

La actividad prestacional o de servicio público

[5.1] ¿Cómo estudiar este tema?

[5.2] El servicio público

[5.3] El establecimiento de los servicios públicos

[5.4] Formas de gestión de los servicios públicos

[5.5] El contrato de gestión de los servicios públicos: modalidades, contenido y extinción del contrato

[5.6] Régimen jurídico de la prestación de los servicios

5

T E M A

Esquema

LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL O DE SERVICIO PÚBLICO	
ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO	GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
Antecedentes - o Antiguo régimen - o Siglos XIX y XX: • Asunción de servicios asistenciales • Creación de infraestructuras • Realización de actividades empresariales	Directa: Gestión propia
Concepto - o La Escuela de Servicio Público (Duguit, Jézé) - o Actividad económica/industrial del Estado ¿es el servicio público? - o Servicio público y actividades reguladas - o Elementos formales y materiales de la noción de servicio público	Indirecta o contractual - o La Concesión - o La Gestión interesada - o El Concierto - o Sociedad de Economía Mixta
El establecimiento de los servicios públicos - o Justificación de la decisión - o Límites a la creación de servicios públicos • Reserva • Voluntariedad u obligatoriedad - o Forma de establecimiento	Contenido del contrato - o Derechos y potestades de la Administración - o Derechos y obligaciones del contratista
	Extinción del contrato
	Régimen jurídico de la prestación del servicio - o Principios generales • Continuidad • Adaptación • Igualdad - o Estatuto del usuario de los servicios públicos • Relación jurídica usuario-prestador • Derechos y Obligaciones del usuario

Ideas clave

5.1. ¿Cómo estudiar este tema?

En este tema analizamos el **servicio público** por ser una de las modalidades de actividad de la Administración. Se configura como el **conjunto de actividades prestacionales** que realizan las entidades públicas a favor del interés público general.

Para estudiar este tema lee el **Capítulo XVIII: La actividad prestacional o de servicio público (páginas 301-347) del manual** de la asignatura: *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, de Juan Alfonso Santamaría Pastor, Iustel.

5.2. El servicio público

El servicio público no es sólo un **conjunto de actividades prestacionales** realizadas por entidades públicas, también una **noción legal, doctrinal y jurisprudencial**. A día de hoy no es una cuestión pacífica en la doctrina el concepto de servicio público. En el empeño por concretar qué es servicio público, se han distinguido las actividades administrativas de servicio público de un conjunto de actividades tradicionalmente desempeñadas por personas privadas que, aún ofreciendo semejanzas con la **actividad de servicio público**, no ha sido legalmente calificada como tal. Se trata de actividades susceptibles de incidir de modo intenso en el interés público, que son objeto de intervención severa con un amplio control administrativo y que se asemejan al servicio público al tener en muchas ocasiones como **destinatarios a la totalidad de los ciudadanos**. Estas semejanzas han llevado a incluirlas en una especie de *tertium genus* entre actividad privada y servicio público que en España la doctrina denomina como “servicios de interés público”.

Desde una perspectiva material

Servicio público son aquellas actividades cuya finalidad es la de **prestar una utilidad necesaria para el normal desenvolvimiento de la vida social** ya se considere en su conjunto *uti universi* (carretera) o sus miembros individualmente considerados *uti singuli* (sanidad, educación). No son servicios públicos las actividades de carácter interno de la Administración.

Desde una perspectiva formal

El dato básico para considerar una actividad como servicio público es que el **Estado asuma el deber** y la responsabilidad de garantizar su prestación de manera regular y correcta a los ciudadanos, bien realizándola directamente o asegurando su realización por terceros (gestión indirecta). Este acto de asunción se denomina **publicatio**. Ahora bien, el hecho de que tal asunción se produzca no significa necesariamente que tenga que prestarse en régimen de exclusividad. **Los servicios públicos pueden prestarse en exclusividad y excluyentemente** (Defensa, Navegación Aérea...) **o bien permitir la concurrencia, la colaboración de personas privadas** (Educación, Sanidad, transporte.....).

5.3. El establecimiento de los servicios públicos

En el Siglo XIX los primeros servicios públicos se asumen de manera paulatina y empírica (construcción de un puerto, de un camino público...). En **el Siglo XX**, el Estado empieza a actuar de manera más racional declarando expresamente su voluntad de establecer un servicio público accesible en condiciones de igualdad, regularidad, sometiéndolo a reglas y a controles que impidan un desarrollo anormal. Este fenómeno de creación y **establecimiento de servicios públicos** se llevó, en estos primeros casos, **al margen del Derecho** suponiendo:

- » La ilimitación del ámbito de servicio público, porque ningún sector estaba excluido.
- » La inexigibilidad de tal asunción por parte de los ciudadanos.
- » La informalidad de la decisión.

Pero esta situación resultaba insostenible con el actual Estado contemporáneo caracterizado por:

La **libertad de empresa** que exige que la mayoría de las actividades económicas se dejen en manos privadas, y que no puedan intervenir dejándolas a las fuerzas del mercado.

La **decisión** de crear o mantener un servicio público debe hacerse mediante un **procedimiento riguroso** que asegure la necesidad, la oportunidad y la racionalidad política y económica de la decisión.

Forma del establecimiento de un servicio público

» En régimen de simple asunción de la titularidad

Carece de regulación expresa, sin embargo el acto de asunción tiene como requisitos:

Norma jurídica que determine las condiciones

Con rango de ley en tanto que limita la esfera jurídica de los sujetos privados que ejercían esa actividad o de las que la deseen realizar

En el caso de EELL debe ser mediante Ordenanza

Necesaria cobertura presupuestaria

» En caso de reserva

Tiene que ser mediante Ley, lo que supone:

Una reserva material de ley (se excluye que se realice mediante norma reglamentaria)

El artículo 86.3 LBRL exige que para la ejecución del servicio en régimen de monopolio, además del Acuerdo del Pleno es necesaria la aprobación por el órgano de gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma

Los servicios públicos deben crearse mediante **un acto formal y solemne** con el que un **ente público asume** (*publicatio*) ante los ciudadanos su **titularidad**, los poderes de dirección y organización y, por tanto, la **responsabilidad** de su prestación.

5.4. Formas de gestión de los servicios públicos

Organización de la gestión de los servicios públicos

La **gestión directa** de los servicios públicos se lleva a cabo **por la Administración** del Estado, la Adm. Autonómica y la Adm. Local a través de sus órganos centrales y periféricos o bien a través de sus entes instrumentales (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias estatales) y empresas públicas.

Si el servicio se presta por **S.A.** para que esta gestión sea directa, el capital social deberá ser exclusivo o mayoritariamente público. Si la participación es minoritaria estaremos ante una gestión mixta y su gestión sólo podrá ser asumida mediante contrato.

La **gestión indirecta** obedece a una **forma contractual regulada en la LCSP** (Ley 30/2007, de contratos del sector público). La gestión contractual exige que el servicio tenga un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares y la prohibición de contratar servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. En cualquier caso, **la Administración titular del servicio goza de cierta discrecionalidad** para decidir.

Régimen jurídico de los servicios

- » Las **reglas de funcionamiento** del servicio, el establecimiento, las relaciones con los usuarios, son en su mayoría aspectos regulados por el **Derecho Público** teniendo el Derecho privado carácter residual.
- » Los **aspectos instrumentales** (personal, bienes, contratos...) en caso de gestión contractual se rigen por el **Derecho común**.
- » Los **contratos de gestión de los servicios públicos** son contratos nominados regulados en la LCSP y su **régimen jurídico es administrativo in totum**, es decir, en lo relativo a su preparación, adjudicación, extinción y efectos, siendo competente la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver los conflictos que de ello se deriven.

5.5. El contrato de gestión de los servicios públicos: modalidades, contenido y extinción del contrato

El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una **Administración Pública encomienda a una persona**, natural o jurídica, la **gestión de un servicio** cuya **prestación** ha sido **asumida** como propia de su competencia **por la Administración encomendante**.

Modalidades del contrato de gestión de los servicios públicos

- » **La Concesión:** Técnica clásica de gestión contractual. Se trata de un acto/contrato en virtud del cual la Administración **transfiere** a un **particular** la facultad de realizar **una determinada actividad** cuya **titularidad pertenece a la Administración** y que, en consecuencia, no formaba parte de su patrimonio jurídico. Por ello, la concesión tiene **carácter constitutivo** ya que hay un derecho preexistente como en la autorización.

La concesión administrativa tiene dos rasgos destacados:

El **empresario** concesionario gestionará el servicio a su **propio riesgo y ventura**

Cabe la posibilidad de que pueda **ejercer determinadas facultades de policía** relativas a la prestación del servicio

- » **La Gestión Interesada:** De acuerdo con la LCSP en cuya virtud **la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio** en la proporción que se establezca en el contrato. Es una modalidad contractual vaga, de carácter asociativo que **no** da lugar a la **creación de una persona jurídica distinta de los contratantes**. Se podrá estipular un beneficio mínimo a favor de cualquiera de las partes asociadas.
- » **El Concierto:** El concierto se celebrará con **persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas** a las que constituyen el servicio de que se trate.

El concierto tiene tres rasgos típicos:

Es una modalidad aplicable únicamente a **servicios públicos** asumidos por la Administración en **régimen de concurrencia**.

Se recurre a esta fórmula para garantizar la cobertura de determinados servicios públicos cuando ésta es insuficiente. Por ello **se limita** a un máximo de **tiempo**.

Se utiliza en mayor medida en los **servicios asistenciales** (sanidad, educación, bienestar social...)

» **Sociedad de Economía Mixta:** Es aquella en la que **la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública en concurrencia con personas naturales o jurídicas**. Se trata de la asociación entre la Administración y los particulares para constituir una sociedad que preste un servicio público. **La participación pública en el capital social** de la sociedad debe ser **inferior al 50%** porque si fuese superior estaríamos ante un ente instrumental y en consecuencia ante una forma de gestión directa, no contractual.

Contenido del contrato de gestión de servicios públicos

Derechos y potestades de la Administración titular:

- Regular y modificar las características del servicio por razón del interés público.
- Ejercer los poderes de policía necesarios para asegurar su prestación.
- Aprobar las tarifas del servicio, así como modificarlas.
- Intervenir la prestación del servicio en caso de incumplimiento del contratista.
- Inspección y sanción.
- Supresión del servicio por razones de interés público, así como ordenar su rescate (rescisión unilateral de la Administración). En ambos casos deberá indemnizarse al contratista gestor del servicio.

Derechos y obligaciones del contratista:

- El contratista está obligado a **organizar y prestar el servicio** con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.
- Prestar el servicio con la continuidad convenida y **garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo** en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.
- Cuidar del **buen orden del servicio**, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.
- **Indemnizar los daños que se causen a terceros** como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.
- Respetar el **principio de no discriminación por** razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.
- El contratista tiene **derecho a las contraprestaciones económicas** previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Extinción del contrato

- » La **demora superior a seis meses** por parte de la **Administración** en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.
- » El **rescate del servicio** por la Administración.
- » La **supresión del servicio** por razones de interés público.
- » La **imposibilidad de la explotación del servicio** como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

- » El **transcurso del plazo**. El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:
 - o **50 años** en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.
 - o **25 años** en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
 - o **10 años** en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios.

Cuando finalice el plazo contractual el servicio **revertirá** a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

5.6. Régimen jurídico de la prestación de los servicios

Principios generales

- » **Continuidad**: se trata del principio por excelencia relativo a la prestación de los servicios públicos, una de las razones fundamentales que justifican la asunción por la Administración de una tarea, de un servicio. Se trata de **garantizar** que **un servicio** que afecta a la colectividad esté disponible para los ciudadanos **de modo continuo y regular**. Continuidad no significa permanencia sino **regularidad en la prestación**; en ocasiones es ininterrumpida, en otras no.

La continuidad en la prestación vincula a la Administración, al contratista y a las personas físicas que lo prestan en última instancia, lo que supone un límite al derecho de huelga. De ahí la fijación de los denominados “servicios mínimos” cuando hay convocada una huelga por parte de los trabajadores que los prestan.

- » **Mutabilidad/Adaptación:** esto supone que el servicio público debe responder en todo momento a un óptimo nivel de **satisfacción del interés general**. Es la denominada **“cláusula de progreso”** exigible a la Administración titular del servicio y al contratista en su caso, de acuerdo con la evolución de la vida social, técnica y económica. Se trata de modificaciones derivadas de la necesaria **evolución del servicio** y que el contratista debe incorporar y soportar si la gestión del servicio es contractual.
- » **Igualdad;** ante la prestación del servicio público. La igualdad en su **vertiente objetiva** supone que los servicios públicos y sus reglas de utilización deben establecerse sin factores de discriminación (por razón de lengua, raza, sexo,...) de manera que permita un **acceso a los mismos en condiciones igualitarias**.

La igualdad en su **vertiente subjetiva** otorga a los ciudadanos que ostenten los requisitos del **derecho de acceso y disfrute** de los mismos en condiciones de igualdad con los demás usuarios.

Existen **excepciones** en las que se admiten tratamientos diferenciados sin ser incompatibles con el principio de igualdad:

- Las **situaciones** de determinados ciudadanos sean **diversas** (acceso a guardería pública es para niños a diferencia del acceso a los centros de mayores; estar en posesión de los estudios requeridos para entrar a la Universidad...)
- **Colectivos diferenciados** en base a criterios objetivos o individuos afectados por deficiencias económicas, sociales o físicas (víctimas de violencia de género, minusválidos...)
- La **disparidad de trato** ha de ser razonable y no arbitraria.

Estatuto del usuario del servicio público

» Relación jurídica prestador-usuario del servicio público

- o Es una **relación objetiva**, donde queda excluida la autonomía de la voluntad de las partes al estar definida de manera imperativa por una norma jurídica. Ej. Subida de tarifas por la Administración.

- o La constitución de la relación puede ser **jurídico-privada** (contrato) o **jurídico-pública** (admisiones que carecen de naturaleza contractual).
- o Se trata de una **relación jurídica de sujeción especial** en la que el usuario del servicio se somete a los poderes de ordenación y disciplinarios del ente o empresa prestador del servicio.

» **Derechos del usuario**

- o Derecho de **acceso al servicio**

Derecho de acceso al servicio:

	Automática , cumplimiento de los requisitos establecidos de manera general.
	Servicios destinados a determinados colectivos, se exige la posesión de ciertas condiciones de aptitud . Ej. acceso a la Universidad
	Si el número de usuarios es superior a la capacidad de prestación, se recurrirá a criterios objetivos : razones de urgencia, por prioridad cronológica de la solicitud...
	A veces constituye a la vez deber (educación primaria, gestión de residuos)

- o Derecho **al disfrute del servicio** en la cantidad (horarios, frecuencia) y calidad predeterminadas por las normas que regulan la prestación y funcionamiento del servicio.
- o En algunos servicios específicos existen **derechos de participación de los usuarios en la configuración del servicio**. Ej.: materia de educación (APA) y seguridad social (sindicatos...).

» **Obligaciones del usuario**

- o **Observancia de las reglas** del servicio **establecidas** en sus normas reguladoras. La relación de sujeción especial en la que se encuentra el usuario supone que en caso de inobservancia puede ser sujeto pasivo de la potestad disciplinaria de la Administración titular del servicio consistente en la privación temporal del uso del servicio o incluso sanción económica (viajeros sin billete...)

- o **Abono de la contraprestación económica establecida** por el uso del servicio.

La financiación de un servicio público puede llevarse a cabo:

- Por los **presupuestos generales del ente** sin contraprestación directa de cantidad alguna. Esto ocurre en todos los servicios *uti universi* (defensa) y algunos *uti singuli* (sanidad).
- Por **las contraprestaciones del usuario**, ya sean tasas (naturaleza pública) si es el propio ente titular del servicio quien lo presta y se trata de servicios de prestación obligatoria, ya sean precios (naturaleza privada) si lo presta el ente titular y no tiene la consideración de servicio de percepción obligatoria y cuando lo prestan contratistas.
- La Ley de tasas y precios públicos señala que **las tasas** tenderán a cubrir el coste del servicio mientras que **los precios públicos** cubrirán como mínimo los costes económicos originados por la realización de actividades o la prestación de servicios públicos.

Lo + recomendado

No dejes de leer...

La actividad prestacional o de servicio público

MESTRE DELGADO, J. F. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*. Tomás Cano Campos (coord.), Vol. II, Tomo 3, 2009 (La actividad de las Administraciones públicas: el contenido), ISBN 978-84-9890-081-1. Páginas 121-145.



En estas páginas se profundiza en el análisis del contenido y del régimen jurídico de la actividad prestacional del servicio público mediante la cual, la Administración –sirviéndose de sujetos privados– pretende facilitar a los ciudadanos servicios que satisfagan las necesidades o intereses colectivos.

El documento está disponible en el aula virtual.

+ Información

A fondo

La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad

MENÉNDEZ REXACH, Á. *Revista de Administración sanitaria siglo XXI*, ISSN 1696-1641, Vol. 6, N° 2, 2008. Páginas 269-296.

El presente trabajo centra el debate en la privatización de la sanidad, en el marco de las formas de gestión de las funciones y tareas públicas. Se trata de una actividad de titularidad pública, pero susceptible de gestión indirecta por centros y establecimientos privados. Algunas formas de gestión indirecta (convenios y conciertos) no plantean problema, pero sí lo suscita la figura de la concesión de servicio público. La tesis que se mantiene es que el recurso a esa figura debe ser excepcional y justificado.

El documento está disponible en el aula virtual y en la siguiente dirección web:

http://www.carloshaya.net/biblioteca/boletin2_22/gestion_indirecta.pdf

Webgrafía

FCC



En ella podrás encontrar el modo en que empresas del sector privado pueden gestionar servicios públicos. Estas actividades representan un tanto importante de la facturación anual de dichas sociedades privadas.

<http://www.fcc.es>

Bibliografía

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho administrativo. Parte general*, Navarra: Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 611-631.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho administrativo I, parte general*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 401-429.

Test

1. El servicio público:

- A. Su titularidad puede ser tanto pública como privada.
- B. Su titularidad es exclusivamente pública.
- C. Lo presta en exclusividad la Administración.
- D. Los destinatarios son la totalidad de los ciudadanos.

2. Señale los enunciados correctos:

- A. El servicio público consiste en prestar una utilidad no necesaria para el normal desenvolvimiento de la vida social.
- B. La Administración no asume el deber de prestar el servicio.
- C. El acto de asunción de la prestación se denomina *publicatio*.
- D. En la prestación de estos servicios pueden intervenir personas privadas.

3. Con relación al establecimiento de un servicio público:

- A. El acto de asunción del servicio no tiene que ser mediante Ley.
- B. Existe regulación expresa que regula el acto de asunción.
- C. La asunción de la titularidad por la Administración no afecta a la esfera jurídica de los sujetos privados.
- D. Es necesario que exista cobertura presupuestaria para la prestación del servicio.

4. La gestión de los servicios públicos:

- A. No puede llevarse a cabo por los entes instrumentales, solo por los órganos centrales y periféricos de la Administración.
- B. Cabe que indirectamente la lleven a cabo empresarios particulares.
- C. Se rige únicamente por Derecho público en lo relativo a las reglas de funcionamiento.
- D. Por lo general se rige por Derecho público en lo relativo a las reglas de funcionamiento.

5. Señalar enunciado correcto:

- A. El concierto se podrá celebrar con cualquier persona, tanto natural como jurídica.
- B. En la concesión la titularidad de la actividad es de la Administración.
- C. En la gestión interesada se crea una persona jurídica distinta de los contratantes.
- D. En la sociedad de economía mixta la participación pública en el capital social será del 50%.

6. Señalar el enunciado erróneo:

- A. El contratista es la Administración pública.
- B. La Administración es la titular del servicio público y por tanto lo puede modificar.
- C. Quien presta el servicio debe indemnizar por los daños que se causen a terceros.
- D. Quien presta el servicio tiene derecho a contraprestación económica.

7. Respecto del régimen jurídico de la prestación de los servicios:

- A. Los servicios tienen que prestarse con continuidad, es decir, permanencia.
- B. Su prestación no puede variar con el tiempo.
- C. La prestación del servicio deberá adaptarse a los nuevos tiempos.
- D. Nunca será admisible que exista un disfrute desigual de los servicios públicos por parte de los ciudadanos.

8. Derechos y deberes de las partes del contrato:

- A. El contratista aprobará las tarifas del servicio.
- B. La Administración tiene que cuidar el buen orden del servicio.
- C. La prestación del servicio se sujetará a las características establecidas en el contrato.
- D. La prestación del servicio cumplirá con el principio de no discriminación.

9. El contrato de prestación del servicio público se puede extinguir:

- A. Si la Administración se demora tres meses en el pago de la contraprestación al contratista.
- B. Por razones de interés general.
- C. Cuando se realice la actividad acordada.
- D. Por transcurso del plazo establecido en las cláusulas administrativas.

10. Señale el enunciado correcto:

- A. La relación entre el prestador y el usuario del servicio público no es de sujeción especial.
- B. En la relación entre el prestador y el usuario del servicio público no cabe la autonomía de la voluntad de las partes.
- C. El usuario de un servicio público no puede participar en la configuración del servicio.
- D. Deberá abonarse la cantidad establecida para hacer uso del servicio público.