Traducció al català de:
Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 585-607
Madrid, 2026
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L23
© Núria Magaldi
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.
Edició i traducció: Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC). Creative Commons CC BY SA

LLIÇÓ 23

ACTIVITAT DE PRESTACIÓ I GARANTIA

Núria Magaldi
Universitat de Còrdova (UCO)

SUMARI: 1. INTRODUCCIÓ I CONCEPTE.—2. DEL SERVEI PÚBLIC A L'ACTIVITAT DE PRESTACIÓ I GARANTIA: 2.1. L'aparició del concepte sociològic i jurídic de servei públic; 2.2. L'Estat social de dret com a Estat prestador de serveis públics; 2.3. El dret de la Unió Europea i els serveis d'interès general: *2.3.1. A quins serveis s'aplica l'article 106 TFUE?; 2.3.2. En els serveis econòmics d'interès general, continua sent possible garantir una prestació bàsica a tothom a un preu assequible?*—3. RÈGIM JURÍDIC DELS SERVEIS PÚBLICS: 3.1. La creació dels serveis públics; 3.2. Les formes de gestió de serveis públics.—4. ELS PRINCIPIS RECTORS DE L'ACTIVITAT DE PRESTACIÓ I GARANTIA.—5. BIBLIOGRAFIA: 5.1. Bibliografia citada; 5.2. Bibliografia complementària recomanada.

1. INTRODUCCIÓ I CONCEPTE

1. Al llarg d'un dia qualsevol de la vida, qualsevol de nosaltres fa ús dels molt diversos **serveis públics** la prestació dels quals els poders públics posen a la disposició dels ciutadans. Quan obrim l'aixeta al matí per beure aigua o per dutxar-nos; quan agafem el transport públic per desplaçar-nos al lloc de treball; quan entrem a l'aula d'una universitat pública per rebre (o impartir) classe, per exemple, de dret

administratiu; o quan anem a les dependències del servei autonòmic de salut que ens correspon (el Servicio Andaluz de Salud, a Andalusia) perquè ens trobem malament: són només uns pocs exemples d'una activitat administrativa extensíssima i, cosa que és més important, extraordinàriament heterogènia en el contingut, però també en la naturalesa i en el règim jurídic. De fet, és aquesta heterogeneïtat, fruit de la seva pròpia evolució històrica, la que explica que el títol d'aquesta lliçó no sigui el tradicional "activitat de servei públic", sinó "activitat de prestació i garantia", que, com veurem, és un concepte més ampli.

2. A diferència del que succeeix amb altres figures juridicoadministratives, el servei públic és un concepte que apareix en el dia a dia de la ciutadania molt sovint. En efecte, mentre que entre la població en general no es debat, per exemple, sobre la naturalesa jurídica de les concessions demanials, sí que es discuteix, de manera habitual, sobre el funcionament millor o pitjor dels serveis públics o sobre la garantia de l'existència d'aquests serveis. Així, no és infreqüent que en els telenotícies s'informi sobre la vaga de sanitaris a Cantàbria o Madrid, sobre l'increment de les llistes d'espera per ser intervingut a Catalunya, o sobre una sanció a Correos per incomplir el compromís de portar cartes i postals a tot el territori nacional en un termini raonable.

3. Aquesta proximitat de la ciutadania a la institució del servei públic s'explica, en bona part, perquè en aquesta última hi ha subjacent una **càrrega ideològica i política** important. Es diu, d'una banda, que són molt cars i, fins i tot, insostenibles; que comporten un excés de burocràcia; que augmenten el dèficit públic; que donen lloc a un Estat paternalista o que la prestació pública d'aquests serveis coarta les llibertats i el mercat. Ara bé, també s'afirma que són la base de l'Estat Social, que garanteixen la igualtat material entre tots els ciutadans, i que impliquen conquestes de drets a les quals no es pot renunciar ni s'hi ha de renunciar.

4. No obstant això, és pràcticament impossible donar una definició acceptada majoritàriament per la doctrina sobre el que s'ha d'entendre sota l'expressió "servei públic". No la trobem, per descomptat, en les normes; encara més: el legislador ha dificultat aquesta tasca, en utilitzar força vegades aquesta expressió per referir-se a la totalitat de l'activitat administrativa, sense distinció. Això s'evidencia de manera molt clara, per exemple, en l'article 106.2 CE, segons el qual l'Administració respon patrimonialment pel "funcionament dels serveis públics", o en la legislació de patrimoni de les administracions públiques, que refereix als béns demanials com els béns "afectes a un ús general o a un servei públic". En tots dos casos és clar que s'utilitza l'expressió "servei públic" per referir-se a l'**activitat administrativa en conjunt**.

5. Una definició merament aproximativa del que podem entendre per servei públic seria la que el defineix com un conjunt d'activitats que satisfan necessitats essencials per a la col·lectivitat, motiu pel qual els poders públics han de garantir que són prestats als ciutadans. La paraula clau d'aquesta definició és, sens dubte, **garantir**, i és que aquesta garantia de prestació es pot escometre de diverses formes. Per descomptat, els poders públics garanteixen la prestació d'un servei quan ells matei-

xos la duen a terme: per exemple, quan l'Hospital Universitario Reina Sofía de Còrdova presta el servei públic sanitari o quan la Universidad de Zaragoza imparteix un grau. Però també cal afirmar que els poders públics garanteixen aquesta prestació quan l'encarreguen a un tercer, amb el qual subscriuen un contracte en què s'estableixen determinades clàusules relatives a la qualitat del servei, a la manera en què s'ha de prestar, etc. Per exemple, quan la Junta de Castella i Lleó contracta Blas Fernández, SL, per cobrir la ruta Molinaferrera–Astorga o quan l'Ajuntament de la Vilella Baixa adjudica la gestió de la piscina municipal.

6. Ara bé, també podem parlar de garantia de la prestació quan sobre una determinada activitat, que s'ha deixat en mans del mercat i dels **operadors privats** que hi vulguin competir lliurement, els poders públics imposen a aquests operadors certes obligacions en relació amb algunes prestacions d'aquest mercat, perquè entenen que cobreixen necessitats col·lectives bàsiques. Per exemple, en l'àmbit del sector postal actuen, competint, diferents operadors —inclosa la societat mercantil pública Correos y Telégrafos, SA— que ofereixen serveis variats (cartes i postals, paqueteria, enviaments urgents, etc.), sotmesos a les **regles de la competència**. Tanmateix, als operadors que decideixen prestar l'enviament interurbà de cartes i postals el legislador els imposa que ho han de fer en uns terminis raonables, i a un (Correos), a més, li imposa l'obligació de fer-ho no a la part del territori que esculli, sinó arreu de tot el territori.

7. Les formes de garantia que s'esmenten en § 23.5 responen, en realitat, a la **concepció més clàssica** del servei públic, que desenvoluparem en epígrafs posteriors. En aquestes formes la garantia gira, precisament, entorn de la idea de prestació: és **l'Administració** la que duu a terme la prestació, encara que a vegades ho fa mitjançant tercers que elegeix i que controla en l'execució del contracte. L'últim dels supòsits (§ 23.6), en canvi, abandona completament la idea nuclear de prestació pública, per centrar-se en actuacions públiques encaminades a **regular, controlar i imposar obligacions** als operadors econòmics privats. La garantia, per tant, no es vincula ja a una prestació per part de l'Administració.

8. Com veurem en aquesta lliçó, al nostre país, en l'actualitat, conviuen aquestes tres formes de garantia d'un conjunt heterogeni de serveis i activitats que els poders públics consideren essencials per a la comunitat. Per aquest motiu, com dèiem més amunt, el títol de la lliçó no es pot limitar a "activitat de servei públic", perquè aquest enunciat deixaria fora, clarament, aquesta última forma de garantia sense prestació pública. Per contra, l'expressió "activitat de prestació i garantia" l'admet de manera natural i, per això, és més adequada.

2. DEL SERVEI PÚBLIC A L'ACTIVITAT DE PRESTACIÓ I GARANTIA

2.1. L'aparició del concepte sociològic i jurídic de servei públic

9. Amb la promulgació dels **primers textos constitucionals**, entre finals del segle XVIII i principis del XIX, arriba la juridificació de l'actuació del poder públic i, amb això, també el naixement de l'Administració pública moderna, sotmesa al dret. Aquestes primeres constitucions recollien expressament la competència del poder públic en qüestions relacionades amb la salut, l'educació o la beneficència. Per exemple, l'article 321 de la Constitución de Cádiz de 1812 assenyalava que era a càrrec dels ajuntaments "tenir cura de totes les escoles de primeres lletres", així com dels "hospitals, hospicis, cases d'expòsits i altres establiments de beneficència".

10. Aquest tipus d'activitats que, per primera vegada, va assumir el poder públic com a responsabilitat pròpia no eren noves; el que succeïa és que, fins aleshores, les duia a terme **l'Església**, que era la que s'encarregava de l'educació (dels nobles, essencialment), de la sanitat i de la beneficència (maternitats, cases per a leprosos). L'aparició de la responsabilitat pública sobre aquestes activitats va desplaçar, certament, l'Església (ja separada del poder públic), però no la va expulsar: de fet, les va seguir exercint, només que ara juntament amb l'Administració pública. Aquesta idea és important per adonar-nos que, des dels mateixos orígens, aquest tipus de serveis públics (que denominarem **serveis socials o de cohesió social**) no es presten en règim de monopoli públic, sinó en coexistència amb l'activitat privada.

11. Al mateix temps que es construïa l'**Estat liberal de dret**, ja al segle XIX, la Revolució Industrial donava pas a grans avenços científics i tècnics. En efecte, la invenció de la màquina de vapor de Watt i, sobretot, l'aplicació a la indústria van donar lloc a una afluència immediata de capitals que es van invertir a instal·lar centres fabrils, la immensa majoria dels quals eren a les ciutats. Aquests centres fabrils, alhora, van atreure ràpidament la població rural, ja que oferien llocs de treball millors i permanents, a diferència del que passava al camp, caracteritzat per la temporalitat. D'altra banda, l'aplicació dels descobriments tècnics i científics a la producció agrícola va permetre reduir el nombre de treballadors rurals necessaris, que, en conseqüència, també es van veure forçats a emigrar a la ciutat. A més, les vies de comunicació van millorar gràcies als avenços tècnics, que permetien comunicacions ràpides i econòmiques entre els diferents nuclis poblacionals.

12. Aquest transvasament de mà d'obra del camp a la ciutat va generar un creixement urbà important, que, al mateix temps, va portar a la deterioració de les condicions de vida a les ciutats, clarament pitjors que les de la vida en el camp. Enfront d'aquesta situació van reaccionar, en primer lloc, els gestors locals, que van assumir com a propis els nous serveis de la denominada **"ciutat moderna"**, terme que va encunyar al nostre país Adolfo Posada (1913), en referència a activitats que, malgrat que originàriament eren privades, havien esdevingut de primera necessitat: proveï-

ment d'aigua potable, enllumenat (primer, públic i, després, privat; primer, amb gas i, més endavant, mitjançant electricitat) o transport urbà de passatgers (en què es va substituir la tracció animal per l'elèctrica), entre d'altres. I és lògic que fos així, ja que les administracions locals, com les més pròximes al ciutadà, han estat sempre laboratoris de canvis socials i jurídics.

13. Aquesta assumpció de la responsabilitat pública sobre els nous serveis de la "ciutat moderna" i la prestació directa pel poder públic van ser comunes en la majoria dels països del nostre entorn, si bé amb diferents denominacions: socialisme municipal (terme molt utilitzat pels teòrics francesos), industrialisme o comercialisme municipal (a Anglaterra) o *municipalizzazione dei pubblici servizi* (a Itàlia, d'on es va prendre l'expressió castellana de **municipalització de serveis públics**).

14. És important assenyalar que no es tractava d'una actuació orientada únicament a l'assistència social o a la beneficència. Per contra, aquesta assumpció de noves funcions per part dels poders públics (locals) no tenia a veure —no almenys primordialment— amb la posició econòmica de l'individu, sinó amb la seva nova forma de vida en l'aglomeració urbana. No es tractava només que passés a ser, massivament, un ésser urbà (enfront de la ruralitat pròpia del període preindustrial), sinó que, a conseqüència d'això, es va empetitir l'espai que l'individu sentia com a propi i, al contrari, es va engrandir l'espai on l'individu exercia efectivament l'existència, el seu espai vital. Abans de la Revolució Industrial aquest espai vital de l'individu era relativament petit (la granja, la finca); entre altres motius, perquè no hi havia possibilitats de traslladar-se ràpidament d'uns llocs a uns altres. Tanmateix, l'individu sentia que el dominava, perquè n'obtenia els **proveïments bàsics que necessitava per viure** (per exemple, el pagès treia l'aigua del seu pou) i, del poder públic, no en necessitava més que respectés la seva esfera de llibertat. No obstant això, amb els canvis derivats de l'industrialisme tots els individus dels nuclis urbans, rics o pobres, necessiten la instal·lació pública per proveir-se d'aigua potable, perquè no se'n poden proveir per si mateixos. En conseqüència, augmenta la dependència de l'individu, que ja no es pot proveir a si mateix dels béns i abastiments que necessita, sinó que a aquest efecte ha de confiar en instal·lacions públiques de l'Administració (FORSTHOFF, 1938: 24-25).

15. Per descomptat, no es tractava d'un procés senzill. D'una banda, un dels pilars ideològics de l'Estat liberal de dret, el liberalisme econòmic, postulava la no intervenció pública en l'activitat econòmica. D'altra banda, els nous serveis de la ciutat moderna requerien sovint la **construcció prèvia d'infraestructures** com a base física de l'activitat prestacional que, després, s'hi duria a terme a sobre (pensem, per exemple, en tramvies o ferrocarrils, la producció i distribució d'electricitat o el servei telefònic). I aquestes infraestructures eren, en general, molt costoses, de manera que no sempre i, per descomptat, no totes les administracions locals podien atendre-les. En alguns països, com a Espanya, la feblesa economicofinancera dels ens locals va propiciar que, gairebé sempre i des d'un primer moment, la construcció i gestió d'aquestes infraestructures es concedís a empreses privades.

16. A més, com que es tractava d'activitats sorgides a conseqüència de les noves condicions de vida a les ciutats, en un primer moment **ni tan sols era clara la competència** que permetia l'actuació de l'Administració en aquest àmbit (i cal recordar que en aquell temps l'Administració ja estava sotmesa al dret i al principi de legalitat). Per això, no era infreqüent, com explica ESTEVE PARDO (2021: 430-431), que a vegades l'Administració justifiqués la seva actuació sobre la base de principis clàssics del dret civil, com el dret de propietat (de l'Administració), el principi d'accessió o el vincle indivisible entre el sòl i les activitats que s'hi podien fer, o bé sobre la idea —aquesta sí que estava plenament assentada en l'òrbita germànica— de l'ordre públic.

17. Sigui com sigui, la veritat és que, a conseqüència d'una forta pressió social, els poders públics locals van acabar assumint com a propis els nous serveis vinculats a la ciutat moderna, que havien arribat a convertir-se en autèntiques necessitats bàsiques. Així, es va ampliar l'esfera d'actuació dels poders públics; primer, com s'ha dit, dels locals. El més característic d'aquests nous serveis era el clar component econòmic, ja que consistien a produir béns i serveis a canvi d'una contraprestació econòmica, per la qual cosa se solen denominar **serveis econòmics**. També hi ha el fet que es basen en economies d'escala i tenen com a base física un conjunt d'infraestructures articulades en xarxa, de manera que tendeixen naturalment al monopoli. Per això, també ha estat i és molt habitual referir-s'hi com a **serveis en xarxa**. Això permet explicar que, gairebé des del primer moment, es tendís al fet que aquests serveis els prestessin poques o una sola empresa, ateses les evidents limitacions físiques. Aquesta idea és important, perquè s'hi basaran els monopolis estatals que, més tard, s'establiran sobre molts d'aquests serveis.

18. La plasmació teoricojurídica del fenomen sociològic que acabem de descriure va ser obra de la coneguda com a **Escola francesa del Servei Públic**, molt particularment del professor Léon Duguit, que, amb una aguda capacitat d'observació de la realitat, va tractar de construir una nova teoria de l'Estat. S'assentava sobre dos fonaments. Des de la perspectiva del dret constitucional, Duguit va entendre superada la idea que el poder públic es legitima únicament per l'exercici de l'autoritat del governant. Per contra, la legitimitat d'aquest últim, derivada de la confiança que li atorga el Parlament, es dona per descomptada, però ja no és suficient: s'exigeix, a més, que el governant proporcioni serveis públics als ciutadans. En conseqüència, i des de la perspectiva del dret administratiu, passa a ser qualificat de dret dels serveis públics, ja que prestar-los s'erigeix en l'element central i primordial de l'Estat, en el fonament últim. Per a Duguit, per tant, tota activitat administrativa és activitat de servei públic (fins i tot, la justícia o l'exèrcit), que duu a terme l'Administració i és conforme al dret administratiu.

19. La construcció teòrica de Duguit ràpidament es va posar en dubte, principalment perquè gairebé de seguida van començar a prestar serveis públics per ens públics amb forma juridicoprivada i/o sotmesos al dret privat. Ara bé, malgrat això, el seu treball *Les transformacions del dret públic*, publicat el 1913, continua sent clau per entendre els canvis socials que van possibilitar la categoria jurídica del servei públic i hi van donar lloc.

2.2. L'Estat social de dret com a Estat prestador de serveis públics

20. A partir de l'any 1945, a Europa tenen lloc dos fenòmens que cal remarcar. D'una banda, el reconeixement dels **drets socials** (dret a la salut, a l'educació, a l'assistència social) és portat al nivell normatiu més alt (ja apareixien, de fet, en la Constitució alemanya de Weimar de 1919) i passen a ser un dels objectius determinants de l'Estat (d'això, també, que es parli d'Estat social) a l'efecte d'aconseguir la igualtat material (i no sols formal) entre tots els individus. Per un altre costat, aquests drets socials exigien una actuació positiva dels poders públics, fonamental-

ment en forma de prestació de serveis, amb un abast i una extensió molt superiors als que hi havia fins aleshores.

21. D'altra banda, el món occidental va donar per superat el debat sobre "el si" (si els poders públics poden intervenir i/o han d'intervenir en l'activitat econòmica per prestar als ciutadans determinats serveis), per centrar-se en la qüestió relativa al "com" (com han de prestar els poders públics aquests serveis públics). Dit d'una altra manera: es va acceptar plenament la **intervenció pública en l'economia**, no sols en l'àmbit local, sinó també a escala nacional. En conseqüència, les administracions públiques van experimentar un fort creixement, directament proporcional a aquesta acceptació plena de la intervenció pública en l'economia i a l'ampli desenvolupament dels drets socials. Així, les dècades centrals del segle XX van ser, particularment per a l'Europa continental, una època de creació i desenvolupament de potentíssims sectors públics.

22. En molts casos, a més, aquests potents sectors públics van projectar la seva activitat més enllà de la prestació de serveis públics, en participar en la vida econòmica **com un empresari més** en activitats que no podrien ser considerades serveis públics, sinó simples activitats comercials o empresarials. L'exemple prototípic és la producció d'automòbils que, durant un temps, va escometre el poder públic a França (Renault) o Espanya (Seat). Va aparèixer, aleshores, un nou tipus d'activitat administrativa que va ser batejada com a "activitat industrial de l'Estat" per VILLAR PALASÍ (1950). És una activitat que s'ha mantingut fins a l'actualitat, encara que més reduïda, com testifiquen, per exemple, Paradores de Turismo de España, SA, o el seu equivalent extremeny, la Red de Hospederías de la Junta d'Extremadura.

23. La resposta que es va donar durant la part central del segle XX a la qüestió del "com", ja al·ludida, va ser, en realitat, el desenvolupament de les **formes de gestió de serveis públics**. Com s'exploten i es gestionen els serveis públics? La resposta que, amb caràcter general, es va donar a aquesta pregunta va ser diferent depenent del tipus de servei públic. Pel que fa als serveis socials, es continuen prestant en règim de **concurrència amb els privats**, com succeïa des dels mateixos orígens. Per contra, per al cas dels denominats "serveis econòmics", es va estendre la idea que requerien un acte formal de *publicatio* en virtut del qual passaven a ser de titularitat pública i els prestaven directament els poders públics (encara que parcialment sotmesos al dret privat) i amb **exclusió dels privats**, és a dir, en monopoli. Aquesta última idea va calar tant al nostre país que es va arribar a identificar erròniament servei públic amb monopoli.

24. En aquest sentit, s'ha de rebutjar l'equiparació entre **servei públic i monopoli**, ja que no va anar mai així necessàriament, i això des de les primeres regulacions en la matèria, tan llunyanes com l'Estatut municipal de Calvo Sotelo de 1924. Com a exemple, es pot assenyalar el fet que la Llei de 22 de desembre de 1953 de reorganització del servei postal i el desplegament reglamentari preveien la prestació en concurrència del servei postal intraurbà (i declaraven el monopoli, això sí, per al servei postal interurbà i internacional).

25. Això no obstant, a partir d'un cert moment, les bondats d'aquest Estat social de dret en el vessant d'Estat prestador (de serveis públics de tota mena) es van començar a posar en dubte. Se sol assenyalar l'arribada al poder de dos polítics conservadors com Ronald Reagan i Margaret Thatcher, el 1979 i 1980, com el punt

d'inflexió a partir del qual es comença a parlar obertament de **crisi de l'Estat social i de l'Estat prestador**.

26. Els elements que permeten explicar les **causes d'aquesta crisi** són múltiples, alguns de tipus tècnic i d'altres més aviat ideològics. Entre els primers és possible esmentar les dificultats per finançar uns estats de benestar sempre creixents; la hipertròfia de l'Administració i un excés de burocratització; o els canvis en les estructures familiars i socials (envelliment de la població, augment de l'esperança de vida, disminució de la natalitat, incorporació massiva de la dona al mercat laboral). Quant als segons, hem d'esmentar el final de la competència ideològica del comunisme; l'auge de les teories econòmiques neoliberals, la ruptura del pacte keynesià i el desenvolupament de la teoria de les fallades de l'Estat (per contraposició a les fallades del mercat); la crisi d'incentius de l'Estat de benestar, l'escassa capacitat redistribuïdora o les crítiques per l'excessiu paternalisme.

27. En aquest context de crisi, es comença a exigir la racionalització, reordenació i reducció d'aquests enormes sectors públics. Es destaquen els avantatges del mercat i de la gestió privada, mentre que s'exigeix **privatitzar serveis** per aconseguir més eficiència econòmica i evitar el malbaratament públic. No obstant això, és necessari ser molt acurat amb l'ús del terme "privatització", que no sempre al·ludeix a un mateix fenomen. En efecte, a vegades la privatització és, simplement, el pas d'una gestió directa a una gestió indirecta (per exemple, un servei de transport urbà que un ajuntament prestava mitjançant una societat municipal pública passa a ser prestat mitjançant un contracte amb una empresa privada), o el canvi en la forma jurídica de l'ens prestador del servei (per exemple, passa de ser prestat per una entitat pública empresarial a ser-ho per una societat mercantil pública, com va ser el cas de Correos l'any 2000). En altres ocasions, en canvi, parlem de privatització per referir-nos, en realitat, als processos de **liberalització dels grans serveis públics** que, afavorits pel dret de la Unió Europea, han tingut lloc des de finals del segle XX. Són aquests processos, de fet, els que han posat punt final als grans monopolis públics per a la prestació de serveis econòmics i, en lloc seu, han creat mercats en què concorren operadors públics i privats en lliure competència. Tanmateix, aquesta afirmació requereix importantíssims matisos, com veurem en l'epígraf següent.

2.3. El dret de la Unió Europea i els serveis d'interès general

28. És ben sabut que el que avui és la Unió Europea va començar sobre la base d'un **mercat únic**, en el qual treballadors, mercaderies, serveis i capitals poguessin circular lliurement per tot el territori. Es buscava, així, un elevat nivell d'integració econòmica que, més endavant, portés també a la integració política. Aquest objectiu d'integració econòmica va acabar exigint actuar sobre els grans serveis públics que es prestaven als països europeus, molt particularment sobre aquells amb un contingut econòmic, perquè constituïen una part no negligible d'aquest mercat únic i, per això, el seu règim jurídic (monopolis, ajuts públics) podia afectar-ne el funcionament. I és que, certament, la consecució d'un veritable mercat únic sembla molt complicada si una part no menor dels serveis que s'hi presten queda fora de les regles pròpies d'aquest mercat i, entre aquestes, la lliure competència o la igualtat de tracte.

29. Des d'aquesta perspectiva substancialment economicista, a partir de finals dels anys vuitanta del segle passat, en el dret de la Unió va començar un debat que, malgrat que no pretenia discutir el concepte clàssic de servei públic com a tal, sí que el va acabar afectant de manera substancial. El precepte clau en aquest debat és l'actual art. 106 del Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE), la redacció del qual —s'ha de dir encara que sigui de pas— no ha variat des dels tractats originaris. Segons aquest precepte: "Els estats membres no han d'adoptar ni mantenir, respecte de les empreses públiques i les empreses a les quals concedeixin drets especials o exclusius, cap mesura contrària a les normes del present tractat" (apartat 1). Seguidament, hi afegeix: "Les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general o que tinguin el caràcter de monopoli fiscal queden sotmeses a les normes del present tractat, en especial a les normes sobre competència, en la mesura en què l'aplicació d'aquestes normes no impedeixi, de fet o de dret, el compliment de la missió específica confiada a aquestes" (apartat 2).

30. Una primera aproximació a aquest precepte permet afirmar dues coses. La primera: amb bastant certesa, aplicar-lo de manera efectiva implicava el **final dels grans monopolis públics estatals** característics de la part central del segle XX. La segona: el precepte admet amb naturalitat l'existència d'**empreses públiques**; això sí, actuant en competència amb altres operadors i sense rebre ajudes o altres beneficis públics. El dret de la Unió, per tant, no posava fi formalment a la tradicional prestació pública de certs serveis, però qüestionava, en la pràctica, la viabilitat d'aquesta prestació: cap sector públic com els existents a Europa fins als anys noranta no es podia sostenir segons les regles del mercat. Dit això, una correcta comprensió de l'article 106 TFUE requereix respondre a dues preguntes crucials.

2.3.1. A quins serveis s'aplica l'article 106 TFUE?

31. Per respondre a aquesta pregunta hem de partir del concepte de **serveis d'interès general**. En aquest sentit, cal recordar que el dret de la Unió Europea sempre ha estat procliu a crear conceptes autònoms, independents dels propis dels estats membres, i l'àmbit que tractem ara no n'ha estat cap excepció. Així, el concepte de "serveis d'interès general" es defineix com el conjunt d'activitats i serveis, comercials o no, que els poders públics consideren que satisfan necessitats públiques de la col·lectivitat (per això són d'interès general), per la qual cosa les sotmeten a obligacions específiques de servei públic.

32. Des del primer moment, la Unió va posar en relleu la importància que concedia a aquests serveis d'interès general com a base del model europeu de societat i part dels valors comuns i de la **identitat cultural europea**. Així s'afirmava en la Comunicació de la Comissió "Els serveis d'interès general a Europa" (96/C 281/03), i s'ha reiterat en múltiples documents posteriors, així com en textos normatius del rang més alt (art. 14 TFUE i art. 36 CDFUE).

33. Aquesta categoria, amplíssima, de serveis d'interès general, alhora, es pot dividir en serveis econòmics (d'interès general, abreujats sovint com a SIEG) i no econòmics (d'interès general). Els **serveis d'interès econòmic general** suposen

posar en el mercat béns i serveis que satisfan necessitats essencials a canvi d'una contraprestació; els **serveis d'interès no econòmic general**, en canvi, no tenen finalitat lucrativa i es basen en la solidaritat i la cohesió social.

34. Si es llegeix amb atenció l'article 106 TFUE, es pot observar com imposa a les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general el sotmetiment a les **regles de la competència**. Són aquestes empreses les que no poden rebre ajudes, transferències públiques ni privilegis, i les que, en definitiva, han de rebre el mateix tracte. El precepte no diu res en relació amb els serveis d'interès no econòmic general, que, en conseqüència, queden exclosos del seu àmbit d'aplicació. Això té una conseqüència importantíssima, i és que poden no sotmetre's a les regles de la competència (incloent-hi la prestació en monopoli o l'atribució a l'Administració de drets exclusius o exorbitants) o finançar-se en tot o en part amb fons públics. Això sí: els poders públics han de respectar les regles de la contractació pública si, per exemple, decideixen que la seva prestació es faci a través de tercers als quals contractin. D'altra banda, és habitual que la prestació pública d'aquests serveis convisqui, com sempre ha fet, amb la prestació per la iniciativa privada.

35. El 17 de febrer de 1993, el TJUE va dictar la rellevant sentència *Poucet i Pistre*, C–321/94 (ECLI:EU:C:1993:63). Dos ciutadans francesos s'havien negat a pagar les cotitzacions a la seguretat social que els reclamaven les entitats gestores de certes prestacions per malaltia. Basaven la negativa en un principi de llibertat d'afiliació a l'entitat d'assegurances que consideressin convenient, i objectaven que el règim d'afiliació obligatòria a determinades entitats gestores els atorgava una posició dominant, fet que vulnerava les normes de la lliure competència establertes en els tractats. La qüestió, en última instància, era la consideració econòmica o no econòmica d'un dels serveis públics socials per excel·lència en el model continental: els **sistemes de seguretat social**. És expressiva d'aquesta idea la mateixa qüestió prejudicial plantejada per l'òrgan jurisdiccional francès: "S'ha de considerar un organisme encarregat de la gestió d'un règim especial de seguretat social una empresa en el sentit dels articles 85 i 86 del Tractat? (art. 105 i 106 TFUE actuals). Si la resposta del TJUE hagués estat afirmativa, hauria implicat el sotmetiment dels règims de seguretat social dels estats membres a la competència i al mercat, la qual cosa, sens dubte, n'hauria suposat el final tal com s'havien concebut fins aquest moment. Això no obstant, la resposta del TJUE va ser negativa —per a gran alleujament de bona part dels estats membres—, en respondre amb contundència que aquests règims "es basen en un sistema d'afiliació obligatòria que resulta indispensable tant per a l'aplicació del principi de solidaritat com per a l'equilibri financer d'aquests règims", així com que les entitats gestores de la seguretat social, com que exerceixen "una funció de caràcter exclusivament social", no constitueixen empreses en el sentit del dret de la Unió. I això, perquè, en definitiva, es basen "en el principi de solidaritat nacional i manquen de tot fi lucratiu".

36. Els serveis d'interès no econòmic general, en definitiva, estan constituïts pels **serveis de solidaritat**, els que tenen una funció exclusivament social, i entre aquests s'inclouen, a més dels règims de seguretat social obligatoris, l'educació, la sanitat o els serveis socials de tipus assistencial.

2.3.2. En els serveis econòmics d'interès general, continua sent possible garantir una prestació bàsica a tothom a un preu assequible?

37. La pregunta anterior ens ha permès circumscriure els termes del debat, cenyint-lo als serveis d'interès econòmic general. Aquests són als quals el dret de la Unió imposa el sotmetiment a les normes de la competència, fet que dona lloc als processos de liberalització dels quals parlàvem abans. Coincideixen, en molt gran manera, amb els serveis en xarxa o de contingut econòmic, ja esmentats, com el servei postal, les telecomunicacions, l'energia o els transports.

38. El problema principal és que els processos de liberalització no necessàriament garanteixen ni la lliure competència, ni la prestació amb uns estàndards mínims de qualitat o quantitat, ni tampoc una prestació bàsica a tota la ciutadania. D'això, la necessitat que els poders públics intervinguin en aquests sectors liberalitzats, regulant i controlant. Així, d'una banda, s'exigeix que els operadors que participin en el sector regulat de què es tracti prestin el servei conforme a uns determinats estàndards. Per a això, els poders públics els imposen **obligacions de servei públic**. Per exemple, tots els operadors postals que, lliurement, decideixin prestar el servei interurbà d'enviament de cartes i targetes postals es poden veure sotmesos a limitacions tarifàries (art. 34.4 i 43.2 *a* de la Llei 43/2010, de 30 de desembre, del servei postal universal, dels drets dels usuaris i del mercat postal [LSPU]).

39. En canvi, per solucionar el problema relatiu a la mínima prestació per a tota la ciutadania s'ha optat per una tècnica diferent: el **servei universal**, que es pot definir com el conjunt de prestacions bàsiques que s'han de garantir a tots els ciutadans, a preus assequibles i amb cobertura territorial completa. Que les cartes i postals arribin a tots els racons del nostre país i ho facin a preus raonables i en temps prudencials. Que els serveis bàsics de telecomunicacions cobreixin, a preus assequibles, totes les zones geogràfiques, amb independència de si estan més o menys habitades. Es tracta d'una cosa, sens dubte, molt complexa, perquè sembla evident que cap operador econòmic no té interès a portar cartes i postals als petits municipis gallecs, i que cap operador de telefonia no té gens d'interès comercial a cobrir els Monegres. Per això, si el mercat no garanteix per si sol aquesta prestació bàsica a tota la ciutadania, el poder públic la imposa a un o diversos operadors. En realitat, és habitual que s'imposi a l'antic monopolista, que sol ser el propietari de les xarxes i ja té experiència en tot el territori que s'ha de cobrir.

40. Ara bé, aquesta imposició a un operador econòmic el col·loca, probablement, en una posició pitjor de la que tenen els operadors que poden escollir quins serveis prestaran i en quin territori. És possible que la prestació obligatòria del servei universal sigui deficitària (si fos rendible, segurament altres operadors voldrien prestar-la) i no sembla just que es col·loqui un dels operadors en una situació pitjor que la dels altres. Per tant, aquesta càrrega que pot suposar per a l'operador designat la prestació del servei universal ha de ser **compensada**. Aquí hi ha diverses possibilitats que, en principi, queden a la llibertat dels estats membres: reservar certs serveis en exclusiva als operadors que es fan càrrec del servei universal (així ocorria en

l'àmbit postal fins a 2010); crear una espècie de "guardiola" en què participen tots els operadors (per exemple, el Fons nacional del servei universal que preveu en l'art. 42 de la Llei 11/2022, de 28 de juny, general de telecomunicacions [LGTel]) o pagar una indemnització (per a les rutes aèries sobre les quals s'imposi l'obligació de prestar-les i en les quals el servei l'hagi de prestar una sola companyia, amb una licitació prèvia i a canvi d'una indemnització per execució d'obligacions de servei públic, segons el que estableix l'art. 17.3 *e* del Reglament 1008/2008 del Parlament Europeu i del Consell, de 24 de setembre de 2008, sobre normes comunes per a l'explotació de serveis aeris en la Comunitat).

41. Totes aquestes mesures de compensació que es poden adoptar en favor de l'operador o els operadors designats per prestar el servei universal impliquen, com es pot intuir, una certa derogació de la competència. Una derogació que, no obstant això, el dret de la Unió admet expressament en una interpretació correcta de l'article 106.2 TFUE, quan afirma que les empreses que gestionen serveis d'interès econòmic general s'han de sotmetre a les regles de la lliure competència sempre que ("en la mesura que") l'aplicació d'aquestes normes no "impedeixi, de fet o de dret, el compliment de la missió específica confiada a aquestes". Aquesta missió específica, que es pot identificar amb el concepte de servei universal, és el que justifica, precisament, la **derogació excepcional de la competència**.

42. Òbviament, aquestes derogacions de la competència permeses i, sobretot, la compensació de la càrrega injusta s'han de sotmetre a rigorosos requisits i a un **control estricte**, per evitar que els estats membres puguin tenir la temptació d'afavorir determinades empreses en detriment d'altres. Per això, el TJUE ha anat elaborant una importantíssima jurisprudència, a partir de la qual podem afirmar que l'aplicació de l'article 106.2 TFUE exigeix que les obligacions de servei universal s'hagin definit i imposat amb caràcter previ, a través d'un acte del poder públic, que la compensació es calculi conforme a paràmetres transparents i objectius i que no excedeixi les despeses originades per les obligacions imposades i un benefici raonable i proporcionat, entre altres elements. A més, i atès que és freqüent que l'operador designat, a més de prestar el servei universal, actuï en el mercat en competència amb altres operadors, és molt important que, a l'hora de calcular la càrrega injusta, només tingui en compte les despeses originades per aquestes obligacions, i no possibles pèrdues de l'operador com a resultat de la seva activitat en el mercat (cosa que seria equivalent a una subvenció creuada i, per tant, a un falsejament de la competència). Precisament per evitar aquesta situació, s'exigeix que aquests operadors portin comptabilitats separades.

43. Un element essencial en l'arquitectura institucional dels processos de liberalització estudiats són les conegudes com a **autoritats independents**, les funcions de les quals es corresponen amb els objectius esmentats *supra* § 23.40: vetllar pel bon funcionament del sector i la lliure competència entre operadors, controlar que aquests compleixen les obligacions de servei públic que se'ls han pogut imposar, i garantir que l'operador o els operadors designats presten el servei universal. De les peculiars característiques d'aquests ens, la seva composició i les funcions, ens n'ocuparem en la lliçó 25. Aquí n'hi ha prou d'indicar que l'administració independent encarregada de regular i controlar el funcionament dels principals sectors liberalitzats és, al nostre país, la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència (CNMC).

3. RÈGIM JURÍDIC DELS SERVEIS PÚBLICS

3.1. La creació dels serveis públics

44. La primera qüestió rellevant en relació amb el règim jurídic dels serveis públics és, naturalment, la relativa a l'establiment d'aquests serveis. Els serveis públics els creen els poders públics, en funció del que, en cada moment i lloc, es considera que és una **necessitat bàsica per a la col·lectivitat** que ha de ser satisfeta i/o garantida. Com que les necessitats bàsiques varien amb el temps i el desenvolupament de les societats, és lògic que també variï el que es considera servei públic o no.

45. Pel que fa a les activitats i els serveis que constitueixin serveis d'interès econòmic general, els determina, en principi, la **normativa nacional**. El dret de la Unió parteix d'un principi general de llibertat, pel qual correspon als estats membres definir quins serveis consideren d'interès econòmic general. Per exemple, cada estat membre decideix quines rutes aèries concretes tenen la consideració de rutes sotmeses a obligació de servei públic i, per tant, s'han de prestar sota determinades condicions de freqüència i preus. És possible, per tant, que un estat entengui que cap de les seves rutes ha de rebre aquesta consideració. Ara bé, aquesta llibertat que es deixa als estats membres no obsta perquè, a més, també el dret de la Unió pugui qualificar així certes activitats o serveis; ho ha fet, per exemple, amb certs serveis postals.

46. Juntament amb els serveis d'interès econòmic general, amb la regulació que ja coneixem, en el nostre ordenament conviuen els **serveis públics en sentit clàssic**, és a dir, els que assumeix l'Administració (que en té la titularitat, com s'ha dit tradicionalment), sense perjudici que, després, aquesta decideixi prestar-los directament o ho faci, per contra, a través d'un de privat. Alguns d'aquests serveis, molt pocs, estan establerts expressament en la Constitució, com és el cas de l'educació bàsica obligatòria (art. 27); potser també, encara que amb menys rotunditat, es pot afirmar el mateix respecte del règim públic de seguretat social per a tots els ciutadans (art. 41) o la sanitat (art. 43). Per reforçar, precisament, l'obligatorietat de certs serveis públics alguns estatuts d'autonomia de segona generació han introduït referències expresses més clares a un "sistema educatiu públic" (art. 21.1 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia), a un "sistema sanitari públic de caràcter universal" (art. 25.1 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears) o a un "sistema públic de serveis socials de responsabilitat pública" (art. 29.1 de l'Estatut d'autonomia de les Canàries).

47. No obstant això, és habitual que siguin establerts pel legislador estatal o autonòmic, en l'àmbit de les seves competències, per a la qual cosa gaudeixen d'un ampli marge d'apreciació, que n'inclou també la configuració concreta. En són un exemple els serveis que preveu la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència.

48. Ara bé, sens dubte, és en l'**àmbit local** on trobem, avui dia, el gruix dels serveis públics entesos en la concepció clàssica; és a dir, titularitat pública i prestació directament per l'Administració o per tercers amb els quals l'Administració contracta. Es podria dir, d'alguna manera, que el model clàssic de prestació de serveis públics perviu en els serveis públics locals, aliens, fins a cert punt, als processos de liberalització europeus.

49. Així, en primer lloc, l'article 26 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL), estableix que determinats serveis públics locals tenen caràcter obligatori. És a dir, imposa als municipis el deure d'establir-los i prestar-los. Es tracta d'un deure que té com a correlat un dret dels veïns (art. 18.1 *g*) LBRL) que és exigible, per exemple, mitjançant la interposició d'un recurs per inactivitat (art. 29 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa [LJCA]). L'estructura del precepte fa dependre els **serveis municipals obligatoris** del nombre d'habitants de cada municipi, però val la pena destacar, en qualsevol cas, que la llista inclou un nombre important de serveis de tota mena: enllumenat públic, neteja viària, proveïment domiciliari d'aigua potable, biblioteca pública, instal·lacions esportives públiques o transport urbà de viatgers, entre d'altres.

50. Juntament amb els serveis obligatoris, els municipis poden prestar altres serveis públics (a vegades, denominats serveis **facultatius**), perquè estan habilitats per a aquests serveis en virtut de la clàusula general de l'article 86.1 LBRL ("Les entitats locals poden exercir la iniciativa pública per a l'exercici d'activitats econòmiques"), que, alhora, troba suport constitucional en l'article 128.2 CE. Ara bé, aquesta habilitació genèrica no s'ha d'interpretar, lògicament, com una capacitat il·limitada, al marge de tot requisit o exigència.

51. Els serveis públics de caràcter econòmic creats sobre la base de l'article 86.1 LBRL presenten problemes de distinció amb les activitats econòmiques que poden dur a terme les entitats locals d'acord amb aquest mateix precepte. Malgrat que es tracta d'una qüestió discutida tant per la doctrina com pel dret positiu, és necessari distingir tots dos tipus d'activitat. D'una banda, algunes autores distingeixen amb contundència entre serveis públics (en què el dret de la competència experimentaria importants modulacions) i la iniciativa econòmica municipal, que estaria sotmesa plenament al dret general de la competència (ORTEGA, 2017). D'altra banda, algunes lleis autonòmiques de règim local han aprofundit en la distinció entre servei públic i iniciativa econòmica. És el cas de la Llei andalusa 5/2010, d'11 de juny, d'autonomia local, que diferencia amb claredat entre els "serveis locals d'interès general" (art. 26) i la "iniciativa econòmica local", en què l'entitat local corresponent actua en règim de "lliure concurrència" (art. 45.1). N'és similar la regulació dels articles 93 i 96 de la Llei basca 2/2016, de 7 d'abril, d'institucions locals.

52. A l'hora de crear un nou servei públic local, en el sentit ampli propi d'aquesta lliçó, no és possible prescindir de la condició i naturalesa pública de qui pretén actuar —l'Administració pública—, perquè la idea de l'interès general presideix tota la seva actuació en virtut de l'article 103 CE, sense que el reconeixement constitucional i legal de la capacitat municipal pugui suposar una plena equiparació amb els particulars; això suposaria desconèixer les vinculacions a les quals està sotmesa l'Administració, entre les quals hi ha el principi de legalitat o el control jurisdiccional (MALARET, 2003: 574, 588). Això exigeix, en definitiva, que l'establiment del servei públic vingui precedit de la tramitació prèvia d'un expedient en el qual **se'n justifiqui la conveniència i l'oportunitat**. És cert que la normativa sobre aquest tema no és clara, i que la doctrina està dividida en relació amb els tràmits concrets que cal seguir, i sovint diferencia entre la creació de serveis socials i econòmics (i entre serveis obligatoris i facultatius), però, en qualsevol cas, semblen ineludibles uns mínims tràmits proce-

dimentals que incloguin la motivació de la decisió, un tràmit d'informació pública, una proposta de reglamentació del servei i la forma de gestió del servei.

53. En primer lloc, el servei públic municipal que s'estableixi s'ha d'emmarcar en les competències que els municipis tenen atribuïdes en l'ordenament jurídic. S'ha de tractar, doncs, d'una activitat o servei d'**interès municipal**, una idea que es concreta amb la previsió legal que l'activitat que s'ha d'emprendre ha de ser d'utilitat pública i s'ha de dur a terme en benefici dels veïns i dins del mateix terme municipal (ho afirma, en relació amb l'exercici d'activitats econòmiques en concurrència, l'art. 96 del Reial decret legislatiu 781/1996, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local [TRRL]). Són punts que s'han d'acreditar en l'expedient corresponent esmentat *supra* § 23.52.

54. La STSJ Catalunya de 20 d'octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:10755) qüestionava l'acord de l'Ajuntament de Barcelona en virtut del qual s'encarregava a la societat municipal BSB (mitjà propi seu) prestar serveis sanitaris bucodentals. És a dir, s'establia un servei municipal de salut dental. El Col·legi Oficial d'Odontòlegs i Estomatòlegs de Catalunya (COEC) s'oposava a aquest acord, ja que entenia, d'una banda, que l'Ajuntament no tenia competència per prestar serveis odontològics i, de l'altra, que la prestació d'aquests serveis provocava una duplicitat (en relació amb els serveis sanitaris bucodentals competència de la Generalitat de Catalunya), prohibida expressament per la normativa de règim local. La STSJ Catalunya va donar la raó al COEC i va estimar que l'Ajuntament de Barcelona no té competències en matèria de serveis d'odontologia o, si es prefereix, que el límit a les competències atribuïdes a aquest ajuntament per la normativa reguladora es troba en el fet que les activitats o els serveis que vulgui desenvolupar no siguin atribuïts expressament a altres administracions (o, en aquest cas, que siguin activitats complementàries).

55. En segon lloc, que el model clàssic de servei públic perviu en el nostre ordenament jurídic local s'evidencia davant la possibilitat, encara vigent, que alguns d'aquests serveis (molt pocs) es presten en monopoli mitjançant la institució de la **reserva de serveis essencials**, que preveu l'article 128.2 CE ("Mitjançant llei es poden reservar al sector públic recursos o serveis essencials"). En desplegament d'aquest mandat constitucional, l'article 86.2 LBRL habilita els municipis a reservar-se, actualment, tres serveis públics de gran importància: el proveïment domiciliari i la depuració d'aigües; la recollida, el tractament i l'aprofitament de residus, i el transport públic de viatgers. Convé observar com la Constitució determina que establir monopolis (la reserva) s'ha de fer mitjançant una llei, ateses les limitacions considerables a la llibertat d'empresa o a la propietat privada que suposa (exclou els particulars del mercat). Així mateix, es preveuen també algunes garanties procedimentals addicionals en l'expedient que s'ha de tramitar a l'Ajuntament.

3.2. Les formes de gestió de serveis públics

56. Com hem assenyalat abans (*infra* § 23.23), la qüestió relativa a les formes de gestió respon a la pregunta sobre com s'han de prestar els serveis públics. És a dir, les formes de gestió incideixen en l'aspecte organitzatiu dels serveis públics: quin òrgan o ens presta el servei, sota quina forma jurídica i amb quin règim jurídic. En queden fora, això sí, els denominats "serveis d'interès econòmic general", respecte dels quals no cal parlar de formes de gestió, sinó, com ja vam veure, de prestació en

un mercat lliure en el qual operadors, públics i privats, actuen generalment en competència, si bé els poders públics poden imposar-los obligacions de servei públic i sotmetre'ls a una regulació (més o menys) intensa.

57. Les formes de gestió es classifiquen, i així ha estat tradicionalment, en dues grans categories. D'una banda, la **gestió directa**, que comprèn les formes de gestió en les quals el servei és prestat directament per l'Administració. D'altra banda, la **gestió indirecta**, en la qual l'Administració contracta un tercer perquè dugui a terme la prestació en què consisteix el servei. En aquest cas, el contractista està subjecte a importants potestats que té l'Administració (de supervisió i d'inspecció, de modificació, tarifària) en la condició de titular i responsable del servei.

58. A més, dins de la gestió directa hi ha diferents modalitats, segons l'autonomia organitzativa i funcional major o menor que implica cadascuna. Així, en primer lloc, és possible que l'Administració competent presti el servei de què es tracti per si mateixa, sense necessitat de crear un nou ens amb personalitat jurídica pròpia i diferent. En aquest cas, l'Administració presta el servei, bé utilitzant la seva pròpia estructura organitzativa ordinària (gestió indiferenciada) o bé mitjançant la creació d'un òrgan administratiu la funció del qual és, precisament, prestar el servei (gestió diferenciada **mitjançant un òrgan especial**). En aquest segon supòsit hi ha una diferenciació orgànica mínima, però en tots dos casos som davant formes de gestió simples, pensades per a serveis poc complexos i escassament tècnics, adreçats a un nombre no gaire alt d'usuaris. Per exemple, és relativament habitual que es prestin d'aquesta manera els serveis de biblioteca municipal.

59. Una altra possibilitat, encara dins de la gestió directa, és que l'Administració competent decideixi crear un **ens instrumental** per prestar el servei. Aquest ens instrumental pot ser un ens de dret privat (una societat mercantil pública) o un ens de dret públic (un organisme autònom o una entitat pública empresarial). Com es pot intuir, crear un ens amb personalitat jurídica pròpia representa un nivell elevat d'autonomia organitzativa i funcional, més adequada per a serveis complexos i tècnics o que impliquin un nombre molt alt d'usuaris. Per exemple, els serveis de salut se solen articular mitjançant organismes autònoms autonòmics; és el cas del Servei Andalús de Salut (SAS) o del Servei Basc de Salut (Osakidetza). En l'àmbit municipal, és habitual prestar serveis culturals mitjançant organismes autònoms locals (per exemple, l'Instituto Municipal de Artes Escénicas-Gran Teatro de Córdoba), mentre que el proveïment d'aigua sovint es presta mitjançant societats mercantils públiques (per exemple, EMASA, empresa municipal encarregada de la gestió i administració d'aigua a Màlaga). En qualsevol cas, i pel que fa al règim jurídic d'aquests tipus d'ens, remetem al que s'ha explicat *supra* § 8.26-40, amb caràcter general, i *supra* § 9.49-74, § 10.55-64, §.11.85-89, per als diferents nivells administratius (estatal, autonòmic, local).

60. Les formes de gestió indirecta es troben regulades, fonamentalment, en la normativa en matèria de **contractes** del sector públic. En aquest sentit, la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell

2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), ha modificat notablement la regulació anterior, de manera que la tradicional gestió indirecta contractual es canalitza ara a través de la figura del contracte de concessió de serveis públics (art. 15 LCSP) i del contracte de serveis, quan implica prestacions directes a la ciutadania (art. 17 LCSP). Substancialment, la diferència entre tots dos contractes radica en si el contractista assumeix o no el risc operacional al qual ja es va fer referència (*supra* § 19.36): si l'assumeix el contractista, som davant un contracte de concessió de serveis; en cas contrari, davant un contracte de serveis. Per exemple, un contracte per a l'explotació de la piscina municipal per 3.000 euros al mes és, clarament, un contracte de serveis, mentre que un contracte per a l'explotació d'unes instal·lacions esportives municipals podria ser un contracte de concessió de serveis si l'empresari assumís el risc de demanda (el nombre major o menor de veïns del municipi que decidissin utilitzar-les i pagar per aquestes instal·lacions).

61. Tradicionalment, les administracions han tingut un ampli marge d'apreciació a l'hora de decidir la forma de prestació dels serveis públics. Aquesta idea es manté en l'actualitat, com s'ha encarregat de recordar-nos, per exemple, l'art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, que estableix, com a regla general, el **principi de llibertat d'administració** de les autoritats nacionals. Aquest principi té, en realitat, tot el sentit, perquè la forma concreta de gestió del servei (la seva organització, en última instància) depèn de múltiples factors que s'han d'analitzar cas per cas. Així, per exemple, en l'àmbit local (que és, com hem dit, on s'ha mantingut el gruix dels serveis públics en la concepció clàssica) un mateix servei pot ser gestionat de formes diferents en diferents municipis, i l'elecció de la forma de gestió concreta ve determinada per les característiques pròpies de cadascun (població, situació financera, etc.).

62. Una regulació molt detallada de les formes de gestió dels serveis públics ha estat present tradicionalment en la nostra **legislació de règim local** des de mitjan segle XX i fins a l'actualitat (art. 85 i 85 bis LBRL). Precisament, en l'àmbit local s'han introduït, en els últims anys, algunes modificacions que semblen limitar, fins a cert punt, aquest principi de llibertat d'administració de les autoritats nacionals, en haver-se modificat per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local (LRSAL), l'art. 85.2 LBRL: s'hi introdueix el mandat que s'ha d'optar per la forma de gestió "més sostenible i eficient" i, d'entre les de gestió directa, per les que no suposin crear cap ens i per la d'organismes autònoms enfront de l'entitat pública empresarial o la societat mercantil. En realitat, aquests nous requisits previstos ara en la llei, més que establir una preferència per la gestió directa o per la gestió indirecta, semblen exigir, sobretot, un plus de motivació a les entitats locals en la memòria justificativa que han d'elaborar a aquest efecte (DARNACULLETA, 2020: 168-169).

63. Al costat de les formes de gestió indirecta contractuals, no hem d'oblidar que també és possible la prestació de serveis públics socials sanitaris, assistencials o educatius (també denominats "serveis a les persones") mitjançant fórmules no contractuals, i s'ha de destacar l'instrument de l'**acció concertada**. En aquest sentit, es recorre a l'acció concertada (amb entitats privades sense ànim de lucre, principalment) per gestionar serveis inclosos en la cartera de serveis de l'Administració responsable, que és molt habitual en l'àmbit dels **serveis sanitaris i assistencials autonòmics**, per exemple. Aquesta fórmula no contractual, juntament amb d'altres

—també no contractuals— com la subvenció o la gestió interadministrativa de caràcter convencional, troben un acolliment clar tant en els articles 6.1 i 11.6 com en les disposicions addicionals 48 i 49 LCSP.

4. ELS PRINCIPIS RECTORS DE L'ACTIVITAT DE PRESTACIÓ I GARANTIA

64. Encara que no estan enumerats expressament com a tals en una sola norma amb caràcter general, en el nostre ordenament jurídic hi ha una sèrie de **principis bàsics** que regeixen la pràctica totalitat de l'activitat de prestació i garantia. L'origen, de nou, hem de situar-lo en la doctrina francesa, que els va formular per primera vegada en el període d'entreguerres del segle passat. Aquests principis no són principis merament programàtics, sinó que despleguen efectes jurídics. El fet d'incomplir-los, de fet, té conseqüències jurídiques, a vegades molt intenses, que arriben a la resolució del contracte (si el servei es presta a través d'un contractista), a la imposició de sancions per part de l'ens regulador (en el cas de serveis liberalitzats) o a la posada en marxa dels diferents mecanismes disponibles quan el servei el presta la mateixa Administració (responsabilitat disciplinària per a empleats públics concrets, responsabilitat patrimonial de l'Administració si s'ha causat un dany, etc.).

65. El principi segurament més important de tots és el **principi de continuïtat**. És un principi tan essencial per a l'activitat de prestació i garantia que és habitual referir-s'hi com la pedra angular del servei públic. Expressat de manera senzilla, aquest principi de continuïtat suposa que l'activitat de què es tracti ha d'estar a disposició dels ciutadans de manera contínua i regular, sense interrupcions arbitràries o injustificades. Com és fàcil d'intuir, aquesta idea de continuïtat no s'ha d'identificar, en una interpretació literal, amb una disponibilitat de vint-i-quatre hores al dia durant 365 dies a l'any, sinó que es tracta d'un concepte que s'ha de concretar servei a servei. Certament, en alguns supòsits la disponibilitat ha de ser necessàriament de vint-i-quatre hores al dia cada dia de la setmana sense excepció (proveïment d'aigua potable, electricitat o servei d'urgències mèdiques, per exemple). En altres casos, en canvi, la disponibilitat significa, més aviat, regularitat en la prestació en l'horari establert prèviament i considerat adequat, atesa la naturalesa de les necessitats que es pretenen satisfer (una biblioteca municipal que obre de 9 a 21 hores, o les consultes mèdiques especialitzades dels hospitals).

66. El principi de continuïtat planteja algunes dificultats a l'hora de conciliar-lo amb el **dret constitucional a la vaga**. I és que, a diferència del que succeeix amb les activitats privades, les activitats de prestació i garantia ho són, precisament, perquè s'entén que amb aquestes se satisfan necessitats col·lectives importants. Això fa que el fet de dur a terme de manera efectiva i concreta aquestes activitats no pugui dependre íntegrament de la voluntat de les persones que les han de posar en marxa. En aquest sentit, no passa res si un dia tanquen totes les sabateries arreu del país, però és evident que no poden tancar tots els serveis hospitalaris ni deixar de funcionar el 100 % dels trens del metro. Per això, la Constitució, quan regula el dret a la vaga, permet limitar aquest dret per al "manteniment dels serveis essencials de la comunitat" (art. 28.2). Així, quan hi ha una vaga de treballadors de les universitats, és habitual establir com a serveis mínims la presència obligatòria en el lloc de treball dels qui ocupen

càrrecs de govern (rector, degans), així com fer els exàmens que han de tenir lloc aquest dia, però no, en canvi, impartir classes.

67. Les obligacions de continuïtat s'estableixen en les mateixes regulacions del servei de què es tracti o, si el presta un contractista, en el mateix contracte. Però és important destacar, a més, que aquest principi regeix també en els **serveis que han estat liberalitzats** i respecte dels quals el poder públic es limita, en principi, a regular i garantir-ne la prestació. De fet, les diverses lleis reguladores d'aquests serveis solen referir-s'hi de manera expressa. És el cas, per exemple, de la LSPU, l'article de la qual 22 estableix que la prestació del servei postal universal es regeix, entre d'altres, pel principi de continuïtat, i entén per continuïtat "no interrompre ni suspendre el servei, excepte en casos de força major i amb la comunicació prèvia a la Comissió Nacional del Sector Postal [referència que ara cal entendre feta a la CNMC], que pot denegar-la". També contenen previsions en aquest sentit, entre d'altres, la Llei 38/2015, de 29 de setembre, del sector ferroviari (LSF), quan assenyala com un dels seus fins "establir els criteris perquè la prestació dels serveis de transport ferroviari de viatgers i de mercaderies es realitzi amb continuïtat" (art. 2.1 *k*), o la LGTel, l'article de la qual 63.2 estableix que "els operadors de xarxes públiques de comunicacions electròniques han de garantir la integritat d'aquestes a fi d'assegurar la continuïtat en la prestació dels serveis que utilitzen aquestes xarxes".

68. Un altre dels principis clàssics de l'activitat de servei públic és el **principi de mutabilitat o adaptabilitat**, que permet a l'Administració modificar unilateralment les condicions de prestació si això és convenient per satisfer l'interès públic. Quan el servei es presta a través d'un contractista, aquest principi pren la forma de la potestat de modificació o *ius variandi*; és a dir, el poder excepcional de modificació unilateral de l'objecte del contracte com a conseqüència de canvis sobrevinguts en l'interès públic; una potestat que es troba ara en l'article 203 LCSP, si bé amb una tendència progressiva a la reducció palesa en els últims anys.

69. Les lleis reguladores de **sectors liberalitzats** solen incloure, així mateix, previsions relatives a la necessitat d'adaptar l'activitat de prestació i garantia a les necessitats canviants i sobrevingudes de l'interès general. Per exemple, la LSPU estableix com un dels principis que regeixen les relacions entre els usuaris i l'operador designat per prestar el servei postal universal el d'"adaptació a les necessitats dels usuaris", i afegeix que es poden imposar a l'operador designat "altres obligacions de servei públic, quan ho exigeixin raons d'interès general" (art. 22.5). D'altra banda, la LSF, en l'article 59.4, determina la possibilitat de modificar les condicions de prestació dels serveis subjectes a obligacions de servei públic "per adaptar-los a canvis sobrevinguts". L'article 35.4 de la LGTel assenyala, finalment, que "el compliment de les obligacions de servei públic en la instal·lació i l'explotació de xarxes públiques s'ha d'efectuar amb respecte als principis [entre altres] d'adaptabilitat". Això sí: tant en el cas dels serveis liberalitzats, com quan són prestats mitjançant contractistes, si la modificació practicada comporta una càrrega financera addicional, ha de ser, en principi, compensada.

70. Aquest principi de mutabilitat enfonsa les arrels en la **clàusula de progrés** que va sorgir a partir de l'anomenada *querelle du gaz et de l'electricité*, de finals del segle XIX (MEILÁN GIL, 2006: 53). En aquella època, la il·luminació pública solia estar concedida en exclusiva a empresaris privats, que la prestaven mitjançant gas. L'aparició de la il·luminació elèctrica va derivar en importants conflictes entre els ajuntaments, que aspiraven que s'utilitzés aquesta en detriment de l'altra, i els concessionaris privats que, atrinxerats en les clàusules dels seus contractes, es negaven a introduir la il·luminació per electricitat. Els poders públics van tractar de corregir aquestes disfuncions mitjançant diferents tècniques, entre les quals destaca la denominada "clàusula de progrés": permetia anul·lar el dret d'exclusiva si les empreses no introduïen les innovacions que, d'acord amb els estàndards tècnics científics del moment, comportaven una reducció de preus i prestacions millors. I és que, paradoxalment, el progrés tècnic i científic va ser, d'una banda, l'impulsor dels grans serveis públics de contingut econòmic, però, al mateix temps, l'estricte sotmetiment a la legislació contractual privada dificultava la innovació tecnològica en la seva prestació (QUINTANA, 2006: 422).

71. Dir que els serveis públics s'han de prestar respectant els **principis de no-discriminació i d'igualtat** entre els usuaris no és sinó una concreció del principi general d'igualtat que estableix l'article 14 CE. Aplicat a l'activitat de prestació i garantia suposa, en particular, que les regles i els requisits d'accés (l'accessibilitat) i de funcionament (el gaudi) del servei s'han de regular i ordenar en condicions igualitàries i sense discriminació per a tots els usuaris. Ara bé, això no significa que no siguin possibles i, fins i tot, desitjables els tractaments diferenciats, sempre que siguin raonables, proporcionats, transparents i no discriminatoris. Això explica l'existència de preus reduïts en el transport per a joves o gent gran, la limitació de certes prestacions assistencials a persones en situació de vulnerabilitat o les diferents estratègies comercials dels operadors que presten serveis liberalitzats (reducció de preus per a qui faci un volum molt elevat d'enviaments postals, per exemple).

72. És important destacar que el principi d'**igualtat** es troba en el nucli mateix del concepte de servei universal, element clau de la regulació jurídica dels serveis liberalitzats. Aquesta idea es visualitza molt bé analitzant l'àmbit postal, ja que el **servei postal universal** es defineix com el conjunt de prestacions bàsiques que s'han de garantir amb cobertura territorial completa i a preus assequibles. La "cobertura territorial completa" fa referència al fet que el mercat, per si sol, no és capaç de garantir una sèrie de prestacions postals bàsiques a tots els ciutadans (no, almenys, a preus assequibles); i, precisament per garantir aquest accés a tots els ciutadans igualment, s'imposen a un operador certes obligacions i, entre aquestes, la de garantir que certs enviaments postals arriben a tot el territori nacional. La igualtat és la base, també, de la imposició de certes rutes aèries (o ferroviàries) com a obligacions de servei públic, amb la finalitat d'assegurar que també els qui viuen en territoris allunyats o de difícil accés tinguin les mateixes possibilitats de desplaçar-se, d'accedir a altres serveis (per exemple, els sanitaris) o d'exercir la representació política.

73. A aquests tres principis clàssics, se n'hi han anat afegint, amb el temps, d'altres que també són importants per a l'activitat de prestació i garantia. Un és el **principi de qualitat dels serveis públics**, esmentat cada vegada més sovint, a pesar que és gairebé impossible donar una definició general del que s'ha d'entendre sota aquesta denominació. De fet, és molt més senzill concretar la qualitat dels serveis per referència a un conjunt de factors que, lògicament, varien en funció de l'activitat o el servei concret: la puntualitat en l'arribada i en la sortida (transport), els temps d'atenció i espera (per operar-se o aconseguir cita amb un especialista mèdic), la cobertura i velocitat (en l'accés i navegació a internet), etc.

74. Malgrat que no són de fàcil aplicació i interpretació, la veritat és que hi ha diferents instruments que permeten mesurar, si més no de manera aproximada, la qualitat amb què es proveeix aquesta activitat de prestació i garantia. En aquest sentit, és possible esmentar, entre d'altres, les **cartes de serveis** aprovades per les mateixes administracions encarregades de prestar un servei; les avaluacions de qualitat dels serveis per part dels seus usuaris (per exemple, les enquestes que fa l'alumnat en relació amb el grau de satisfacció amb una assignatura); o els estàndards de qualitat fixats en les clàusules dels contractes (l'incompliment dels quals pot donar lloc a imposar penalitats contractuals i, fins i tot, a resoldre el contracte), o en la regulació dels serveis liberalitzats (l'incompliment dels quals, alhora, pot comportar importants sancions imposades als operadors corresponents per part de l'ens regulador).

75. Tot i que tradicionalment es parlava del **principi de gratuïtat** dels serveis públics, amb el temps s'ha anat evolucionant cap a l'afirmació, més d'acord amb la realitat, que els serveis inclosos dins de l'activitat de prestació i garantia han de ser **assequibles**, però no necessàriament gratuïts. Poden ser-ho, si així es decideix,

però, clarament, només ho ha de ser l'educació bàsica obligatòria, per mandat constitucional exprés (art. 27.4 CE). Juntament amb l'educació, certament també la sanitat pública és, substancialment, gratuïta, així com algunes prestacions assistencials bàsiques, en el sentit que es financen amb càrrec als pressupostos públics. En tot cas, aquesta idea de l'assequibilitat de les prestacions s'ha de posar en relació, necessàriament, amb el principi d'igualtat analitzat més amunt (*supra* § 23.71).

76. Això no obstant, per a la majoria dels serveis (especialment els de contingut econòmic) és habitual que **l'usuari pagui** el cost total o parcial del servei a l'Administració, al contractista de l'Administració o a l'operador prestador del servei liberalitzat. Respecte d'aquest últim, la regla general és que els preus dels diferents serveis siguin fixats lliurement pel joc del mercat i de la competència, si bé n'hi ha algunes excepcions destacables.

77. Per exemple, l'art. 1.2 LSPU reconeix el dret dels usuaris "a un servei postal universal de qualitat i a preus assequibles", la qual cosa permet que s'estableixin tarifes màximes en relació, precisament, amb els serveis inclosos dins del servei postal universal. També s'estableixen tarifes màximes en el cas de bitllets d'avió per a rutes cobertes amb obligacions de servei públic (com pot ser, per exemple, la que cobreix el trajecte Badajoz–Madrid, amb una tarifa de referència de 90 euros, segons determina l'Acord del Consell de Ministres de 23 de febrer de 2018, pel qual s'aprova la declaració d'obligacions de servei públic en les rutes aèries Badajoz–Madrid i Badajoz–Barcelona).

78. Finalment, ha adquirit una rellevància notable en els últims temps el **principi de neutralitat** dels serveis públics, entès com la necessitat que es prestin sense finalitats partidistes o adoctrinadores. En realitat, aquest principi de neutralitat es pot entendre com una concreció del principi d'objectivitat de tota l'actuació administrativa, que conté l'article 103 CE. Malgrat que aquest principi regeix, sense cap dubte, en tots els serveis públics que presta l'Administració (també quan els presta indirectament, a través de contractistes), la veritat és que hi ha alguns serveis públics en els quals aquest principi requereix una protecció especialment reforçada. És el cas de l'educació i els mitjans de comunicació públics, especialment sensibles a la utilització partidista i en els quals la neutralitat, a més, és pressupòsit per garantir el pluralisme de la societat.

79. Un bon exemple de com ha de funcionar el principi de neutralitat en la prestació de serveis públics el trobem en la STS de 21 de novembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4334). El TS hi va rebutjar que el Claustre de la Universitat de Barcelona, com a "Administració pública institucional", pogués aprovar un manifest en rebuig de les condemnes dels presos polítics catalans i de la judicialització de la justícia, ja que es pronunciava sobre qüestions que escapen a l'àmbit de competències de la Universitat (que és, precisament, "la prestació del servei públic de l'ensenyament superior mitjançant la docència, l'estudi i la recerca") i, a més, es pronunciava "prenent partit en qüestions que divideixen la societat i són de rellevància política i ideològica alienes a les finalitats de la Universitat". En fer-ho, segons el parer del Tribunal Suprem, la Universitat de Barcelona va vulnerar el principi de neutralitat que cal esperar de tota Administració (l'ancoratge constitucional de la qual és l'art. 103 CE) i, amb això, també el dret a la llibertat ideològica dels demandants i de tots els integrants de la comunitat universitària, així com el dret a l'educació dels estudiants.

5. BIBLIOGRAFIA

5.1. Bibliografia citada

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, "Límites jurídicos a la libertad de configuración de los servicios públicos locales por parte de los Municipios", a Tomás FONT I LLOVET i Alfredo GALÁN GALÁN, *Más 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, pàg. 149-187.

José ESTEVE PARDO, *Lecciones de derecho administrativo* (10a ed.), Marcial Pons, Barcelona– Madrid, 2021.

Ernst FORSTHOFF, "Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung", a Ernst FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung,* W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1959 [1938], pàg. 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), pàg. 567-608.

José Luis MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Aranzadi, 2006.

Julia ORTEGA BERNARDO, "Servicios públicos e iniciativa económica local", a Francisco VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho económico local*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, 2017, pàg. 73-104.

Adolfo POSADA, "La ciudad moderna", a Adolfo POSADA, *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, (1979 [1913]), pàg. 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), pàg. 422-444.

José Luis VILLAR PALASÍ, "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", Revista de Administración Pública, núm. 3 (1950), pàg. 53-129.

5.2. Bibliografia complementària recomanada

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 (traducció amb estudi preliminar d'Adolfo Posada i Ramón Jaén).

Nuria MAGALDI MENDAÑA, *Los orígenes de la municipalización de servicios públicos en España*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.