léon Duguit, quien, con una aguda capacidad de observación de la realidad, trató de construir una nueva teoría del Estado. Esta se asentaba sobre dos fundamentos. Desde la perspectiva del Derecho constitucional, Duguit entendió superada la idea de que el poder público se legitima únicamente por el ejercicio de la autoridad del gobernante. Por el contrario, la legitimidad de este último, derivada de la confianza otorgada por el Parlamento, se da por descontada, pero ya no es suficiente: se exige, además, que el gobernante proporcione servicios públicos a los ciudadanos. En consecuencia, y desde la perspectiva del Derecho administrativo, este pasa a ser calificado como el Derecho de los servicios públicos, por cuanto su prestación se erige en el elemento central y primordial del Estado, en su fundamento último. Para Duguit, por lo tanto, toda actividad administrativa es actividad de servicio público (incluso la justicia o el ejército), realizada por la Administración y conforme al Derecho administrativo.

19. La construcción teórica de Duguit se vio rápidamente puesta en tela de juicio, principalmente porque casi en seguida empezaron a prestarse servicios públicos por entes públicos con forma jurídico-privada y/o sometidos al Derecho privado. Pero, a pesar de ello, su trabajo *Las transformaciones del Derecho público*, publicado en 1913, sigue siendo clave para entender los cambios sociales que posibilitaron y dieron lugar a la categoría jurídica del servicio público.

2.2. El Estado Social de Derecho como Estado prestador de servicios públicos

20. A partir del año 1945 en Europa tienen lugar dos fenómenos que deben ser destacados. Por un lado, el reconocimiento de los **derechos sociales** (derecho a la salud, a la educación, a la asistencia social) es llevado al más alto nivel normativo (ya aparecían, de hecho, en la Constitución alemana de Weimar de 1919) y pasan a ser uno de los objetivos determinantes del Estado (de ahí, también, que se hable de Estado Social) a los efectos de conseguir la igualdad material (y no solo formal) entre todos los individuos. Estos derechos sociales, por su parte, exigían una actuación positiva de los poderes públicos, fundamentalmente en forma de prestación de servicios, con un alcance y una extensión muy superior a la existente hasta entonces.

21. Por otra parte, el mundo occidental dio por superado el debate sobre “el sí” (si los poderes públicos pueden y/o deben intervenir en la actividad económica para prestar a los ciudadanos determinados servicios), para centrarse en la cuestión relativa al “cómo” (cómo deben los poderes públicos prestar esos servicios públicos). Dicho de otro modo: se aceptó plenamente la **intervención pública en la economía**, no solo en el ámbito local sino también a escala nacional. En consecuencia, las Administraciones públicas experimentaron un fuerte crecimiento, directamente proporcional a esa aceptación plena de la intervención pública en la economía y al amplio desarrollo de los derechos sociales. Así, las décadas centrales del siglo xx fueron, particularmente para la Europa continental, época de creación y desarrollo de potentísimos sectores públicos.

22. En muchos casos, además, estos potentes sectores públicos proyectaron su actividad más allá de la prestación de servicios públicos, participando en la vida económica **como un empresario más** en actividades que no podrían ser consideradas servicios públicos sino simples actividades comerciales o empresariales. El ejemplo prototípico es la producción de automóviles que, durante un tiempo, acometió el poder público en Francia (*Renault*) o España (*Seat*). Apareció, entonces, un nuevo tipo de actividad administrativa que fue bautizada como actividad industrial del Estado por VILLAR PALASÍ (1950). Una actividad que se ha mantenido hasta la actualidad, aunque más reducida, como lo atestiguan, por ejemplo, Paradores de Turismo de España S.A. o su equivalente extremeño, la Red de Hospederías de la Junta de Extremadura.

23. La respuesta que se dio durante la parte central del siglo xx a la cuestión del “cómo”, ya aludida, fue, en realidad, el desarrollo de las **formas de gestión de servicios públicos**. ¿Cómo se explotan y gestionan los servicios públicos? La respuesta que, con carácter general, se dio a esta pregunta fue distinta dependiendo del tipo de servicio público. Por lo que se refiere a los servicios sociales, estos van a continuar prestándose en régimen de **conurrencia con los privados**, como venía ocurriendo desde sus mismos orígenes. Por el contrario, para el caso de los denominados servicios económicos, se extendió la idea de que estos requerían un acto formal de *publicatio* en virtud del que pasaban a ser de titularidad pública, prestándose directamente por los poderes públicos (aunque parcialmente sometidos al Derecho privado) y con

exclusión de los privados, es decir, en monopolio. Esta última idea caló tanto en nuestro país que se llegó a identificar erróneamente servicio público con monopolio.

24. En este sentido, debe rechazarse la equiparación entre **servicio público y monopolio**, puesto que nunca fue necesariamente así, y ello desde las primeras regulaciones en la materia, tan lejanas como el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924. Puede indicarse, como ejemplo, el hecho de que la Ley de 22 de diciembre de 1953 de Reorganización del Servicio Postal y su desarrollo reglamentario preveían la prestación en concurrencia del servicio postal intraurbano (declarando el monopolio, eso sí, para el servicio postal interurbano e internacional).

25. A partir de un cierto momento, sin embargo, las bondades de este Estado Social de Derecho en su vertiente de Estado prestador (de servicios públicos de todo tipo) empezaron a ser puestas en tela de juicio. Suele señalarse la llegada al poder de dos políticos conservadores como Ronald Reagan y Margaret Thatcher, en 1979 y 1980, como el punto de inflexión a partir del cual empezará a hablarse abiertamente de **crisis del Estado Social y del Estado prestador**.

26. Los elementos que permiten explicar las **causas de esta crisis** son múltiples, algunos de tipo técnico y otros más bien ideológicos. Entre los primeros es posible mencionar las dificultades para financiar unos Estados de Bienestar siempre crecientes; la hipertrofia de la Administración y un exceso de burocratización; o los cambios en las estructuras familiares y sociales (envejecimiento de la población, aumento de la esperanza de vida, disminución de la natalidad, incorporación masiva de la mujer al mercado laboral). Entre los segundos, por su parte, debemos mencionar el fin de la competencia ideológica del comunismo; el auge de las teorías económicas neoliberales, la ruptura del pacto keynesiano y el desarrollo de la teoría de los fallos del Estado (por contraposición a los fallos del mercado); la crisis de incentivos del Estado de Bienestar, su escasa capacidad redistribuidora o las críticas por su excesivo paternalismo.

27. En dicho contexto de crisis empieza a exigirse la racionalización, reordenación y reducción de esos enormes sectores públicos. Se destacan las ventajas del mercado y de la gestión privada, exigiéndose la **privatización de servicios** para conseguir una mayor eficiencia económica y evitar el despilfarro público. Sin embargo, es necesario ser muy cuidadoso con el uso del término privatización, que no siempre alude a un mismo fenómeno. En efecto, a veces la privatización será, simplemente, el paso de una gestión directa a una gestión indirecta (por ejemplo, un servicio de transporte urbano que un Ayuntamiento prestaba mediante sociedad municipal pública y pasa a prestar mediante un contrato con una empresa privada), o el cambio en la forma jurídica del ente prestador del servicio (que, por ejemplo, pasa de ser prestado por una entidad pública empresarial a serlo por una sociedad mercantil pública, como fue el caso de Correos en el año 2000). En otras ocasiones, en cambio, hablamos de privatización para referirnos, en realidad, a los procesos de **liberalización de los grandes servicios públicos** que, auspiciados por el Derecho de la Unión Europea, han tenido lugar desde finales del siglo xx. Son estos procesos, de hecho, los que han puesto punto final a los grandes monopolios públicos para la prestación de servicios económicos, creando en su lugar mercados en los que concurren operadores públicos y privados en libre competencia. Esta afirmación, no obstante, requiere de importantes matices, como veremos en el epígrafe siguiente.

2.3. El Derecho de la Unión Europea y los servicios de interés general

28. Es bien sabido que lo que hoy es la Unión Europea comenzó sobre la base de un **mercado único**, en el que trabajadores, mercancías, servicios y capitales pudieran circular libremente por todo el territorio. Se buscaba, así, un elevado nivel de integración económica que, más adelante, llevara también a la integración política. Este objetivo de integración económica acabó exigiendo actuar sobre los grandes servicios públicos que se prestaban en los países europeos, muy particularmente aquellos con un contenido económico, pues constituían una parte no despreciable de ese mercado único y, por ello, su régimen jurídico (monopolios, ayudas públicas) podía afectar a su funcionamiento. Y es que, ciertamente, la consecución de un verdadero mercado único se antoja muy complicada si una parte no menor de los servicios que en él se prestan queda fuera de las reglas propias de ese mercado y, entre ellas, la libre competencia o la igualdad de trato.

29. Desde esta perspectiva sustancialmente economicista, a partir de finales de los años ochenta del siglo pasado comenzó en el Derecho de la Unión un debate que, aunque no pretendía discutir el concepto clásico de servicio público como tal, sí acabó afectándolo de manera sustancial. El precepto clave en dicho debate es el actual art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuya redacción, dicho sea de paso, no ha variado desde los tratados originarios. Según aquel precepto “los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado” (apartado 1), para añadir, seguidamente, que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada” (apartado 2).

30. Una primera aproximación a este precepto permite afirmar dos cosas. La primera, que, con bastante certeza, su efectiva aplicación implicaba el **fin de los grandes monopolios públicos estatales** característicos de la parte central del siglo xx. La segunda, que el precepto admite con naturalidad la existencia de **empresas públicas**; eso sí, actuando en competencia con otros operadores y sin recibir ayudas u otros beneficios públicos. El Derecho de la Unión, por lo tanto, no ponía formalmente fin a la tradicional prestación pública de ciertos servicios, pero cuestionaba, en la práctica, la viabilidad de dicha prestación: ningún sector público como los existentes en Europa hasta los años noventa podía sostenerse según las reglas del mercado. Dicho esto, una correcta comprensión del artículo 106 TFUE requiere responder a dos preguntas cruciales.

2.3.1. *¿A qué servicios se aplica el artículo 106 TFUE?*

31. Para responder a esta pregunta debemos partir del concepto de **servicios de interés general**. Recuérdese, en este sentido, que el Derecho de la Unión Europea siempre ha sido proclive a crear conceptos autónomos, independientes de los propios de los Estados miembros, y el ámbito que estamos tratando no ha sido una excepción. Así, el concepto de servicios de interés general se define como aquel conjunto de actividades y servicios, comerciales o no, que los poderes públicos consideran que satisfacen necesidades públicas de la colectividad (por eso son de interés general), por lo que las someten a obligaciones específicas de servicio público.

32. Desde el primer momento la Unión puso de relieve la importancia que concedía a estos servicios de interés general como base del modelo europeo de sociedad y parte de los valores comunes y de la **identidad cultural europea**. Así se afirmaba en la Comunicación de la Comisión “Los servicios de interés general en Europa” (96/C 281/03) y se ha reiterado en múltiples documentos posteriores, así como en textos normativos del más alto rango (art. 14 TFUE y art. 36 CDFUE).

33. Esta categoría, amplísima, de servicios de interés general puede, a su vez, dividirse en servicios económicos (de interés general, abreviados frecuentemente como SIEG) y no económicos (de interés general). Los **servicios de interés económico general** suponen poner en el mercado bienes y servicios que satisfacen necesidades esenciales a cambio de una contraprestación; los **servicios de interés no económico general**, en cambio, carecen de finalidad lucrativa y se basan en la solidaridad y la cohesión social.

34. Si se lee con atención el artículo 106 TFUE, se podrá observar cómo este impone el sometimiento a las **reglas de la competencia** a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Son estas quienes no pueden recibir ayudas, transferencias públicas ni privilegios y quienes, en definitiva, deben recibir el mismo trato. Nada dice el precepto en relación con los servicios de interés no económico general que, en consecuencia, quedan excluidos de su ámbito de aplicación. Ello tiene una importantísima consecuencia, y es que podrán no someterse a las reglas de la competencia (incluyendo su prestación en monopolio o la atribución a la Administración de derechos exclusivos o exorbitantes) o financiarse en todo o en parte con fondos públicos. Eso sí, los poderes públicos deberán respetar las reglas de la contratación pública si, por ejemplo, deciden que su prestación se realice a través de terceros a los que aquellos contraten. Lo habitual, por lo demás, será que la prestación pública de estos servicios conviva, como siempre lo ha hecho, con la prestación por la iniciativa privada.

35. El 17 de febrero de 1993, el TJUE dictó la relevante sentencia *Poucet y Pistre, C-321/94* (ECLI:EU:C:1993:63). Dos ciudadanos franceses se habían negado a pagar las cotizaciones a la seguridad social que les reclamaban las entidades gestoras de ciertas prestaciones por enfermedad. Basaban su negativa en un principio de libertad de afiliación a la entidad de seguros que consideraran conveniente, objetando que el régimen de afiliación obligatoria a determinadas entidades gestoras otorgaba a estas últimas una posición dominante, vulnerando las normas de la libre competencia establecidas en los Tratados. Lo que se ventilaba, en última instancia, era la consideración económica o no económica de uno de los servicios públicos sociales por excelencia en el modelo continental: los **sistemas de seguridad social**.

Es expresiva de esta idea la propia cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional francés: “¿Debe considerarse un organismo encargado de la gestión de un régimen especial de seguridad social una empresa en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado [actuales arts. 105 y 106 TFUE]? Si la respuesta del TJUE hubiera sido afirmativa, habría implicado el sometimiento de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros a la competencia y al mercado, lo que sin duda habría supuesto su fin tal y como se habían concebido hasta ese momento. La respuesta del TJUE fue, sin embargo, negativa —para gran alivio de buena parte de los Estados miembros—, respondiendo con contundencia que estos regímenes “se basan en un sistema de afiliación obligatoria que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes”, así como que las entidades gestoras de la seguridad social, en tanto que desempeñan “una función de carácter exclusivamente social”, no constituyen empresas en el sentido del Derecho de la Unión. Y ello porque, en definitiva, se basan “en el principio de solidaridad nacional y carecen de toda finalidad lucrativa”.

36. Los servicios de interés no económico general, en definitiva, están constituidos por los **servicios de solidaridad**, aquellos que tienen una función exclusivamente social, y entre ellos se incluyen, además de los regímenes de seguridad social obligatorios, la educación, la sanidad o los servicios sociales de tipo asistencial.

*2.3.2. En los servicios económicos de interés general,
¿sigue siendo posible garantizar una prestación básica
a todo el mundo a un precio asequible?*

37. La pregunta anterior nos ha permitido circunscribir los términos del debate, ciñéndolo a los servicios de interés económico general. Estos son a los que el Derecho de la Unión impone el sometimiento a las normas de la competencia, dando lugar a los procesos de liberalización de los que hablábamos antes. Coinciden, en muy buena medida, con los servicios en red o de contenido económico, ya mencionados, como el servicio postal, las telecomunicaciones, la energía o los transportes.

38. El problema principal es que los procesos de liberalización no necesariamente van a garantizar ni la libre competencia, ni la prestación con unos estándares mínimos de calidad o cantidad, ni tampoco una prestación básica a toda la ciudadanía. De ahí la necesidad de que los poderes públicos intervengan, regulando y controlando, en estos sectores liberalizados. Así, por un lado, se va a exigir que los operadores que participen en el sector regulado de que se trate presten el servicio conforme a unos determinados estándares. Para ello, los poderes públicos les van a imponer **obligaciones de servicio público**. Por ejemplo, todos aquellos operadores postales que, libremente, decidan prestar el servicio interurbano de envío de cartas y tarjetas postales podrán verse sometidos a limitaciones tarifarias (arts. 34.4 y 43.2.a de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, LSPU).

39. En cambio, para solucionar el problema relativo a la mínima prestación para toda la ciudadanía se ha optado por una técnica distinta, el **servicio universal**, que puede definirse como el conjunto de prestaciones básicas que deben garantizarse a todos los ciudadanos, a precios asequibles y con cobertura territorial completa. Que las cartas y postales lleguen a todos los rincones de nuestro país y lo hagan a precios

razonables y en tiempos prudenciales. Que los servicios básicos de telecomunicaciones cubran, a precios asequibles, todas las zonas geográficas con independencia de lo más o menos pobladas que estén. Algo, sin duda, muy complejo, pues parece evidente que ningún operador económico tendrá interés en llevar cartas y postales a los pequeños municipios gallegos, y que ningún operador de telefonía tendrá interés comercial alguno en cubrir los Monegros. Por eso, si el mercado no garantiza por sí solo esta prestación básica a toda la ciudadanía, el poder público la va a imponer a uno o varios operadores. Lo habitual, en realidad, es que se imponga al antiguo monopolista, quien suele ser el propietario de las redes y ya tiene experiencia en todo el territorio que se debe cubrir.

40. Ahora bien, esta imposición a un operador económico va a colocarlo, probablemente, en una posición peor de la que ostentan aquellos operadores que pueden elegir qué servicios prestar y en qué territorio. Es posible que la prestación obligatoria del servicio universal sea deficitaria (si fuera rentable, seguramente otros operadores querrían prestarla) y no parece justo que se coloque a uno de los operadores en peor situación que a los demás. Por lo tanto, esa carga que puede suponer para el operador designado la prestación del servicio universal deberá ser **compensada**. Existen, aquí, diversas posibilidades que, en principio, quedan a la libertad de los Estados miembros: la reserva de ciertos servicios en exclusiva a los operadores que se hacen cargo del servicio universal (así ocurría en el ámbito postal hasta 2010); la creación de una especie de “hucha” en la que participan todos los operadores (por ejemplo, el Fondo Nacional del Servicio Universal previsto en el art. 42 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, LGTel) o el pago de una indemnización (para las rutas aéreas sobre las que se imponga la obligación de su prestación y en las que el servicio lo vaya a prestar una sola compañía, previa licitación y a cambio de una indemnización por ejecución de obligaciones de servicio público, según establece el art. 17.3.e del Reglamento 1008/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad).

41. Todas estas medidas de compensación que pueden adoptarse en favor del operador u operadores designados para prestar el servicio universal implican, como puede intuirse, una cierta derogación de la competencia. Una derogación que, sin embargo, el Derecho de la Unión admite expresamente en una correcta interpretación del artículo 106.2 TFUE, cuando afirma que las empresas que gestionan servicios de interés económico general se han de someter a las reglas de la libre competencia siempre y cuando (“en la medida que”) la aplicación de dichas normas no “impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”. Esa misión específica, que puede identificarse con el concepto de servicio universal, es lo que justifica, precisamente, la **derogación excepcional de la competencia**.

42. Obviamente, estas derogaciones de la competencia permitidas y, sobre todo, la compensación de la carga injusta, deben someterse a rigurosos requisitos y a un **estricto control**, para evitar que los Estados miembros puedan tener la tentación de favorecer a determinadas empresas en detrimento de otras. Por ello, el TJUE ha ido elaborando una importantísima jurisprudencia, a partir de la cual podemos afirmar que la aplicación del artículo 106.2 TFUE exigirá que las obligaciones de servicio universal se

hayan definido e impuesto con carácter previo, a través de un acto del poder público, que la compensación se calcule conforme a parámetros transparentes y objetivos y que no exceda de los gastos originados por las obligaciones impuestas y un beneficio razonable y proporcionado, entre otros elementos. Al mismo tiempo, y dado que es frecuente que el operador designado, además de la prestación del servicio universal, actúe en el mercado en competencia con otros operadores, es muy importante que, a la hora de calcular la carga injusta, esta solo tenga en cuenta los gastos originados por aquellas obligaciones, y no posibles pérdidas del operador como resultado de su actividad en el mercado (lo que sería equivalente a una subvención cruzada y, por tanto, a un falseamiento de la competencia). Precisamente para evitar esta situación, se exige que estos operadores lleven contabilidades separadas.

43. Un elemento esencial en la arquitectura institucional de los procesos de liberalización estudiados son las conocidas como **autoridades independientes**, cuyas funciones se corresponden con los objetivos mencionados *supra* § 23.40: velar por el buen funcionamiento del sector y la libre competencia entre operadores, controlar que estos cumplen con las obligaciones de servicio público que se les hayan podido imponer y garantizar que el operador u operadores designados prestan el servicio universal. De las peculiares características de estos entes, su composición y funciones nos ocuparemos en la Lección 25. Baste aquí con indicar que la administración independiente encargada de regular y controlar el funcionamiento de los principales sectores liberalizados es, en nuestro país, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

3.1. La creación de los servicios públicos

44. La primera cuestión relevante en relación con el régimen jurídico de los servicios públicos es, naturalmente, la relativa a su establecimiento. Los servicios públicos los crean los poderes públicos, en función de lo que, en cada momento y lugar, se considera que es una **necesidad básica para la colectividad** que debe ser satisfecha y/o garantizada. Como las necesidades básicas varían con el tiempo y el desarrollo de las sociedades, es lógico que también varíe lo que se considera o no servicio público.

45. Por lo que se refiere a las actividades y servicios que constituyan servicios de interés económico general, su determinación se hará, en principio, por la **normativa nacional**. El Derecho de la Unión parte de un principio general de libertad, por el que corresponde a los Estados miembros definir qué servicios consideran de interés económico general. Por ejemplo, cada Estado miembro decide qué rutas aéreas concretas van a tener la consideración de rutas sometidas a obligación de servicio público y, por lo tanto, tendrán que prestarse bajo determinadas condiciones de frecuencia y precios. Es posible, por lo tanto, que un Estado entienda que ninguna de sus rutas debe recibir tal consideración. Ahora bien, esta libertad que se deja a los Estados miembros no obsta para que, además, también el Derecho de la Unión pueda calificar como tales ciertas actividades o servicios; así lo ha hecho, por ejemplo, con ciertos servicios postales.

46. Junto con los servicios de interés económico general, con la regulación que ya conocemos, en nuestro ordenamiento conviven los **servicios públicos en sentido clásico**, es decir, aquellos que son asumidos por la Administración (que ostenta su titularidad, como se ha dicho tradicionalmente), sin perjuicio de que luego esta decida prestarlos directamente o lo haga, por el contrario, a través de un privado. Algunos de estos servicios, muy pocos, están expresamente establecidos en la Constitución, como es el caso de la educación básica obligatoria (art. 27); quizás también, aunque con menor rotundidad, pueda afirmarse lo mismo respecto del régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41) o la sanidad (art. 43). Para reforzar, precisamente, la obligatoriedad de ciertos servicios públicos algunos estatutos de autonomía de segunda generación han introducido referencias expresas más claras a un “sistema educativo público” (art. 21.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía), a un “sistema sanitario público de carácter universal” (art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears) o a un “sistema público de servicios sociales de responsabilidad pública” (art. 29.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias).

47. Lo habitual, no obstante, será que sean establecidos por el legislador estatal o autonómico, en el ámbito de sus competencias, para lo cual gozarán de un amplio margen de apreciación, que alcanzará también a su concreta configuración. Un ejemplo de ello son los servicios previstos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

48. Pero es, sin duda, en el **ámbito local** donde encontramos, hoy en día, el grueso de los servicios públicos entendidos en su concepción clásica; es decir, titularidad pública y prestación directamente por la Administración o por terceros con los que esta contrata. Podría decirse, de algún modo, que el modelo clásico de prestación de servicios públicos pervive en los servicios públicos locales, ajenos, hasta cierto punto, a los procesos de liberalización europeos.

49. Así, en primer lugar, el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), establece que determinados servicios públicos locales tendrán carácter obligatorio. Es decir, impone a los municipios el deber de su establecimiento y prestación. Un deber que tiene como correlato un derecho de los vecinos (art. 18.1.g LBRL) que es exigible, por ejemplo, mediante la interposición de un recurso por inactividad (art. 29 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJCA). La estructura del precepto hace depender los **servicios municipales obligatorios** del número de habitantes de cada municipio, pero vale la pena destacar, en cualquier caso, que el listado incluye un número importante de servicios de todo tipo: alumbrado público, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, biblioteca pública, instalaciones deportivas públicas o transporte urbano de viajeros, entre otros.

50. Junto con los servicios obligatorios, los municipios pueden prestar otros servicios públicos (a veces denominado servicios **facultativos**), pues están habilitados para ellos en virtud de la cláusula general del artículo 86.1 LBRL (“las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas”),

que a su vez encuentra apoyo constitucional en el artículo 128.2 CE. Ahora bien, esta habilitación genérica no debe interpretarse, lógicamente, como una capacidad ilimitada, al margen de todo requisito o exigencia.

51. Los servicios públicos de carácter económico creados con base en el artículo 86.1 LBRL presentan problemas de distinción con las actividades económicas que pueden desarrollar las entidades locales de acuerdo con este mismo precepto. Aunque se trata de una cuestión discutida tanto por la doctrina como por el Derecho positivo, es necesario distinguir ambos tipos de actividad. De un lado, algunas autoras distinguen con contundencia entre servicios públicos (donde el Derecho de la competencia experimentaría importantes modulaciones) y la iniciativa económica municipal, que estaría plenamente sometida al Derecho general de la competencia (ORTEGA, 2017). Por otro lado, algunas leyes autonómicas de régimen local han ahondado en la distinción entre servicio público e iniciativa económica. Tal es el caso de la Ley andaluza 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local, que diferencia con claridad entre los “servicios locales de interés general” (art. 26) y la “iniciativa económica local”, donde la correspondiente entidad local actúa en régimen de “libre concurrencia” (art. 45.1). Similar es la regulación de los artículos 93 y 96 de la Ley vasca 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales.

52. A la hora de crear un nuevo servicio público local, en el sentido amplio propio de esta lección, no es posible prescindir de la condición y naturaleza pública de quién pretende actuar —la Administración pública—, pues la idea del interés general preside toda su actuación a tenor del artículo 103 CE, sin que aquel reconocimiento constitucional y legal de la capacidad municipal pueda suponer una plena equiparación con los particulares; ello supondría desconocer las vinculaciones a las que está sometida la Administración, entre ellas, el principio de legalidad o el control jurisdiccional (MALARET, 2003: 574, 588). Ello exige, en definitiva, que el establecimiento del servicio público venga precedido de la previa tramitación de un expediente en el que **se justifique su conveniencia y oportunidad**. Es cierto que la normativa al respecto no es clara, y que la doctrina está dividida en relación con los concretos trámites que hay que seguir, diferenciando con frecuencia entre la creación de servicios sociales y económicos (y entre servicios obligatorios y facultativos), pero, en cualquier caso, parecen ineludibles unos mínimos trámites procedimentales que incluyan la motivación de la decisión, un trámite de información pública, una propuesta de reglamentación del servicio y la forma de gestión del servicio.

53. En primer lugar, el servicio público municipal que se establezca debe enmarcarse en las competencias que los municipios tienen atribuidas en el ordenamiento jurídico. Debe tratarse, pues, de una actividad o servicio de **interés municipal**, una idea que se concreta con la previsión legal de que la actividad que se vaya a emprender sea de utilidad pública y se desarrolle en beneficio de los vecinos y dentro del propio término municipal (así lo afirma, en relación con el ejercicio de actividades económicas en concurrencia, el art. 96 del Real-Decreto Legislativo 781/1996, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local, TRRL). Extremos que deberán acreditarse en el correspondiente expediente mencionado *supra* § 23.52.

54. La STSJ Cataluña de 20 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:10755) cuestionaba el acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona, en virtud del cual se encargaba a la sociedad municipal BSB (medio propio de aquel) la prestación de servicios sanitarios bucodentales. Es decir, se establecía un servicio municipal de salud dental. El Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Catalunya (COEC) se oponía a dicho acuerdo al entender, por un lado, que el Ayuntamiento carecía de competencia para prestar servicios odontológicos y, por otro, que la prestación de dichos servicios provocaba una duplicidad (en relación con los servicios sanitarios bucodentales competencia de la Generalitat de Catalunya) expresamente prohibida por la normativa de régimen local. La STSJ Cataluña dio la razón a COEC, estimando que el Ayuntamiento de Barcelona carece de competencias en materia de servicios de odontología o, si se prefiere, que el límite a las competencias atribuidas a dicho Ayuntamiento por la

normativa reguladora está en que las actividades o servicios que quiera desarrollar no estén expresamente atribuidos a otras Administraciones (o, en tal caso, que sean actividades complementarias).

55. En segundo lugar, que el modelo clásico de servicio público pervive en nuestro ordenamiento jurídico local se evidencia ante la posibilidad, aún vigente, de que algunos de ellos (muy pocos) se presten en monopolio mediante la institución de la **reserva de servicios esenciales**, prevista en el artículo 128.2 CE (“Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales”). En desarrollo de este mandato constitucional, el artículo 86.2 LBRL habilita a los municipios a reservarse, actualmente, tres servicios públicos de gran importancia: el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y el transporte público de viajeros. Obsérvese cómo la Constitución determina que el establecimiento de monopolios (la reserva) se haga mediante ley, dadas las considerables limitaciones a la libertad de empresa o a la propiedad privada que supone (excluye a los particulares del mercado). Asimismo, se prevén también algunas garantías procedimentales adicionales en el expediente que deberá tramitarse en el Ayuntamiento.

3.2. Las formas de gestión de servicios públicos

56. Como hemos señalado anteriormente (*infra* § 23.23), la cuestión relativa a las formas de gestión responde a la pregunta sobre cómo deben prestarse los servicios públicos. Es decir, las formas de gestión inciden en el aspecto organizativo de los servicios públicos: qué órgano o ente presta el servicio, bajo qué forma jurídica y con qué régimen jurídico. Quedan fuera, eso sí, los denominados servicios de interés económico general, respecto de los que no cabe hablar de formas de gestión sino, como ya vimos, de prestación en un mercado libre en el que operadores, públicos y privados, actúan generalmente en competencia, si bien los poderes públicos podrán imponerles obligaciones de servicio público y someterlos a una (más o menos) intensa regulación.

57. Las formas de gestión se clasifican, y así ha sido tradicionalmente, en dos grandes categorías. Por un lado, la **gestión directa**, que comprende aquellas formas de gestión en las que el servicio es prestado directamente por la Administración. Por otro lado, la **gestión indirecta**, en la que la Administración contrata a un tercero para que realice la prestación en que consiste el servicio. En este caso, el contratista está sujeto a importantes potestades que ostenta la Administración (de supervisión e inspección, de modificación, tarifaria) en su condición de titular y responsable del servicio.

58. Dentro de la gestión directa existen, por su parte, distintas modalidades, en función de la menor o mayor autonomía organizativa y funcional que implica cada una de ellas. Así, en primer lugar, es posible que la Administración competente preste el servicio de que se trate por sí misma, sin necesidad de crear un nuevo ente con personalidad jurídica propia y distinta. En este caso, la Administración presta

el servicio, bien utilizando su propia estructura organizativa ordinaria (gestión indiferenciada), bien mediante la creación de un órgano administrativo cuya función es, precisamente, la prestación del servicio (gestión diferenciada **mediante órgano especial**). En este segundo supuesto hay una mínima diferenciación orgánica, pero en ambos casos estamos ante formas de gestión simples, pensadas para servicios poco complejos y escasamente técnicos, dirigidos a un número no muy grande de usuarios. Por ejemplo, es relativamente habitual que se presten de este modo los servicios de biblioteca municipal.

59. Otra posibilidad, todavía dentro de la gestión directa, es que la Administración competente decida crear un **ente instrumental** para la prestación del servicio. Este ente instrumental puede ser un ente de Derecho privado (una sociedad mercantil pública) o un ente de Derecho público (un organismo autónomo o una entidad pública empresarial). Como puede intuirse, la creación de un ente con personalidad jurídica propia supone un elevado nivel de autonomía organizativa y funcional, más adecuada para servicios complejos y técnicos o que impliquen un número muy elevado de usuarios. Por ejemplo, los servicios de salud suelen articularse mediante organismos autónomos autonómicos; tal es el caso del Servicio Andaluz de Salud (SAS) o del Servicio Vasco de Salud (Osakidetza). En el ámbito municipal es habitual la prestación de servicios culturales mediante organismos autónomos locales (por ejemplo, el Instituto Municipal de Artes Escénicas–Gran Teatro de Córdoba), mientras que el abastecimiento de agua es prestado, con frecuencia, mediante sociedades mercantiles públicas (por ejemplo, EMASA, empresa municipal encargada de la gestión y administración de agua en Málaga). En cualquier caso, y por lo que se refiere al régimen jurídico de estos tipos de entes, nos remitimos a lo explicado *supra* § 8.26-40, con carácter general y *supra* § 9.49-74, § 10.55-64, §.11.85-89 para los distintos niveles administrativos (estatal, autonómico, local).

60. Las formas de gestión indirecta se encuentran reguladas, fundamentalmente, en la normativa en materia de **contratos** del sector público. En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) ha modificado notablemente la regulación anterior, de manera que la tradicional gestión indirecta contractual se canaliza ahora a través de la figura del contrato de concesión de servicios públicos (art. 15 LCSP) y del contrato de servicios, cuando este implique prestaciones directas a la ciudadanía (art. 17 LCSP). Sustancialmente, la diferencia entre ambos contratos radica en si el contratista asume o no el riesgo operacional al que ya se hizo referencia (*supra* § 19.36): si lo asume el contratista estamos ante un contrato de concesión de servicios; en caso contrario, ante un contrato de servicios. Por ejemplo, un contrato para la explotación de la piscina municipal por 3.000 euros al mes es, claramente, un contrato de servicios, mientras que un contrato para la explotación de unas instalaciones deportivas municipales podría ser un contrato de concesión de servicios si el empresario asumiera el riesgo de demanda (el mayor o menor número de vecinos del municipio que decidieran utilizarlas y pagar por ellas).

61. Tradicionalmente, las Administraciones han tenido un amplio margen de apreciación a la hora de decidir la forma de prestación de los servicios públicos. Esta idea se mantiene en la actualidad, como se ha encargado de recordarnos, por ejemplo, el art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que establece, como regla general, el **principio de libertad de administración** de las autoridades nacionales. Este principio tiene, en realidad, todo el sentido, pues la concreta forma de gestión del servicio (su organización, en última instancia) dependerá de múltiples factores que deben analizarse caso por caso. Así, por ejemplo, en el ámbito local (que es, como dijimos, donde se ha mantenido el grueso de los servicios públicos en su concepción clásica) un mismo servicio puede ser gestionado de formas distintas en distintos municipios, y la elección de la concreta forma de gestión vendrá determinada por las características propias de cada uno de ellos (población, situación financiera, etcétera).

62. Una regulación muy detallada de las formas de gestión de los servicios públicos ha estado tradicionalmente presente en nuestra **legislación de régimen local** desde mediados del siglo xx y hasta la actualidad (arts. 85 y 85 bis LBRL). Precisamente en el ámbito local se han introducido, en los últimos años, algunas modificaciones que parecen limitar, hasta cierto punto, ese principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, al haberse modificado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) el art. 85.2 LBRL, introduciendo el mandato de que deberá optarse por la forma de gestión “más sostenible y eficiente” y, de entre las de gestión directa, por las que no supongan la creación de ningún ente y por la de organismos autónomos frente a entidad pública empresarial o sociedad mercantil. En realidad, estos nuevos requisitos previstos ahora en la ley, más que establecer una preferencia por la gestión directa o por la gestión indirecta, parecen exigir, sobre todo, un plus de motivación a las entidades locales en la memoria justificativa que deberán elaborar al efecto (DARNACULLETA, 2020: 168-169).

63. Junto a las formas de gestión indirecta contractuales, no debemos olvidar que también es posible la prestación de servicios públicos sociales sanitarios, asistenciales o educativos (también denominados “servicios a las personas”) mediante fórmulas no contractuales, debiendo destacarse el instrumento de la **acción concertada**. En este sentido, se recurre a la acción concertada (con entidades privadas sin ánimo de lucro, principalmente) para gestionar servicios incluidos en la cartera de servicios de la Administración responsable, siendo muy habitual en el ámbito de los **servicios sanitarios y asistenciales autonómicos**, por ejemplo. Esta fórmula no contractual, junto con otras —también no contractuales— como la subvención o la gestión interadministrativa de carácter convencional, encuentran clara acogida tanto en los artículos 6.1 y 11.6 como en las disposiciones adicionales 48 y 49 LCSP.

4. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA

64. Aunque no están expresamente enumerados como tales en una sola norma con carácter general, existen en nuestro ordenamiento jurídico una serie de **principios básicos** que rigen la práctica totalidad de la actividad de prestación y garantía.

Su origen, de nuevo, debemos situarlo en la doctrina francesa, que los formuló por primera vez en el periodo de entreguerras del siglo pasado. Estos principios no son principios meramente programáticos, sino que despliegan efectos jurídicos. Su incumplimiento, de hecho, tiene consecuencias jurídicas, en ocasiones muy intensas, llegando a la resolución del contrato (si el servicio se presta a través de un contratista), a la imposición de sanciones por parte del ente regulador (en el caso de servicios liberalizados) o a la puesta en marcha de los distintos mecanismos disponibles cuando el servicio es prestado por la propia Administración (responsabilidad disciplinaria para empleados públicos concretos, responsabilidad patrimonial de la Administración si se ha causado un daño, etcétera).

65. El principio seguramente más importante de todos es el **principio de continuidad**. Es un principio tan esencial para la actividad de prestación y garantía que es habitual referirse a él como la piedra angular del servicio público. Expresado de forma sencilla, este principio de continuidad supone que la actividad de que se trate debe estar a disposición de los ciudadanos de forma continua y regular, sin interrupciones arbitrarias o injustificadas. Como es fácil de intuir, esta idea de continuidad no debe identificarse, en una interpretación literal, con una disponibilidad de veinticuatro horas al día durante 365 días al año, sino que se trata de un concepto que se ha de concretar servicio a servicio. Ciertamente, en algunos supuestos la disponibilidad deberá ser necesariamente de veinticuatro horas al día todos los días de la semana sin excepción (abastecimiento de agua potable, electricidad o servicio de urgencias médicas, por ejemplo). En otros casos, en cambio, la disponibilidad significará, más bien, regularidad en la prestación en el horario previamente establecido y considerado adecuado, atendiendo a la naturaleza de las necesidades que se pretenden satisfacer (una biblioteca municipal que abre de 9 a 21h. o las consultas médicas especializadas de los hospitales).

66. El principio de continuidad plantea algunas dificultades a la hora de conciliarlo con el **derecho constitucional a la huelga**. Y es que, a diferencia de lo que ocurre con las actividades privadas, las actividades de prestación y garantía lo son, precisamente, porque se entiende que con ellas se satisfacen importantes necesidades colectivas. Esto hace que su efectiva y concreta realización no pueda depender íntegramente de la voluntad de las personas que las deben poner en marcha. En este sentido, no pasa nada si un día cierran todas las zapaterías en nuestro país, pero es evidente que no pueden cerrar todos los servicios hospitalarios ni dejar de funcionar el 100 por 100 de los trenes del metro. Por ello, la Constitución, cuando regula el derecho a la huelga, permite la limitación de este derecho para el “mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” (art. 28.2). Así, cuando hay una huelga de trabajadores de las universidades, es habitual establecer como servicios mínimos la presencia obligatoria en el puesto de trabajo de quienes ocupan cargos de gobierno (rector, decanos) así como la realización de los exámenes que debieran tener lugar ese día, pero no, en cambio, la impartición de clases.

67. Las obligaciones de continuidad se establecen en las propias regulaciones del servicio de que se trate o, si este es prestado por un contratista, en el mismo contrato. Pero es importante destacar, además, que este principio rige también en aquellos **servicios que han sido liberalizados** y respecto de los que el poder público se limita, en principio, a regular y garantizar su prestación. De hecho, las diversas leyes reguladoras de tales servicios suelen referirse a él de forma expresa. Tal es el caso, por ejemplo, de la LSPU, cuyo artículo 22 establece que la prestación del servicio postal universal se regirá, entre otros, por el principio de continuidad, entendiendo por esta “no interrumpir ni suspender el servicio, salvo en casos de fuerza mayor y previa comunicación a la Comisión Nacional del Sector Postal [referencia

que ahora hay que entender hecha a la CNMC], que podrá denegarla”. También contienen previsiones en este sentido, entre otras, la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (LSF), cuando señala como uno de sus fines “establecer los criterios para que la prestación de los servicios de transporte ferroviario de viajeros y de mercancías se realice con continuidad” (art. 2.1.k), o la LGTel, cuyo artículo 63.2 establece que “los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas garantizarán la integridad de las mismas a fin de asegurar la continuidad en la prestación de los servicios que utilizan dichas redes”.

68. Otro de los principios clásicos de la actividad de servicio público es el **principio de mutabilidad o adaptabilidad**, que permite a la Administración modificar unilateralmente las condiciones de prestación si ello es conveniente para la satisfacción del interés público. Cuando el servicio se presta a través de un contratista, este principio toma la forma de la potestad de modificación o *ius variandi*; esto es, el poder excepcional de modificación unilateral del objeto del contrato como consecuencia de cambios sobrevenidos en el interés público; una potestad que luce ahora en el artículo 203 LCSP, si bien con una progresiva tendencia a la reducción patente en los últimos años.

69. Las leyes reguladoras de **sectores liberalizados** suelen incluir, asimismo, previsiones relativas a la necesidad de adaptación de la actividad de prestación y garantía a las cambiantes y sobrevenidas necesidades del interés general. Por ejemplo, la LSPU establece como uno de los principios que rigen las relaciones entre los usuarios y el operador designado para la prestación del servicio postal universal el de “adaptación a las necesidades de los usuarios”, añadiendo que se podrán imponer al operador designado “otras obligaciones de servicio público, cuando así lo exijan razones de interés general” (art. 22.5). Por su parte, la LSF en su artículo 59.4 determina la posibilidad de modificar las condiciones de prestación de los servicios sujetos a obligaciones de servicio público “para adaptarlos a cambios sobrevenidos”. El artículo 35.4 de la LGTel señala, por último, que “el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la instalación y explotación de redes públicas se efectuará con respeto a los principios de [entre otros] adaptabilidad”. Eso sí, tanto en el caso de los servicios liberalizados, como cuando son prestados mediante contratistas, si la modificación practicada conllevara una carga financiera adicional, esta deberá ser, en principio, compensada.

70. Este principio de mutabilidad hunde sus raíces en la **cláusula de progreso** que surgió a partir de la llamada *querelle du gaz et de l'électricité* de finales del siglo XIX (MEILAN GIL, 2006: 53). En aquella época, la iluminación pública solía estar concedida en exclusiva a empresarios privados, que la prestaban mediante gas. La aparición de la iluminación eléctrica derivó en importantes conflictos entre los ayuntamientos, que aspiraban a que se utilizara esta en detrimento de aquella, y los concesionarios privados que, atrincherados en el clausulado de sus contratos, se negaban a introducir la iluminación por electricidad. Los poderes públicos trataron de corregir estas disfunciones mediante distintas técnicas destacando, entre ellas, la denominada “cláusula de progreso”: esta permitía anular el derecho de exclusiva si las empresas no introducían las innovaciones que, de acuerdo con los estándares técnicos científicos del momento, comportaban una reducción de precios y mejores prestaciones. Y es que, paradójicamente, el progreso técnico y científico fue, por un lado, el impulsor de los grandes servicios públicos de contenido económico, pero, al mismo tiempo, su estricto sometimiento a la legislación contractual privada dificultaba la innovación tecnológica en su prestación (QUINTANA, 2006: 422).

71. Decir que los servicios públicos deben prestarse respetando los **principios de no discriminación y de igualdad** entre los usuarios no es sino una concreción del principio general de igualdad establecido en el artículo 14 CE. Aplicado a la actividad de prestación y garantía supone, en particular, que las reglas y requisitos de acceso (la accesibilidad) y de funcionamiento (el disfrute) del servicio deben regularse y ordenarse en condiciones igualitarias y sin discriminación para todos los usuarios.

Ahora bien, ello no significa que no sean posibles, e incluso deseables, los tratamientos diferenciados, siempre que sean razonables, proporcionados, transparentes y no discriminatorios. Ello explica la existencia de precios reducidos en el transporte para jóvenes o mayores, la limitación de ciertas prestaciones asistenciales a personas en situación de vulnerabilidad o las distintas estrategias comerciales de los operadores que prestan servicios liberalizados (reducción de precios para quien realice un volumen muy elevado de envíos postales, por ejemplo).

72. Es importante destacar que el principio de **igualdad** se encuentra en el núcleo mismo del concepto de servicio universal, elemento clave de la regulación jurídica de los servicios liberalizados. Esta idea se visualiza muy bien analizando el ámbito postal, pues el **servicio postal universal** se define como el conjunto de prestaciones básicas que deben garantizarse con cobertura territorial completa y a precios asequibles. La “cobertura territorial completa” hace referencia al hecho de que el mercado, por sí solo, no es capaz de garantizar una serie de prestaciones postales básicas a todos los ciudadanos (no, al menos, a precios asequibles); y, precisamente para garantizar dicho acceso a todos los ciudadanos por igual, se imponen a un operador ciertas obligaciones y, entre ellas, la de garantizar que ciertos envíos postales llegan a todo el territorio nacional. La igualdad late, también, en la imposición de ciertas rutas aéreas (o ferroviarias) como obligaciones de servicio público, con el fin de asegurar que también quienes viven en territorios alejados o de difícil acceso tengan las mismas posibilidades de desplazarse, de acceder a otros servicios (por ejemplo, los sanitarios) o de ejercer la representación política.

73. A estos tres principios clásicos se han ido añadiendo, con el tiempo, otros principios que también son importantes para la actividad de prestación y garantía. Uno de ellos es el **principio de calidad de los servicios públicos**, mencionado cada vez con más frecuencia, a pesar de que es casi imposible dar una definición general de lo que debe entenderse bajo esa denominación. De hecho, es mucho más sencillo concretar la calidad de los servicios por referencia a un conjunto de factores que, lógicamente, variarán en función de la actividad o servicio concreto: la puntualidad en la llegada y en la salida (transporte), los tiempos de atención y espera (para operarse o conseguir cita con un especialista médico), la cobertura y velocidad (en el acceso y navegación a internet), etcétera.

74. Aunque no son de fácil aplicación e interpretación, lo cierto es que existen distintos instrumentos que permiten medir, siquiera de forma aproximada, la calidad con que se provee esta actividad de prestación y garantía. En este sentido, es posible mencionar, entre otros, las **cartas de servicios** aprobadas por las mismas Administraciones encargadas de la prestación de un servicio; las evaluaciones de calidad de los servicios por parte de sus usuarios (por ejemplo, las encuestas que realiza el alumnado en relación con su grado de satisfacción con una asignatura); o los estándares de calidad fijados en las cláusulas de los contratos (cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de penalidades contractuales e, incluso, a la resolución del contrato) o en la regulación de los servicios liberalizados (cuyo incumplimiento, a su vez, puede conllevar importantes sanciones impuestas a los operadores correspondientes por parte del ente regulador).

75. Aunque tradicionalmente se hablaba del **principio de gratuidad** de los servicios públicos, con el tiempo se ha ido evolucionando hacia la afirmación, más acorde con la realidad, de que los servicios incluidos dentro de la actividad de prestación y garantía deben ser **asequibles**, pero no necesariamente gratuitos. Pueden serlo, si así se decide, pero, en puridad, únicamente debe serlo la educación básica obligatoria, por expreso mandato constitucional (art. 27.4 CE). Junto a ella, ciertamente, también la sanidad pública es, sustancialmente, gratuita, así como algunas

prestaciones asistenciales básicas, en el sentido de que se financian con cargo a los presupuestos públicos. En todo caso, esta idea de la asequibilidad de las prestaciones debe ponerse en relación, necesariamente, con el principio de igualdad analizado más arriba (*supra* § 23.71).

76. Para la mayoría de los servicios (especialmente los de contenido económico), sin embargo, lo habitual será que **el usuario pague** el coste total o parcial del servicio a la Administración, al contratista de la Administración o al operador prestador del servicio liberalizado. Respecto de este último, la regla general es que los precios de los distintos servicios sean fijados libremente por el juego del mercado y de la competencia, si bien existen algunas excepciones destacables.

77. Por ejemplo, el art. 1.2 LSPU reconoce el derecho de los usuarios “a un servicio postal universal de calidad y a precios asequibles”, lo que permite que se establezcan tarifas máximas en relación, precisamente, con los servicios incluidos dentro del servicio postal universal. También se establecen tarifas máximas en el caso de billetes de avión para rutas cubiertas con obligaciones de servicio público (como puede ser, por ejemplo, la que cubre el trayecto Badajoz–Madrid, con una tarifa de referencia de 90 euros, según determina el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de febrero de 2018, por el que se aprueba la declaración de obligaciones de servicio público en las rutas aéreas Badajoz–Madrid y Badajoz–Barcelona).

78. Finalmente, ha adquirido una notable relevancia en los últimos tiempos el **principio de neutralidad** de los servicios públicos, entendido como la necesidad de que estos se presten sin fines partidistas o adoctrinadores. En realidad, este principio de neutralidad puede entenderse como una concreción del principio de objetividad de toda la actuación administrativa, contenido en el artículo 103 CE. Aunque este principio rige, sin género de dudas, en todos los servicios públicos prestados por la Administración (también cuando esta los presta indirectamente, a través de contratistas), lo cierto es que hay algunos servicios públicos en los que este principio requiere una protección especialmente reforzada. Es el caso de la educación y los medios de comunicación públicos, especialmente sensibles a la utilización partidista y en los que la neutralidad, además, es presupuesto para garantizar el pluralismo de la sociedad.

79. Un buen ejemplo de cómo debe jugar el principio de neutralidad en la prestación de servicios públicos lo encontramos en la STS de 21 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4334). En ella el TS rechazó que el claustro de la Universitat de Barcelona, en tanto que “Administración pública institucional”, pudiera aprobar un “Manifiesto en rechazo de las condenas de los presos políticos catalanes y de la judicialización de la justicia”, por cuanto este se pronunciaba sobre cuestiones que escapan al ámbito de competencias de la Universidad (que es, precisamente, “la prestación del servicio público de la enseñanza superior mediante la docencia, el estudio y la investigación”) y se pronunciaba, además, “tomando partido en cuestiones que dividen a la sociedad y son de relevancia política e ideológica ajenas a los fines de la Universidad”. Al hacerlo, a juicio del Tribunal Supremo la Universitat de Barcelona vulneró el principio de neutralidad que cabe esperar de toda Administración (cuyo anclaje constitucional es el art. 103 CE) y, con ello, también el derecho a la libertad ideológica de los demandantes y de todos los integrantes de la comunidad universitaria, así como el derecho a la educación de los estudiantes.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

- M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, “Límites jurídicos a la libertad de configuración de los servicios públicos locales por parte de los Municipios”, en Tomás FONT I LLOVET y Alfredo GALÁN GALÁN, *Mas allá de la autonomía local: de la despoblación al poder de las ciudades*, *Anuario del Gobierno Local* 2019, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona-Madrid, 2020, pp. 149-187.
- José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo* (10ª edición), Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2021.
- Ernst FORSTHOFF, “Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung”, en Ernst FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1959 [1938], pp. 22-34.
- Elisenda MALARET I GARCIA, “Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291 (2003), pp. 567-608.
- José Luis MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Aranzadi, 2006.
- Julia ORTEGA BERNARDO, “Servicios públicos e iniciativa económica local”, en Francisco VELASCO CABALLERO (Director), *Tratado de Derecho económico local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, pp. 73-104.
- Adolfo POSADA, “La ciudad moderna”, en Adolfo POSADA, *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, (1979 [1913]) pp. 317-409.
- Tomás QUINTANA LÓPEZ, “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 131 (2006), pp. 422-444.
- José Luis, VILLAR PALASÍ, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 3 (1950), pp. 53-129.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

- M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *et al.*, *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2022.
- León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, Imprenta F. Beltrán, Madrid, 1926 (traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén).
- Nuria MAGALDI MENDANA, *Los orígenes de la municipalización de servicios públicos en España*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

