

EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN LA LEY
28/2006, DE 18 DE JULIO, SOBRE AGENCIAS ESTATALES

[“The Concept of Public Service in the 28/2006 Act, of July 18th,
Concerning State Agencies”]

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ*
Universidad de Almería (España)

RESUMEN

El estudio versa sobre la ley citada en el título, cuyos fines son, por un lado, introducir un nuevo modelo de organismo público que permite incorporar a la Administración General del Estado una fórmula organizativa dotada de mayor autonomía y flexibilidad en la gestión, y también la participación de las Comunidades Autónomas en la Administración instrumental de la Administración General del Estado; por otro, la creación de una fórmula organizativa hacia la que progresivamente se van a reconducir los organismos públicos existentes en la actualidad; también creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, para impulsar instrumentos que posibiliten conocer y evaluar el impacto que las políticas y servicios prestados por el Estado tienen sobre el ciudadano; lo

ABSTRACT

This study deals with the law mentioned in the title, whose purpose is, on the one hand, introduce a new model of public entity that helps incorporate into the State's General Administration an organizational formula endowed with a greater autonomy and flexibility in management and the participation of the Autonomous Communities in the instrumental Administration of the State's General Administration; on the other hand, the development of an organizational formula to which existing public entities will be driven; also, the establishment of the State Agency for the Assessment of Public Policies and Quality of Services to boost instruments that help assess the impact policies and services offered by the State make on citizens; and the establishment of new agencies in specific activity sectors and

* Profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Almería. Dirección postal: c/ Doctor Jiménez Canga-Argüelles, Edificio Argüelles N° 13, 5º piso A, 04005 Almería, España. Correo electrónico: jperez@ual.es

mismo que creación de nuevas agencias en sectores de actividad y servicios públicos determinados. En la segunda parte se analizan algunos conceptos centrales del Derecho de los Servicios Públicos a la luz de la nueva ley.

PALABRAS CLAVE: Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos - Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios - Servicio público.

public services. In the second part, some key concepts in the Public Services Law in the light of the new law are discussed.

KEY WORDS: State agencies for the improvement of public services - State Agency for the Assessment of Public Policies and Quality of Services - Public service.

I. OBJETO, OBJETIVOS Y REACCIONES ANTE LA LEY 28/2006, DE 18 DE JULIO, SOBRE AGENCIAS ESTATALES PARA LA MEJORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

La Ley 28/2006, de 18 de julio, sobre Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, formula el concepto de las mismas en el artículo 2, en los siguientes términos: *“Las Agencias Estatales son entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias [...]”*.

Se trata de una nueva modalidad de personificación de naturaleza institucional (organismos públicos), cuya iniciativa de creación corresponde a los ministerios competentes o afectados por razón de la materia, que tiene como fin la mejora en la gestión de los servicios públicos¹, cuya creación

** ABREVIATURAS: Ar: Aranzadi; BOCG: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*; CC: *Código Civil*; CE: *Constitución Española* de 1978; CP: *Código Penal*; FD: Fundamento de Derecho; GPP: Grupo Parlamentario Popular; ICEX: Instituto de Comercio Exterior; INAP: Instituto Nacional de Administración Pública; LBRL: *Ley de Bases de Régimen Local*; LCAP: *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*; LEF: *Ley de Expropiación Forzosa*; LJCA: *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*; LOFAGE: *Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*; LOFCA: *Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas*; LRJPAC: *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*; RAP.: *Revista de Administración Pública*; RDL: Real Decreto-Ley; REF: *Reglamento de Expropiación Forzosa*; RTVE: Radio Televisión Española; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TCE: *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*; TS: Tribunal Supremo.

¹ Resulta un poco impreciso el texto del artículo 1 de la Ley 28/2006, de 18 de

requiere autorización por ley y se produce con la aprobación de su Estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y adoptado a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda², estableciéndose el objeto y sus fines generales³. Están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en la Ley 28/2006, de 18 de julio⁴.

Desde el punto de vista formal, la Ley 28/2006, de 18 de julio, tiene por objeto el establecimiento del régimen jurídico, la naturaleza, la constitución y el funcionamiento de las agencias estatales que, de acuerdo con la ley de autorización se creen por el Gobierno para la gestión de los programas

julio, cuando afirma: *“Esta ley establece el régimen jurídico, la naturaleza, la constitución y el funcionamiento de las Agencias Estatales que, de acuerdo con la ley de autorización, se creen por el Gobierno para la gestión de los programas correspondientes a políticas públicas de la competencia del Estado en los términos establecidos en el artículo 2”*. Efectúo esta afirmación, porque su objeto no es la “gestión de programas correspondientes a políticas públicas”, sino la “gestión de programas correspondientes a servicios públicos”, en los términos que expondré más adelante.

² Véase Ley 6/1997, de 14 de abril, de *Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, artículo 66: *“Competencias generales sobre organización, función pública, procedimientos e inspección de servicios. 1. Las competencias en materia de organización administrativa, régimen de personal, procedimientos e inspección de servicios, no atribuidas específicamente conforme a una ley a ningún otro órgano de la Administración General del Estado, ni al Gobierno, corresponderán al Ministerio de Administraciones Públicas. 2. Corresponde al Ministro de Economía y Hacienda proponer al Gobierno, en el marco de la política económica y presupuestaria las directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración General del Estado y de sus Organismos públicos, así como autorizar cualquier medida relativa a la organización y al personal que pueda suponer incremento en el gasto o que requiera para su aplicación modificaciones presupuestarias que, según la Ley General Presupuestaria, excedan de la competencia de los titulares de los Departamentos ministeriales”*.

³ Véase Ley 28/2006, de 18 de julio, de *Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, artículo 3. En el mismo se establece el carácter de antecedente necesario del proyecto de autorización de la creación de la agencia estatal del Estatuto y la Memoria, y en esta última se deberá precisar el objeto de la Agencia Estatal a crear, justificando la previa determinación de aquél por la ley, y los objetivos perseguidos con su creación. Se indicarán, asimismo, las consecuencias organizativas y económico-financieras derivadas de la creación de las Agencias, así como información sobre el rango orgánico de sus órganos directivos, en su caso; los recursos humanos necesarios, las retribuciones del personal y la propuesta del marco de actuación en materia de recursos humanos. Dicha memoria contendrá el plan inicial de actuación de la Agencia hasta tanto se apruebe el contrato de gestión previsto en el artículo 13 de la ley.

⁴ Véase Ley 28/2006, de 18 de julio, de *Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, artículo 2.1.

correspondientes a políticas públicas de la competencia del Estado en los términos establecidos en el artículo 2 de este texto legal (artículo 1).

Sin embargo, desde el punto de vista material, los objetivos de la nueva ley son más ambiciosos, y paso a enumerarlos.

1. *La creación de un nuevo modelo tipo de organismo público.*

a) Que permite incorporar a la Administración General del Estado una fórmula organizativa dotada de mayor autonomía y de flexibilidad en la gestión⁵.

El primer objetivo de la nueva ley es incorporar a la Administración General del Estado una fórmula organizativa general, dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión⁶. La Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, en la disposición final primera, modifica la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, quedando el artículo 43.1 redactado del siguiente modo: *“Los organismos públicos se clasifican en: a) Organismos autónomos. b) Entidades públicas empresariales. c) Agencias Estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por esta ley”*.

De este modo se crea una nueva modalidad de organismos públicos, cual es la agencia estatal (agencias estatales) para la mejora de los servicios públicos. Pero, al mismo tiempo, se intentan reforzar los mecanismos de control de eficacia y promover una cultura de responsabilización por resultados.

Es más, tal y como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley

⁵ Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, la celebrada el 15 de marzo de 2006, donde el portavoz del Grupo Parlamentario Popular afirmaba: *“Es cierto que desde la vieja ley de entidades estatales autónomas todos los ensayos, por llamarlo de alguna manera han encallado; han encallado probablemente porque esa fórmula, que desde algunos reformadores de la Administración Pública que en España tuvieron su primer sujeto en la doctrina a Royo Villanova, de personificar mediante el instrumento de dar personalidad jurídica distinta de la del Estado la gestión de los servicios públicos, no ha conseguido los niveles de autonomía precisos. Y yo creo que eso ha sido lo que ha dificultado el desarrollo, el desenvolvimiento, la persecución, el logro del objetivo, en definitiva, el éxito, de esta técnica jurídico-pública en que consiste en lo que se denomina la Administración institucional del Estado”*.

⁶ Véase Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, “Exposición de Motivos”: *“La ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado supuso una simplificación de la normativa de la Administración General del Estado y también de sus Organismos Públicos, dotando a éstos de una regulación que constituye su régimen básico. No obstante, las rigideces que presentan los actuales modelos de gestión y la escasa autonomía con que cuentan los organismos públicos, sobre todo en su configuración de organismos autónomos, dificultan en gran medida la consecución de los objetivos antes indicados”*.

28/2006, de 18 de julio: *“Asimismo, tras la entrada en vigor de esta ley, la Agencia Estatal será el tipo de organismo público que, con carácter general, se cree por la Administración General del Estado, para dar respuesta a sus necesidades de descentralización funcional, si bien, excepcionalmente, subsistirán los restantes tipos de organismos públicos”*, esta nueva figura pasará a ser el modelo tipo de organismo público a crear por el Estado, tal y como establece la Disposición adicional sexta: *“Creación de nuevos organismos públicos. Con carácter general, a partir de la entrada en vigor de esta ley, los organismos públicos que hayan de crearse en la Administración General del Estado, adoptarán la configuración de agencias estatales, conforme al procedimiento del artículo 3 de esta ley, sin perjuicio de lo establecido en la disposición final primera”*.

El objetivo general de este nuevo enfoque organizativo y funcional es que los ciudadanos puedan visualizar de manera clara cuáles son los fines de los distintos organismos públicos y los resultados de la gestión que se ha encargado a cada uno de ellos, así como la forma en que se responsabilizan sus gestores por el cumplimiento de los objetivos que previamente han sido fijados de forma concreta y evaluable.

La Exposición de Motivos de la Ley 28/2006, de 18 de julio, explica el desfase existente entre la tipología establecida y su adecuación normativa del siguiente modo: *“De un modo recurrente, a la Administración no terminan de servirle los distintos tipos de personificaciones instrumentales que previamente ha diseñado el marco legislativo vigente. Por ello no es de extrañar, que reiteradamente a lo largo del tiempo, se busquen soluciones estructurales para intentar solventar los problemas de gestión, fundamentalmente de naturaleza presupuestaria, económico-financiera y de personal, dando lugar en muchos casos a respuestas organizativas forzadas desde la perspectiva de los objetivos y funciones del organismo de que se trate, pero que llevan aparejado el establecimiento de un régimen de funcionamiento más flexible superador de las rigideces que el régimen general presenta respecto a las materias indicadas. Además, todo ello ha dado lugar a una proliferación de entes que presentan un régimen jurídico singular, básicamente del derecho privado y al margen de las configuraciones generales de los organismos públicos”*.

b) Que permite la participación de las Comunidades Autónomas en la Administración instrumental de la Administración General del Estado.

La Ley 28/2006, de 18 de julio, artículo 3.6, al abordar el contenido de los estatutos de las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, lo regula del siguiente modo: *“Los Estatutos podrán prever la participación de otras Administraciones Públicas⁷ en el Consejo Rector de las Agencias, en*

⁷ Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, la celebrada el 15 de marzo

los términos y condiciones que se determinen en los mismos”.

Por tanto se deja abierta la posibilidad enunciada en este epígrafe, cues-

de 2006, donde el portavoz del Grupo Parlamentario Vasco Afirma: *“Mi grupo ha presentado cuatro enmiendas que tienen una fundamentación muy similar, por lo que voy a ser breve en el uso de la palabra. Es una fundamentación fácil de explicar, una fundamentación de carácter competencial que hace referencia al funcionamiento de estas agencias estatales que se incardinan o desenvuelven su actividad de forma transversal en el ámbito de las denominadas ahora competencias concurrentes o compartidas con ciertas comunidades autónomas. Esto es un nomen iuris nuevo. El bloque de constitucionalidad no se refiere a competencias concurrentes o compartidas. Las denominaciones utilizadas en los estatutos de autonomía y en la Constitución son competencias exclusivas, competencias de desarrollo legislativo y ejecución y competencias de mera ejecución, pero ya ha adquirido carta de naturaleza esta denominación de concurrentes y compartidas y lo único que pedimos —y esperamos que de la sensibilidad del Grupo Socialista sea objeto de consideración esta petición— es que cuando estas agencias desenvuelvan sus actividades en el seno de las competencias concurrentes o compartidas, que corresponden a las comunidades autónomas y a la Administración central del Estado, se prevea la participación también de las administraciones autonómicas concernidas en el ámbito de las agencias y particularmente su consejo rector./ Alternativamente esta enmienda admitiría un corolario negativo, señor presidente, que se enfatice que se aclare exactamente que el ámbito de actuación de estas agencias se limita al que se corresponde con la Administración Central del Estado. Nosotros estaríamos en la tesitura de aceptar también esta otra formulación. Si esto es así, el presidente del consejo rector debería tener carácter rotatorio para que cuando la haya se prevea la presencia de las comunidades autónomas o de representantes de las comunidades autónomas, y también éste pudiera ostentar los periodos de tiempo que se prevea la presencia de dichas agencias estatales. Obviamente —esta sería la tercera enmienda— no hace falta decir que la presencia de las comunidades autónomas debe ser designada por las mismas, por los órganos de gobierno de dichas comunidades autónomas. Por último —y con esto acabo— nos preocupa una agencia respecto a la cual creo que la transacción va a ser relativamente fácil, que es la denominada agencia estatal de evaluación de políticas públicas y de calidad de los servicios, que debe informar anualmente al Congreso de los Diputados a través de la correspondiente memoria de actuaciones realizadas. En este ámbito quiero inquirir muy enfáticamente al Grupo Socialista que esta es particularmente transversal. Es una agencia donde no se prevén reservas competenciales en relación con aquellas que corresponden a las comunidades autónomas y que eventualmente, y atendiendo a una interpretación puramente literal del precepto tal como está concebido, tal como está configurado, esta agencia podía incardinarse en la actuación y evaluar la calidad de los servicios de comunidades autónomas o de sus administraciones y proponer actuaciones de mejora de estos servicios. Desde esta perspectiva, nos gustaría que se convenie con las administraciones autonómicas que en su caso van a ser afectadas con la fórmula de participación en esta agencia, que parece es uno de estos llamados derechos de la nueva generación o de la última generación, el derecho al buen gobierno, tal como está proclamado en algunas declaraciones internacionales, y desde esa perspectiva, una agencia de estas características resulta particularmente pertinente en este momento. La Administración pública está muy lejana todavía de ser funcional en su propia configuración y en el ámbito de la prestación de sus servicios a los ciudadanos.*

ción desvelada además por el ministro responsable en su comparecencia inicial donde manifestó la voluntad de *cogobernanza*⁸ que amparaba este proyecto de ley y que también fue objeto de consideración en la propuesta de veto del grupo parlamentario popular (BOCG núm. 63 c), de 19 de mayo de 2006): “[...] *Basta con señalar que el proyecto del Gobierno, inicialmente concebido como una forma de incorporar a las Comunidades Autónomas en la gestión de las Agencias, o así, al menos, se desprende de sus declaraciones y del anteproyecto elaborado, ha variado radicalmente con la desaparición de todo un título dedicado a las Agencias de Cooperación Interterritorial [...]*”.

Este argumento ha sido utilizado por la oposición, alegando que era necesaria la reciprocidad, y que ésta, actualmente, no se da: “*Quisiera hacer mención precisa de lo que quizá ha sido hasta ahora el debate, porque hasta ahora lo de las agencias estatales y su buen funcionamiento, etcétera, parece que tiene una confianza limitada, lo cual nos alegra, por parte de los grupos nacionalistas en el planteamiento del Gobierno. A ellos parece ser que les importa relativamente poco; o sea que hagan lo que quieran siempre que no me concierna a mí y, ahí es donde también se produce un punto de desencuentro. Y ese punto de desencuentro nos lleva [...] a hacer una autoenmienda y sustituimos el término de nuestra enmienda inicial por el siguiente. Proponemos que el artículo 3, apartado 5, diga: Los estatutos podrán prever la participación de otras*

La evaluación de la calidad de la prestación de los servicios es importante, pero también lo es mantener los ámbitos competenciales que el bloque de constitucionalidad distribuye entre la Administración Central del Estado y las administraciones autonómicas. En tanto en cuanto esta distinción o salvaguarda no se consigne con claridad en el precepto que regula esta agencia, pedimos al Grupo Socialista que se busquen fórmulas de convenir con las comunidades autónomas la posibilidad de participación también en esta agencia, que es la más relevante y la más importante en nuestra opinión de todas las que se prevén en este proyecto”.

⁸ Véase SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *Administración local y sistema administrativo. La interrelación procedimental y telemática de registro, archivo y secretaría*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* 300-301 (2006), p. 68, nota 20, donde, refiriéndose al Libro Blanco sobre la “Gobernanza Europea”, nos plantea: “Los dirigentes políticos de toda Europa se enfrentan actualmente a una verdadera paradoja. Por una parte, los europeos esperan de ellos que encuentren soluciones a los grandes problemas que acucian a la sociedad. Pero, al mismo tiempo, esos mismos ciudadanos tienen cada vez menos confianza en las instituciones y en los políticos, o simplemente no están interesados en ellos [...]. (Para resolver estas disfunciones el Libro Blanco propone) Las instituciones democráticas y los representantes públicos tanto a nivel nacional como europeo pueden y deben tratar de conectar Europa a sus ciudadanos, como requisito previo a unas políticas pertinentes y efectivas. [...] (Para ello, el Libro Blanco en su propuesta de revisión institucional de los órganos y de las actuaciones de la Unión Europea, plantea) Llegar hasta el ciudadano por la vía de la democracia regional y local”. Véase *La Gobernanza Europea. Libro Blanco COM* (2001), C 287, DOCE 12 de octubre de 2001, punto III, 1, p. 8.

administraciones públicas en el consejo rector de las agencias en los términos y condiciones que se determinen en los mismos, condicionada a la existencia de un régimen de reciprocidad con la Administración correspondiente. [...] porque creemos que esa idea de cooperación es la única fórmula razonable, de tal suerte que o hay principio de reciprocidad o no tiene sentido; [...]. Por lo tanto, entendemos que lo que no puede ser este proyecto de ley es una vía a través de la cual las administraciones de las comunidades autónomas pasan a participar en los organismos de la gestión descentralizada de la Administración General del Estado si esto no tiene correlato de que la Administración General del Estado sea acogida también en los servicios públicos en los que hay una concurrencia de intereses y de gestiones públicas que terminan generalmente haciéndose patentes en algún momento en la Administración General del Estado. No nos parece una solución razonable que las Comunidades Autónomas estén o puedan estar indiscriminadamente en todos los organismos públicos con personalidad del fenómeno descentralizador de la Administración General del Estado y la Administración General del Estado sea un alienígena frente a los organismos autónomos de las administraciones autonómicas. El principio de reciprocidad sería el único que explicaría, señoras y señores diputados, esta cuestión”.

En este caso, y lejos de polémicas pueriles, lleva razón Sánchez Blanco cuando nos recuerda la necesidad de cerebrar a las Administraciones del Estado descentralizado español: “La acuñación del concepto de “buena administración” por el artículo II.101 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, debe incentivar a cerebrar a las Administraciones del Estado descentralizado español, desde la base de cada unidad de la Administración Local a la cúspide de la Administración General del Estado por la poderosa razón de que el precepto en el que la Unión Europea sintetiza los contenidos de la “buena administración”, no es más que la síntesis de los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones públicas del innovador artículo 35 de la Ley 30/1992 española [...]”¹⁰.

2. La creación de una fórmula organizativa hacia la que progresivamente se van a reconducir los organismos públicos existentes en la actualidad.

Hay que señalar que las agencias estatales no van a ser, sin más, un nuevo tipo de organismo público, sino la fórmula organizativa hacia la que, progresivamente, se van a reconducir aquellos organismos públicos

⁹ Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 20, celebrada el 15 de marzo de 2006, intervención del portavoz del Grupo Parlamentario Popular.

¹⁰ Véase SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *Administración local y sistema administrativo. La interrelación procedimental y telemática de registro, archivo y secretaría*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* 300-301 (2006), p. 71.

existentes en la actualidad, cuya actividad y funciones se ajusten al concepto de agencia estatal y se estime oportuno y más eficaz su transformación en este tipo de organismo público. Es decir, se va a producir una progresiva mutación de los organismos públicos hacia esta nueva modalidad, siempre que sea posible técnicamente y se considere oportuno políticamente.

En este contexto, la Disposición adicional quinta de la Ley 28/2006, de 18 de julio, establece: “*Transformación de Organismos Públicos en Agencias Estatales*. 1. *Se autoriza al Gobierno para que, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, proceda a transformar los actuales Organismos Públicos cuyos objetivos y actividades se ajusten a la naturaleza de las Agencias Estatales en los términos previstos en el artículo 2, mediante Real Decreto del Consejo de Ministros a iniciativa del Ministro de adscripción del respectivo Organismo Público y a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y Administraciones Públicas*. 2. *Se exceptúan de lo indicado en el número anterior a aquellos Organismos previstos en las Disposiciones adicionales 9^a¹¹ y 10^a¹² de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que por ley dispongan de una especial autonomía*”

¹¹ Véase Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, Disposición adicional novena: “*Régimen jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, del Consejo Económico y Social y del Instituto Cervantes. La Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes continuarán rigiéndose por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria, que les sean de aplicación y supletoriamente por esta ley*”.

¹² Véase Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, Disposición adicional décima: “*Régimen jurídico de determinados Organismos públicos*. 1. *La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta ley./ El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía*. 2. *Los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se les reconozca expresamente por una ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen del personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de esta ley, relativas a los Organismos públicos que, en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo*. 3. *En todo caso, los Organismos públicos referidos en los apartados 1 y 2 de esta disposición adicional estarán sujetos a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación*”.

e independencia funcional respecto de la Administración General del Estado. 3. El régimen jurídico del personal de las Entidades Públicas Empresariales que se transformen en Agencia podrá seguir siendo laboral cuando su ley de creación le hubiera otorgado este carácter. 4. Los Organismos Públicos que no se transformen en Agencias Estatales mantendrán su actual regulación. 5. A los organismos de investigación científica y técnica que se transformen en Agencias Estatales, les será de aplicación lo dispuesto en la Ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica, en lo que no se oponga a la presente ley. 6. Los organismos autónomos a que se refiere el artículo 3.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹³ que se transformen en Agencias Estatales seguirán manteniendo el régimen previsto en el mismo”¹⁴.

3. La creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, para impulsar instrumentos que posibiliten conocer y evaluar el impacto que las políticas y servicios prestados por el Estado tienen sobre el ciudadano.

La pretensión de la nueva ley es impulsar aquellos instrumentos que posibiliten conocer y evaluar el impacto que las políticas y servicios prestados por el Estado tienen sobre el ciudadano. A tal efecto, en la Disposición adicional primera se autoriza al Gobierno para que cree una Agencia destinada específicamente al cumplimiento de estos objetivos: “Disposición adicional primera. Autorización para la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios e Informe anual al Congreso de los Diputados. 1. Se autoriza al Gobierno para la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, adscrita al Ministerio de Administraciones Públicas, cuyo objeto es la promoción y realización de evaluaciones de las políticas y

¹³ Véase Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, artículo 3.1.f): “Negocios y contratos excluidos. 1. Quedan fuera del ámbito de la presente ley: [...] f) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos autónomos de las Administraciones Públicas de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, y siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la ley”.

¹⁴ Véase Ley 28/2006, de 18 de julio, de *Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos*, Disposición adicional novena: “En el plazo de 12 meses a partir de la aprobación de la ley, el Gobierno remitirá al Parlamento un Informe sobre los actuales Organismos públicos y Fundaciones para su eventual transformación en Agencias o la conservación del mismo régimen”.

programas públicos cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, favoreciendo el uso racional de los recursos públicos y el impulso de la gestión de la calidad de los servicios. 2. El consejo de Ministros aprobará anualmente los programas y políticas públicas cuya evaluación incluirá la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios en su Plan de Trabajo. 3. La Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, presentará anualmente un informe al Congreso de Diputados, acerca de la actividad desplegada por las agencias estatales, y sus compromisos para mejorar la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos. 4. La Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios podrá evaluar políticas y programas públicos gestionados por las Comunidades Autónomas, previo convenio con éstas y en los términos que el propio convenio establezca”.

4. La creación de nuevas agencias en sectores de actividad y servicios públicos determinados.

La Ley 28/2006, de 18 de julio, en su disposición adicional tercera justifica y enumera la creación de nuevas agencias con base en la siguiente argumentación: “1. *Teniendo en cuenta la particular trascendencia de los sectores de actividad y de los servicios públicos concernidos, así como la conveniencia de que su gestión esté dotada del marco de flexibilidad, responsabilidad por la gestión y control de resultados previsto en esta ley, se autoriza al Gobierno para la creación de las siguientes Agencias Estatales con los siguientes objetivos y fines y dentro de las competencias que corresponde ejercer a la Administración General del Estado: Consejo Superior de Investigaciones Científicas [...]. Agencia Estatal Antidopaje de España [...]. Agencia Estatal de Inmigración y Emigración [...]. Agencia Estatal de Seguridad Aérea [...]. Agencia Estatal de Seguridad del Transporte Terrestre [...]. Agencia Estatal de Artes Escénicas y Musicales [...]. Agencia Estatal de Meteorología [...]. Agencia Española de Cooperación Internacional [...]. Agencia Estatal de Investigación en Biomedicina y Ciencias de la Salud Carlos III [...]. Agencia Estatal de Evaluación, Financiación y Prospectiva de la Investigación Científica y Técnica [...].* 2. *Hasta tanto se proceda a la creación de las Agencias Estatales previstas en el apartado anterior, los órganos y organismos públicos que tuvieran atribuidos los servicios que se integran en dichas Agencias mantendrán su actual configuración y regulación”.*

Esta es otra de las finalidades de la nueva ley.

5. Críticas de la oposición.

La reforma –a juicio del principal partido de la oposición– evidencia una falta de modelo para impulsar una reorganización de la Administración en España.

Para explicar y justificar la afirmación que hago en el epígrafe, debo hacer referencia, pues cobra especial interés, a la propuesta de veto del grupo parlamentario popular¹⁵, planteada en los siguientes términos: *“La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), nació bajo los principios recogidos en el artículo 103 de la Carta Magna que deberían de presidir la Administración General del Estado: servicio, objetividad, generalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, en un momento en el que, ante la dispersión normativa existente y los efectos del Estado autonómico en el ordenamiento jurídico, hacía aconsejable la realización de un esfuerzo para su simplificación, incidiendo especialmente en la Administración periférica. La organización y el funcionamiento de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta constituyen, por tanto, el ámbito que aquella ley regula [...]”*.

Añade: *“El anteproyecto de ley de creación de uno de estos organismos públicos, según establece el artículo 61.2 de la LOFAGE —que subsistiría vigente una vez aprobado este proyecto de ley—, deberá de ser acompañado de una propuesta de estatutos del plan inicial de actuación del organismo. A ese régimen jurídico se adicionaría ahora, en virtud de este proyecto, el propio de las Agencias Estatales que se regirían por su normativa específica, y sólo supletoriamente por la LOFAGE de tal suerte que el panorama de los entes y empresas públicas en los que se materializa la descentralización funcional tendría un distinto tratamiento en el alcance de la reserva legal para su creación”*.

Continúa: *“En definitiva, la LOFAGE obliga a dar a conocer los fines y medios con los que se va a disponer y avanza, en su anteproyecto de ley de creación, una propuesta de Estatutos y el Plan inicial de actuación para que sea conocida por el Gobierno y a la cual, lógicamente, puede tener acceso el legislador”*.

Y agrega: *“La respuesta que el proyecto de ley pretende dar para la modernización de la AGE no se corresponde con lo que debería de ser un modelo articulado de Administración en la que sus estructuras sirvan a los intereses generales, funcionando de manera coordinada como una red inspirada en el principio de organización común, evidenciando la falta de modelo para impulsar una reorganización de la Administración en España. [...], constituyendo, una vez más, un ejemplo de la política errática de este Gobierno que da a conocer, vagamente, cómo se inicia un proceso sin definir los límites para su conclusión [...]”*.

Todavía: *“El proyecto de ley no define el alcance de la reforma y se aleja de los contenidos de la LOFAGE que, en la búsqueda de un sistema racional de organización, ya preveía elevar a rango de ley la adaptación de los organismos públicos cuando su adecuación incorporara peculiaridades respecto del régimen*

¹⁵ Véase BOCG, núm. 63 (c), de 19 de mayo de 2006, propuesta de veto del GPP.

general de cada organismo en materia de personal, contratación o régimen fiscal”.

Además: *“El proyecto presentado por el Gobierno, haciendo un “alarde” de la transparencia y la objetividad que debería de presidir cualquier actuación pública y con el pretexto de la modernización y adaptación de los medios materiales y humanos en la Administración General del Estado, pretende, a través de la disposición adicional quinta, autorizarle sin necesidad de justificación alguna, para transformar los actuales organismos públicos en agencias estatales, siempre que los objetivos y actividades se ajusten a su naturaleza [...]”.*

Y termina: *“En resumen, si este proyecto de ley no aporta en el ámbito de los organismos públicos una innovación, que en definitiva encare una reforma en profundidad de ese sector público y de la Administración General del Estado en su conjunto; si supone sólo una enmienda desordenada en ese sector; si no es claro que pretenda acometer un programa bueno o malo, pero alguno, que merezca el calificativo de una mejor Administración Pública, y si ni se explica, ni se justifica, que eso pudiera ser así; es patente que una iniciativa tan jurídicamente tosca, como políticamente desorientada, es merecedora de un veto”.*

II. EL CONCEPTO Y LA MEJORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, ENTENDIDOS ÉSTOS COMO LOS PROGRAMAS CORRESPONDIENTES A POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA COMPETENCIA DEL ESTADO

1. *Una cuestión previa.*

Previamente cabe plantear: ¿la naturaleza de la actividad a realizar –programas correspondientes a políticas públicas de la competencia del Estado– es sinónimo de servicio público?

El objeto de la Ley 28/2006, de 18 de julio, es la creación de las agencias estatales “para la gestión de los programas correspondientes a políticas públicas de la competencia del Estado” (artículo 1), o en palabras del artículo 2.1: *“para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias”.*

¿Programas correspondientes a políticas públicas de la competencia del Estado, o de la Administración General del Estado, es lo mismo que servicio público? Si es así, el título de la ley “de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos” sería correcto, acertado, estaría describiendo con precisión el objeto y finalidad de la misma. En caso contrario se trataría de una grave imprecisión que daña frontalmente el sentido y alcance de las agencias que se pretenden crear al denominarlas de esta manera.

Para salir de dudas, paso a examinar brevemente, el contenido de una categoría jurídica “servicio público” que constituye un pilar fundamental

del derecho administrativo, y de este modo intentaré llegar a una conclusión sobre el interrogante que planteo.

2. *Determinación conceptual de la categoría jurídica “servicio público”.*

a) Origen y significado. Tal y como ha puesto de manifiesto entre otros autores Ariño Ortiz¹⁶, el servicio público hay que plantearlo en el marco de un esquema más general: el de los fines del Estado. Este tema se encuentra, como escribió el profesor Aurelio Guaita, “antes y fuera del Derecho administrativo”¹⁷.

En su origen aparece el concepto de servicio público, como un concepto político que abarca cualquier actividad estatal, es decir, todo aquello que tiene relación con los intereses colectivos del Estado y, por tanto, algo que atañe personalmente a todos los que integran la nación, algo que se contrapone a los asuntos privados. Además, tiene otra dimensión. Se trata de actividades destinadas al servicio del público, es decir, acciones a través de las cuales se asegura a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente al cuidado de ella¹⁸.

En España, el concepto de servicio público aparece antes que el de dominio público. La Ley Madoz, de 1 de mayo de 1855, declaró exceptuados de venta “los edificios y fincas destinadas o que el Gobierno destinase al servicio público”¹⁹. Con anterioridad, Jovellanos, Floridablanca y Aranda introdujeron de hecho, la noción moderna de servicio público²⁰ por influencia directa de la Revolución Francesa. El servicio público es algo que atañe personalmente a todos los que integran la nación, se contrapone a los intereses privados. El servicio público sucede al servicio del Rey, porque se ha operado una sustitución en la titularidad de la soberanía. Dicha transmisión tendrá lugar en lo que hoy denominamos servicios públicos asistenciales²¹. La Ilustración delimitó dos ámbitos nítidamente separados:

¹⁶ Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico* (Granada, Comares, 1999), pp. 480 ss.

¹⁷ Véase GUAITA, Aurelio, *Derecho administrativo especial* (Zaragoza, 1969), I, pp. 15 y ss.

¹⁸ Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, cit. (n. 16), p. 481.

¹⁹ Véase SALA ARQUER, J. M., *El principio de continuidad de los servicios públicos* (Madrid, INAP, 1974), p. 55.

²⁰ Véase VILLAR PALASÍ, José Luis, *Concesiones administrativas*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (Barcelona, Seix, 1952), pp. 690 y 691.

²¹ Véase MEILÁN GIL, José Luis, *La cláusula de progreso en los servicios públicos* (Madrid, Imnasa, 1968), p. 11 y nota 12. También se señala como causa esencial cuyo reflejo continúa vigente hoy día, la insuficiencia de la iniciativa privada que ocasiona el nacimiento de los servicios públicos. La historia del ferrocarril en España es para

el Estado y la Sociedad, cuya relación queda articulada a través de la representación igualitaria de la sociedad en el Parlamento. Durante la Revolución Francesa, los prejuicios antigremiales cristalizan con la prohibición de todo tipo de organizaciones intermedias, y de este modo se sientan las bases sociopolíticas para el surgimiento de la idea del servicio público.

Actividades asumidas por los Gremios, la Iglesia, las Fundaciones, las Corporaciones, las Universidades y otros entes hasta mediados del siglo XIX, pasan a ser asumidas por el Estado ante el vacío que se produce y declara estas actividades como propias. A continuación, la primera Revolución industrial y el alumbramiento de las concesiones administrativas como una fórmula que compatibiliza la titularidad estatal de las actividades, y la gestión indirecta que preconizaban las concepciones ideológicas de signo liberal, originan la publicación de múltiples actividades.

Es una constante de la evolución administrativa el paso sucesivo para la satisfacción de las necesidades públicas de uno a otro de los siguientes modos de ser colmadas y según el siguiente orden: policía, fomento y servicio público. La policía es el método propio de la Administración del antiguo régimen, el fomento lo es de la época liberal y el servicio público lo es del Estado moderno²². Entre las dos guerras mundiales, el servicio público sigue aportando nuevas modulaciones que se traducen al campo jurídico en la aparición del servicio público industrial y el servicio público virtual o funcional. Al terminar la segunda guerra mundial su aportación es al movimiento nacionalizador, y sirve de justificación a una tendencia de contornos imprecisos que se consolidaría posteriormente, la actividad económica pública generalizada²³, actividad caracterizada por el protagonismo económico en el mercado de bienes.

La última etapa es la del Estado programador de la vida social. No le interesa tanto producir como hacer que los demás produzcan; instrumentar técnicas con las empresas privadas que hagan jugar a éstas como agentes económicos en el cumplimiento de los programas nacionales²⁴. Ciertamen-

digmática en este sentido. Véase MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *El buen funcionamiento de los servicios públicos* (Madrid, Tecnos, 1990), pp. 18 y 19.

²² Véase GONZÁLEZ BERENGUER, J. L., *La actividad de policía en la esfera municipal* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1959), p. 21.

²³ Véase BASSOLS COMA, M., *Servicio público y empresa pública*, en *RAP*. (1984), p. 29; BASSOLS COMA, M., *Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo y su evolución*, en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Ecutia* (Valencia, Universidad de Valencia, 1980), p. 70.

²⁴ Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado* (Madrid, Marcial Pons, 1993), p. 283. Señala que las etapas históricas no son sustitutivas, sino acumulativas: "los

te, el número de servicios había ido aumentando con la civilización, y a los tradicionales dotados de *imperium*, como defensa, policía y justicia, se han añadido otros de carácter más técnico y de índole muy diversa. Debe establecerse como límite que, en la medida en que los particulares puedan satisfacer la necesidad suficientemente, procede la dejación pública. Incluso, la experiencia histórica aconseja la preferencia por un sistema prestacional concurrente, siempre que sea posible²⁵.

Hoy como ayer, el servicio público, constituye uno de los ejes fundamentales sobre los que se vertebra la actividad administrativa²⁶. También es cierto, que la historia legislativa, jurisprudencial y doctrinal, ha puesto en tela de juicio la posibilidad de encontrar un concepto jurídico de servicio público de validez general²⁷. Quizás por ello se puede afirmar que el servicio público es una de esas nociones fundamentales cuyo contenido sólo ha podido ser precisado en breves periodos de tiempo y cuyos contornos se resquebrajan al compás de las contradicciones de las leyes y las decisiones jurisprudenciales²⁸.

nuevos fines no han desplazado a los anteriores, sino que se han superpuesto a ellos”. Desde el punto de vista jurídico, clasifica en cinco tipos las modalidades de la acción administrativa: acción ordenadora, condicionadora; acción de fomento; actuación como protagonista; actividad de producción; acción de previsión y programación. El concepto de servicio público, lo adjudica a la tercera de estas tareas. Véase *Ibidem*, pp. 284 y 285. Véase FERNÁNDEZ, T.-R., *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, en *RAP* 150 (1999), pp. 57-73.

²⁵ Véase MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *El buen funcionamiento de los servicios públicos* (Madrid, Tecnos, 1990), pp. 20 y 21.

²⁶ Véase MARTÍN REBOLLO, Luis, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, en *RAP*. 100-102 (1983), p. 2509, nota 86: “En su *Traité de Droit administratif*, A. de Laubadère, después de referirse al apogeo y a la crisis de la noción de servicio público, aludirá también a las nuevas corrientes rehabilitadoras del criterio, para acabar diciendo que, si hoy es más que dudoso que se pueda edificar el Derecho Administrativo en torno a un concepto único y exclusivo, la noción del servicio público continúa siendo la más importante como criterio de aplicación del mismo, como criterio jurisdiccional y como lugar de encuentro en las principales nociones técnicas del Derecho Administrativo”.

²⁷ Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, cit. (n. 16), pp. 485-488. Véase SALOMÓN, Jorge Luis, *El concepto actual de servicio público*, en *Documentación Administrativa* 267-268 (2004), pp. 367-393.

²⁸ Véase SOUVIRÓN MORENILLA, José María, *La actividad de la Administración y el servicio público* (Granada, Comares, 1998), p. 1 y nota 2. En todo caso, tal y como afirma el autor, el concepto de servicio público es fundamental para el derecho administrativo, p. 6, nota 10: “Así, para la definición u oportuna contextualización de conceptos como los de “servicios esenciales de la comunidad” (arts. 28.2 y 37.2 de la CE); “servicios esenciales” susceptibles de reserva al sector público (artículo 128.2 CE); “servicios fundamentales en todo el territorio español cuyo nivel mínimo de

En todo caso, es necesario afirmar que la actualización de la noción jurídica de servicio público me lleva a analizarlo en cada momento como un punto de partida. Es decir, nos sirve para apreciar como esta categoría del derecho administrativo, puede tener unidad de sentido a pesar de sus diversas formas de expresión institucional: servicios públicos reservados o no a la titularidad exclusiva de la Administración; obligaciones de servicio público a las actividades privadas; el servicio público objetivo, que bajo la denominación de servicio universal, y derivado del Derecho comunitario, ya ha sido adoptado en nuestro ordenamiento jurídico. Si vamos un poco más allá en este último supuesto, podemos afirmar que podríamos estar pasando desde una concepción del Estado Social definida por la intervención pública frente al mercado, a un modelo donde el Estado, para el logro de sus fines, opera con el mercado.

b) El concepto de “servicio público”. Con gran claridad diferenciaba el profesor Aurelio Guaita²⁹, el concepto de servicio y servicio público: “Se

prestación debe asegurar financieramente el Estado a las Comunidades Autónomas (artículo 158.1 CE y artículo 15 LOFCA); “servicios públicos esenciales” contemplados por la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos; “servicios esenciales para la comunidad” contemplados como referente de sus previsiones por la Ley de los estados de alarma, excepción y sitio de 1981, etc. O para la aplicación oportuna del régimen del derecho de huelga (R.D.L. 17/1977, de 4 de marzo), el deslinde de los tipos penales configurados por referencia al concepto de servicio público por el nuevo Código Penal (así el abandono “de un servicio público” y de “un servicio público esencial”, artículo 409 C.P.; la denegación de auxilio “a la Administración de Justicia u otro servicio público”, artículo 412 C.P.; la denegación discriminatoria de las prestaciones “de un servicio público”, artículo 511 C.P., o la aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los daños delictuales derivados del funcionamiento de “los servicios públicos”, artículo 121 C.P.)./ Por lo demás, la delimitación del concepto de servicio público sigue siendo condición inexcusable para la interpretación de previsiones jurídico-administrativas de notoria importancia. Así, la calificación de los bienes demaniales o patrimoniales (artículo 339.2 Código Civil y artículo 79 LBRL); de la naturaleza administrativa –típica o especial– o privada, y el, régimen jurídico, de los contratos de la Administración (arts. 4 de la antigua Ley de Contratos del Estado y 5 de la vigente LCAP); la residenciabilidad judicial contencioso-administrativa u ordinaria (artículo 3, LJCA); la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 106.2 CE; 121 LEF y 139.1 de la LRJ-PAC); el beneficio de la expropiación forzosa (artículo 10 LEF y artículo 11.2, a) REF); el régimen financiero público de determinadas contraprestaciones económicas (tasa o precio público, conforme a lo dispuesto por la Ley General Tributaria; Ley 39/1989, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales; y Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos); las incompatibilidades de autoridades y funcionarios para desempeñar cargos en empresas concesionarias o contratistas (Ley de incompatibilidades de 1984 y Ley de incompatibilidades de altos cargos de 1995), etc.”

²⁹ Véase GUAITA, Aurelio, *Derecho administrativo especial* (Zaragoza, 1964), III, pp. 64-66.

entiende por servicio la prestación o actividad que, al menos con cierta continuidad, realiza una persona en favor o beneficio de otra. La prestación tanto puede consistir en actividad pura, en un hacer, como en una actividad que entrañe además la entrega de cosas o bienes, es decir, actividad consistente en un dar [...]. Ahora bien, la idea de continuidad es esencial para un concepto válido y jurídico de servicio: es precisamente esa repetición de actos lo que engendra el servicio; una prestación aislada no merece técnicamente el nombre de servicio [...]. La idea de servicio, como la de funcionario, como la de comerciante, como la de suministro, etc., entrañan *in essentia* la continuidad, la habitualidad, la profesionalidad”³⁰.

Sobre el concepto de servicio público nos advierte de la existencia de tantos conceptos de servicio público como autores han estudiado la cuestión. Aun así deja constancia de algunos caracteres insoslayables: “Servicio público es la prestación o actividad que la Administración por consideración directa al interés público, realiza en beneficio de los particulares o “administrados” [...]. Si es esencial, tiene que serlo: a) que la prestación sea regular y continua (pues de otro modo no sería un servicio); b) que lo preste la Administración pública (u otra persona a la que se lo concede la Administración, es decir, un concesionario); c) que se preste al público, que adquiere con ello la condición de público usuario del servicio; un “servicio” que se preste la Administración a sí misma no es servicio público, ni siquiera un servicio, pues éste, como ya se ha dicho, requiere la prestación o actividad de una persona en beneficio de otra; d) por último, la actividad de prestación en que el servicio público consiste, se realiza precisa y directamente por motivos y finalidades de interés público [...]”.

Además parte de la doctrina exige como esenciales al servicio público otras dos notas: de un lado, que el servicio se prestara según un régimen jurídico “especial”; de otro lado suele decirse, si bien no unánimemente, que una nota definitoria del servicio público es la de ser un monopolio de la Administración. Sin embargo, tal y como manifiesta el profesor Guaita³¹, ninguno de estos caracteres es necesariamente consustancial al concepto de servicio público, pues éste existe, sin más, si concurren las notas antes enunciadas³².

³⁰ El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en el artículo III-145 establece: “*A efectos de la Constitución, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de personas, mercancías y capitales*”.

³¹ Véase GUAITA, Aurelio, *Derecho administrativo especial* (Zaragoza, 1964), III, p. 67.

³² Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado* (Madrid, Marcial Pons, 1993), pp. 299 ss.

El profesor Gascón y Marín, consideró servicio público: “el prestado para satisfacer necesidad general pública, de modo regular y continuo, utilizando procedimiento jurídico público que somete las relaciones creadas a régimen especial”. El profesor Pérez Botija, aborda su noción: “El servicio público es la actividad organizada para satisfacer una necesidad colectiva de interés público o social de una manera regular y continua por una institución oficial, regida por un régimen jurídico especial y sin fin especulativo”³³. El concepto de servicio público ha de consistir en la actividad prestada continua y regularmente por una organización destinada a aportar utilidad, ha de ser gestionado en nombre de la colectividad por medio del derecho público³⁴. “Servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial”³⁵, y sólo es posible esta definición por exclusión con los otros tipos de actividad que realiza la Administración. Ariño Ortiz³⁶, ha señalado como notas definitorias en un avance de definición de servicio público las siguientes: titularidad estatal, actividad destinada al público, indispensable para la vida social, su gestión no supone el ejercicio de poderes soberanos³⁷.

³³ Véase MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *El buen funcionamiento de los servicios públicos* (Madrid, Tecnos, 1990), pp. 37 y 38.

³⁴ Véase DE LA CUETARA, J. M., *La actividad de la Administración* (Madrid, Tecnos, 1983), p. 127.

³⁵ Véase GARRIDO FALLA, F., *El concepto de servicio público en Derecho Español*, en *RAP*. 135 (1994), pp. 21 y 22: “Esta definición –que coincide con las que ofrecen la doctrina tradicional, tanto francesa como española– debe ser matizada en relación con sus distintas notas constitutivas. a) Se trata de un servicio *técnico*; lo cual es una consecuencia de las diversas modalidades que hemos señalado a la actividad administrativa. Lo que el administrado recibe no son actos administrativos, sino *prestaciones técnicas* [...]. b) Se presta al *público*, es decir, a los ciudadanos en general, y con respeto al principio de igualdad ante la ley [...]. De una manera *regular y continua*. El origen y la razón de ser de muchos servicios públicos está cabalmente en el cumplimiento de esta exigencia [...]. d) La *titularidad pública* es nota inherente en la definición [...]. e) El sometimiento a un *régimen jurídico especial* es, en fin, una de las notas típicas tradicionales actualmente en crisis [...].”

³⁶ Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, cit. (n. 16), pp. 490-491.

³⁷ *Ibidem*, pp. 491-495. La última nota definitoria señalada apunta a una distinción entre función y servicio. La primera supone normalmente un *régimen autoritario* y se ejerce a través de actos jurídicos, la segunda no supone ejercicio de poderes soberanos y se ejerce a través de *prestaciones de tipo técnico*. También establece una segunda delimitación conceptual entre servicio público y gestión económica. Las notas diferenciales entre ambas son la falta de exclusividad regalística, la falta de regularidad y continuidad, inexistencia de derecho a exigir la producción o adquisición de un bien,

A pesar de la evolución de la teoría del servicio público, debo señalar dos características de importancia capital: el carácter regular y continuo³⁸; sometimiento a un régimen jurídico especial. Debo recordar que la idea de servicio público establece técnicas de conexión entre administraciones públicas diversas, para que exista coordinación entre los diversos bloques competenciales que integran el servicio. No debemos confundir un concepto sociológico de servicio público, con el concepto jurídico, pues estaríamos obviando y calificando de la misma forma todo el elenco de actividades que desarrolla la Administración³⁹.

Por todo ello, es posible atribuir al Derecho Administrativo una gran dinamicidad, pero sin que ello suponga la destrucción de las categorías dogmáticas que forman parte del mismo⁴⁰. *Stricto sensu*, no es posible incluir en un cajón de sastre la totalidad del tráfico administrativo, por las diferencias sustanciales que por ejemplo existen entre una función pública, la actividad industrial o mercantil que pueda desplegar la Administración⁴¹ y las actividades desarrolladas por los particulares.

cobro de precios privados y no suele darse poder de *imperium*, características todas ellas que se dan en el servicio público.

³⁸ Véase STS 30 de enero de 1987, F.D. (TS), segundo, Ar. 2034.

³⁹ Véase BASSOLS COMA, M., *Servicio público y empresa pública*, en *RAP*. (1984), pp. 46 y 47. Véase CHACÓN ORTEGA, Luis, *Manual de procedimiento y formularios para ayuntamientos* (Barcelona, Bayer Hermanos S.A., 1991), IV, p. 1577.

⁴⁰ Véase STS 11 de marzo de 1988, F.D. tercero (Ar. 1996), acerca del concepto amplio de servicio público.

⁴¹ Véase DE LA CUETARA, J.M., *La actividad de la Administración*, cit. (n. 34), p. 134, mantiene la versatilidad del concepto amplio de servicio público. Pone como ejemplo el artículo 106 de la CE: "funcionamiento de los servicios públicos"; artículo 339 del CC.: "bienes de dominio público afectos a un servicio público". En el primer caso, el sujeto de la frase determina que se está refiriendo a toda la actividad de la administración (incluidos los servicios públicos), en el segundo se trata de dos categorías jurídicas que tienen carácter complementario en muchos casos, sin que afecte a la independencia formal de las mismas, y por tanto a las consecuencias jurídicas en que se ven inmersas. Véase LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Régimen jurídico de la televisión privada* (Madrid, Marcial Pons, 1994), pp. 204 y 205, plantea serias objeciones al concepto amplio de servicio público. Dicha noción resulta inconsistente por incluir en la misma denominación y consideración actividades tan dispares como el establecimiento de límites, condiciones, derechos y obligaciones, con la actividad prestacional de la administración. Véase MARTÍN RETORTILLO, S., *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, en *RAP*. 126 (1991), p. 106, la gran contradicción que se produce hoy día, mientras que es notorio que se privatizan funciones y servicios públicos, progresivamente se lleva a cabo una progresiva *publicatio* de diferentes actividades sociales, en un proceso de creciente intervención pública en todas esas actividades.

⁴² Véase GUAITA, Aurelio, *Derecho administrativo especial*, cit. (n. 17), III, pp. 70-74. En la p. 73 afirma textualmente: "Nuestra jurisprudencia suele manejar un concepto

c) Los servicios de interés general en Europa⁴³ como un pilar fundamental de la Unión⁴⁴. La expresión “servicio público” era utilizada por el artículo 77 del TCE: “Serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público”.

Lo cierto, es que la sistemática del Tratado, no reconoce en otros artículos este concepto. Sin embargo, su inclusión nos da claves importantes sobre el mismo⁴⁵. En primer lugar, reconoce esta categoría jurídica y el estatuto específico que el mismo ha de llevar. La segunda, que esta noción justifica la excepción a las reglas sobre las ayudas públicas y con ello y al cabo, a las normas sobre la competencia.

El artículo 86 TCE (antiguo artículo 90 del Tratado originario de Roma) plantea otras excepciones a la competencia, y lo hace en los siguientes términos: “2. *Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad*”.

amplio del servicio público, pero no ha impedido ello que cuando se ha presentado la ocasión distinguiera entre los servicios públicos y la actividad industrial de la Administración, y así por ejemplo ha declarado que “no debe confundirse la actividad industrial de la Administración con los servicios públicos *stricto sensu*, en cuanto tienen de común finalidades públicas, y como notas diferenciales, bien el ejercicio de una actividad económica industrial para la primera, bien el proporcionar o facilitar la utilización o uso de ciertos bienes o servicios en beneficios de la colectividad de una manera regular y continua para los segundos”.

⁴³ Véase DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Sector público empresarial e instituciones paraconcursales* (Madrid, Marcial Pons, 2004), pp. 182-214, donde desarrolla un interesantísimo análisis sobre los servicios de interés general. Véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N° C 116/52, Dictamen del Comité de las Regiones sobre “El papel de las autoridades locales y regionales en los servicios públicos” (97/C 116/07); Libro Verde sobre los servicios de interés general, COM (2003) 270 final, de 21 de mayo.

⁴⁴ Véase: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Servicio público y derecho comunitario europeo*, en *Revista Catalana de Derecho Público* 31 (2005), pp. 375-395; GONZÁLEZ-VARAS Ibáñez, Santiago, *El derecho administrativo europeo* (Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005), pp. 165-212; DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La idea de servicios de interés económico general*, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (Madrid, Civitas, 2003), pp. 677-686.

⁴⁵ Véase SOUVIRON MORENILLA, José María, *La actividad de la Administración y el servicio público*, cit. (n. 28), pp. 272-273.

Así, el concepto de “servicio público” y el de “servicio de interés económico general”, quedan interrelacionados. Ahora también es necesario afirmar que el Derecho comunitario no impide la *publicatio* de servicios por los Estados miembros. Además el supuesto de posición dominante, tampoco está prohibido en principio por el TCE, siempre que su consecuencia no sea una explotación abusiva del mismo. En todo caso, derecho comunitario y derecho interno operan en planos distintos, donde no se podrá vulnerar la competencia efectiva entre operadores (públicos y privados), salvo en las excepciones reseñadas por el propio Tratado. En ellas tienen cabida las *publicatio* o reservas en manos públicas, lo que legitima que la actividad de que se trate goce de un régimen jurídico exorbitante.

Este podría ser reconocible tanto en los servicios monopolizados *de iure* por los Estados como en las actividades de prestación de servicios efectuadas por la Administración sin monopolio público sobre su realización y por tanto en paralelo con las efectuadas por los particulares, e incluso en las realizadas por éstos, siempre que en ellas quepa detectar el “encargo” de tal misión específica por el Estado.

En todo caso, falta en el seno de la Unión Europea un concepto formal de servicio público. Por ello, hoy día se vincula su operatividad en relación con los servicios de interés económico general del TCE y las determinaciones que para éstos prevé su artículo 86, lo que podría dar lugar a la aparición de la noción de “servicio de interés general”, caracterizado por una misión específica, confiada a un operador público o privado, y que puede abarcar el conjunto de la actividad o servicio, o una parte o cualidad del mismo⁴⁶. Así, en el Libro Verde sobre los servicios de interés general, párrafo 10 se describen de la siguiente forma: “*Servicios de naturaleza tanto económica como no económica, que constituyen una realidad compleja y en constante evolución. Abarcan un amplio espectro de actividades de diverso tipo –desde ciertas actividades propias de las grandes industrias de redes (energía, servicios postales, transporte y telecomunicaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales–, de dimensiones diversas –unas de ámbito europeo, incluso mundial, otras de ámbito simplemente local–, y de diferente naturaleza, sometidas o no a la disciplina del mercado*”.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 283: “La noción de “servicio de interés general” vendría así a constituir el trasunto comunitario, con nuevo nombre, del servicio público, al responder a su mismo perfil: la finalidad (la misión de interés general) y régimen (exorbitante y al margen del mercado y la libre competencia), y sin requerir para ser caracterizada como tal del rasgo de la titularidad pública exclusiva sobre la actividad. Lo relevante de la noción no sería, pues, el dato subjetivo, sino el objetivo, esa “misión” que, usando sin ambages la propia expresión de “servicio público” utilizada por el artículo 77 del propio TCE, podríamos calificar de “misión de servicio público””.

Los servicios de interés general en Europa constituyen un pilar fundamental de la Unión y contribuyen a la consecución de objetivos trascendentes. Además, cada vez más, los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles. Por ello los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad⁴⁷.

El peso económico de estos servicios es considerable. La modernización y el desarrollo de los servicios de interés general contribuyen a la competitividad europea y a la solidaridad social, así como a la calidad de vida de todos los ciudadanos. Es deseable que la Comisión recuerde los fundamentos de su política y formule objetivos para el futuro⁴⁸.

Lo cierto es que la Unión Europea da lugar o contiene una diversidad de modos de organización de los servicios de interés general en los distintos países e incluso en las distintas regiones, y según los sectores. Es

⁴⁷ Véase *Dictamen de la Comisión con vistas a la Conferencia Intergubernamental*, COM (96) 90 final, 28 de febrero de 1996: “Edificado sobre un conjunto de valores comunes a todas las sociedades europeas, el proyecto europeo pretende promover dichos valores, que combinan los rasgos característicos de la democracia –derechos humanos, Estado de Derecho– con los de una economía abierta, basada en el dinamismo del mercado, la solidaridad y la cohesión. Entre estos valores figura el acceso de los ciudadanos a servicios universales o a servicios de interés general, que contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato”.

⁴⁸ Véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 281/3, 26 de septiembre de 1996, *Los servicios de interés general en Europa*. En esta Comunicación de la Comisión, también se precisa el contenido conceptual de: 1. “Servicios de interés general”. Designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público. 2. “Servicios de interés económico general”. Mencionados en el Tratado en el artículo 90, designan las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público. Este es el caso de los servicios en red de transportes, energía y comunicación. 3. “Servicio público”. Esta expresión tiene un doble sentido: designa tanto el organismo de producción del servicio como la misión de interés general que se confía a éste. Las obligaciones de servicio público específicas pueden ser impuestas por la autoridad pública al organismo de producción del servicio, con el fin de favorecer o permitir la realización de la misión de interés general, así por ejemplo en materia de transporte terrestre, aéreo, por vía férrea o en materia de energía. Estas obligaciones pueden desempeñarse a escala nacional o regional. Hay que señalar que a veces se confunde erróneamente servicio público con sector público (incluyendo aquí la función pública), es decir, misión y estatuto, destinatario y propietario. 4. “Servicio universal”. Desarrollado por las Instituciones de la Comunidad, este concepto evolutivo define un conjunto de exigencias de interés general a las que deberían someterse en toda la Comunidad las actividades de telecomunicaciones o de correos, por ejemplo. Las obligaciones que derivan de este servicio tienen por objeto garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a un precio asequible”.

decir, misiones similares se cumplen en función de situaciones diferentes: obstáculos geográficos o técnicos, organización política y administrativa, historia y tradiciones. Estos servicios pueden ser prestados en monopolio o en régimen de competencia, tanto por empresas privadas como por organismos públicos, así como por asociaciones público-privadas. La actividad de estos agentes, a veces llamados explotadores, está controlada por las autoridades locales, regionales o nacionales, con prerrogativas y estatutos variables. La relación entre organismos de control y operador puede adoptar a su vez formas muy diversas.

Esta diversidad puede conducir a una confusión en los términos. Puede asimilarse erróneamente sector público con servicios públicos y confundir así estatuto y misión, propietario y destinatario. La política europea persigue el interés general, y, por tanto, las funciones y las condiciones en que se realizan, y no los estatutos. En cualquier caso, esta variedad de situaciones supone un reto para la integración económica de Europa. Sin embargo, lejos de constituir un obstáculo, constituye una reserva de donde pueden extraerse métodos de organización adecuados para satisfacer el interés general en un contexto económico en mutación, así como los métodos más eficaces para proseguir la integración europea.

Por todo lo expuesto, la Comisión actúa con arreglo a diversos principios. En primer lugar se apoya en la diversidad garantizada a través de dos principios fundamentales: neutralidad frente al estatuto público o privado de las empresas y su personal; libertad de los Estados miembros para definir las misiones de interés general, otorgar derechos especiales o exclusivos necesarios para realizar estas misiones a las empresas responsables, ordenar su gestión y encargarse, en su caso, de su financiación, con arreglo a lo dispuesto en el Tratado. En todo caso, las condiciones del artículo 86 del Tratado no se aplican a las actividades no económicas (sistemas obligatorios de escolarización o de protección social), ni a las funciones llamadas "de regalía". En segundo lugar, lograr el equilibrio, de forma que aunque dada la naturaleza evolutiva de la propia Unión, las misiones de servicio público puedan responder a las nuevas exigencias. Tercero, promover el interés general europeo en forma de servicio universal o de otras obligaciones de servicio público.

d) Innovaciones dogmáticas y conceptuales: el nuevo servicio público. Hoy día muchas de las obligaciones de servicio público españolas son las especificaciones de servicio público comunitario. Estas obligaciones de servicio público permiten que al margen de las mismas, la economía ordinaria y el régimen general mercantil sigan actuando. Su aplicabilidad vendrá determinada por su necesidad para la obtención de la prestación concreta de que se trate e, incluso, de algunas características de tal pres-

tación (universalidad, continuidad, regularidad) en las circunstancias en que pretende hacerse.

Es lícito plantearse, si verdaderamente está cambiando el modelo de servicio público. El sobredimensionamiento de los servicios públicos, la competitividad, las cifras del déficit público que nos impone la moneda única, las privatizaciones, etc., ha llevado a parte de la doctrina⁴⁹ a preguntarse si aquel servicio público que tantas páginas de tinta hizo correr, ha muerto. Es pronto para pronunciarse. Es indudable que nada volverá a ser como antes, pero también es cierto que no es posible prescindir del servicio público, aunque es posible adoptar diversas fórmulas de gestión. La *publicatio* y la consiguiente titularidad y monopolio público, la exclusión de algunas reglas del mercado, la posición de los usuarios, las tarifas, etc., son temas aun sin resolver.

La cuestión radicará entonces en dilucidar si en este caso estaremos ante una mera actividad privada reglamentada o ante una auténtica acción de servicio público, se avenga o no con las categorías hasta ahora imperantes. Debemos tener en cuenta que la evolución del Derecho comunitario hacia el llamado “servicio universal” y el proceso de liberalización que vivimos, plantean una dinámica inversa a la hasta ahora considerada implícita en los llamados servicios públicos virtuales. No se trataría ya de un proceso virtual hacia la declaración de las actividades privadas como servicio público en tanto que monopolizadas directa o indirectamente por el Estado y sujetas a un poder modalizador fundado en la virtualidad de ese dato, sino de todo lo contrario. Pero no debemos perder de vista el horizonte, pues esta explicación serviría para dar cobertura jurídica al proceso de desmonopolización de los servicios públicos, de las actividades asumidas por el sector público, y su apertura a un libre desarrollo privado (aunque reglamentado) de las mismas, estableciéndose, no obstante, ese vínculo de conexión. Se trata de caracterizar esta nueva posibilidad y su inclusión dentro de la noción de servicio público, pero en todo caso, puede resultar también un viaje de ida y vuelta.

Sin duda, el carácter coyuntural de la propia estructura de esta noción de servicio público, ajena a actividades consolidadas, nos hace aceptarlo con las limitaciones y cautelas de una concepción que todavía se está forjando. En este sentido resultan esclarecedoras las siguientes palabras: “[...] la propia Comunidad está empezando a enderezar políticas de promoción del ‘interés general europeo’. Es decir, que su preocupación por la eficacia económica, la construcción del gran mercado, no le ha hecho olvidar los

⁴⁹ Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar - DE LA CUETARA, J. M. - MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El nuevo servicio público* (Madrid, Marcial Pons, 1997).

viejos propósitos de las acciones de interés general, bien revistan la forma de servicio universal o de otras obligaciones de servicio público [...]. Pero la aceptación global de la significación ideológica del servicio público queda clara. Y para su instrumentación técnica, también acepta la Comunidad una diversidad de conceptos: servicios de interés general, servicios de interés económico general, servicio público y servicio universal. Estos conceptos, aunque pertenecientes a un tronco común no tienen la misma amplitud. Pero las valoraciones hechas por la Comisión respecto de la importancia y significación del servicio público en Europa abarcan todas las aludidas categorías, que van desde la noción más amplia posible de servicio público ‘a la francesa’ hasta los servicios comerciales estrictos”⁵⁰.

e) La culminación de un largo proceso: el servicio universal⁵¹. Toda la explicación desarrollada en las páginas anteriores, pone de manifiesto la inexistencia de contradicción entre el Derecho comunitario y el concepto de servicio público del derecho interno español, o de otros Estados de la Unión. Este hecho se reflejaba en el proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos, publicada por la Comisión europea, el 14 de febrero de 1994⁵². Sin embargo, el discurrir de la actividad comunitaria ha prohibido a través de unos cuidadosos procesos de liberalización la existencia de exclusivas o reservas en determinados sectores donde tradicionalmente y sobre esta base los Estados habían instituido sus servicios públicos. Dicho de otro modo, el Derecho derivado, al hilo de esa supresión de los derechos exclusivos, va a ofrecer una regulación del servicio público bajo moldes objetivos.

Es necesario profundizar en ese nuevo concepto, “el servicio universal”, nacido a partir de la liberalización del sector de las comunicaciones, y que

⁵⁰ Véase MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado* (Madrid, Civitas, 1998), I, pp. 226 y 227.

⁵¹ *Ibidem*, pp.: 37, 38 y 226; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, cit. (n. 16), pp.: 669-671, 753-755.

⁵² Véase *Carta Europea de los Servicios Públicos*, publicada el 14 de febrero de 1994, versión publicada en *RAP*. 136 (1995), Capítulo II: “*El Derecho comunitario consagra el principio de neutralidad en relación con la propiedad pública o privada de las empresas. Le resulta indiferente la nacionalización y la privatización. Los Estados tienen libertad, igualmente, para crear nuevos monopolios nacionales [...]. El Derecho comunitario tiene presente las misiones de servicio público u obligaciones de servicio público conferidas a algunas empresas. Estas resultan o de disposiciones expresas del Tratado, artículos 90.2 y 77, o del Derecho derivado [...]. La excepción general por razones de servicio público del artículo 90.2 constituye una regla derogatoria eventual del conjunto de reglas del Tratado. Se aplica a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general para el supuesto de que estas reglas constituyan un obstáculo, de hecho o de derecho, al cumplimiento de la misión que se les ha encomendado*”.

tuvo dos antecedentes muy importantes en el caso Corbeau⁵³ y en el caso Almelo⁵⁴. Esa idea del “servicio de interés económico general”, entendido objetivamente y como algo conceptualmente distinguible de los derechos exclusivos, permite que, en un salto más del Derecho comunitario, sea incluso el “servicio básico” el que queda excluido de las exclusivas y sujeto a la prestación en competencia (aunque su aseguramiento requiera correcciones al mercado) y, en tanto que garantizado, dentro de ese contexto, su asequibilidad a la universalidad de usuarios potenciales, ha dado lugar a la institución del llamado “servicio universal”⁵⁵.

⁵³ Véase Sentencia de 19 de mayo de 1993 en relación con el servicio público de correos belga, prestado en régimen de monopolio, el Tribunal asumió que el mismo estaba encargado de “un servicio de interés económico general” consistente en la obligación de asegurar la recolección, el transporte y la distribución del correo, en beneficio de todos los usuarios, sobre el conjunto del territorio del Estado miembro, a tarifas uniformes y en condiciones de calidad similares, sin consideración a situaciones particulares y al grado de rentabilidad económica de cada operación individual. Dicho servicio cumpliría así una misión que ex artículo 90.2 TCE se vería imposibilitada en el caso de que el mismo se abriera a la competencia por parte de empresarios particulares (pues el equilibrio económico de ese servicio presupone la compensación de los sectores de actividad menos rentables por los sectores rentables, lo que quedaría en entredicho si se admitiera la competencia de tales empresarios particulares en las actividades rentables). Ahora bien, el Tribunal excluyó del ámbito de ese servicio de interés económico general y permitió la prestación en competencia de las prestaciones específicas, suplementarias que el servicio postal tradicional no ofrece, recogida a domicilio, mayor rapidez en la distribución, etc., y que responden a necesidades particulares de los usuarios.

⁵⁴ Véase Sentencia de 27 de abril de 1994, servicio del suministro de electricidad en Holanda, el Tribunal se va a pronunciar en términos similares a los del caso Corbeau, para identificar como un servicio de interés económico general en tanto que servicio básico el suministro ininterrumpido de electricidad en el territorio de la concesión para cuantos lo soliciten en las cantidades requeridas en cada momento, con tarifas unitarias y en condiciones que sólo pueden diferenciarse por razones objetivas y cuya exclusión ex artículo 90.2 TCE de las reglas de la competencia con otros agentes económicos quedaría justificada en la medida en que ello fuera necesario para posibilitar el cumplimiento de su tarea por la empresa encargada de esa misión de interés general.

⁵⁵ Véase SOUVIRON MORENILLA, José María, *La actividad de la Administración y el servicio público*, cit. (n. 28), pp. 311-320. El servicio universal queda explicitado en el terreno de los principios de la siguiente forma: El servicio universal se define como “un conjunto mínimo de servicios definidos de una calidad determinada” que deben ser prestados a todos los usuarios a precio asequible. Se prestará en régimen de mercado y competencia, si bien cuando debido a las obligaciones de servicio universal sólo pueda suministrarse con pérdidas o en condiciones de coste que se alejen de las normas comerciales habituales, este servicio podrá financiarse para compensar la carga que representa el servicio universal. Deberá evolucionar al ritmo del progreso técnico, del desarrollo del mercado y de los cambios en las necesidades de los usuarios y será necesario establecer el marco reglamentario del sector de que se trate mediante la

En todo caso, una vez expuestas algunas consideraciones sobre el servicio universal, sería necesario poner de manifiesto que este concepto quedaría perfilado objetiva y funcionalmente sobre la base de las obligaciones de servicio público. Eso sí, ahora la situación es inversa a la descrita con anterioridad. Se trataría de obligaciones yuxtapuestas a una actividad privada que va a dar paso en el servicio universal, a la identificación global e integrada de la actividad como tal obligación de servicio público.

Un ejemplo descriptivo es el correo (la posta real, transformada de “servicio del rey” en servicio público), que fue el primer servicio público surgido bajo aquella clave, a los actuales servicios postales que ya han sido incluidos por la Unión Europea, dentro de la nueva técnica del servicio universal⁵⁶.

Sin embargo, no puede plantearse esta posibilidad como la piedra filosofal. Son otras consideraciones las que tengo que manifestar, pues si es claro el mayor dinamismo empresarial que genera, con una repercusión inmediata en las prestaciones recibidas, también es posible –y así ocurre– que servicio público y servicio universal puedan discurrir en paralelo. Además, nos debemos situar en el problema de fondo: si la prestación de los servicios básicos indispensables deben regirse por el principio de justicia social, o el de mera justicia conmutativa. De un modo o de otro siempre estará presente la responsabilidad de la Administración, máxime en el estado actual de nuestra civilización. En todo caso la falta de prestatarios obligaría a ésta a intervenir mediante la imposición automática del desarrollo del servicio universal a prestadores determinados o a su asunción directa. Además frente a la omisión, los ciudadanos podrían ejercitar las correspondientes acciones de responsabilidad.

III. CONCLUSIÓN

Atendiendo a un concepto amplio de la noción de servicio público, un concepto de carácter político, un concepto que tiene presente la concepción de los mismos en el seno de la Unión Europea (servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligaciones de servicio público, servicio universal), es posible la equiparación o equivalencia entre el objeto que se asigna genéricamente a las agencias estatales y el servicio público.

configuración de unas líneas básicas, claras y estables a nivel de la Unión.

⁵⁶Véase Resolución del Consejo 94/C 48/02, de 7 de febrero, relativa al desarrollo de los servicios postales comunitarios, DO C 48 de 16 de febrero de 1994; Directiva 97/67/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y mejora de la calidad del servicio. Véase Ley 24/1998, de 13 de julio, *del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales*.

Tal y como he comentado, el servicio público “en su origen aparece como un concepto que abarca cualquier actividad estatal, es decir, todo aquello que tiene relación con los intereses colectivos” y por ello hay que plantearlo “en el marco de un esquema más general: el de los fines del Estado”. Por todo ello hacía hincapié en que la historia legislativa, jurisprudencial y doctrinal han puesto en tela de juicio la posibilidad de encontrar un concepto jurídico de servicio público de validez general, aunque sin olvidar que en los “programas correspondientes a las políticas públicas” se dan las notas generales asignadas y acrisoladas por el paso del tiempo y el peso de los hechos a la categoría estudiada. Eso sí, con un carácter abierto que asegura su aplicabilidad, no sólo en el presente, sino también en los tiempos que han de venir; no sólo a las materias asignadas a las agencias estatales recientemente creadas, sino a las futuras.

Sobre la base de estas consideraciones considero acertado y legítimo el título de la disposición⁵⁷, pues sintetiza los elementos fundamentales que originan su nacimiento al mundo jurídico, en definitiva, a la sociedad a la que va a servir.

[Recibido el 15 y aprobado el 31 de octubre de 2006].

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado* (Madrid, Marcial Pons, 1993).
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho público económico* (Granada, Comares, 1999).
- ARIÑO ORTIZ, G. - DE LA CUETARA, J. M. - MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *El nuevo servicio público* (Madrid, Marcial Pons, 1997).
- BASSOLS COMA, M., *Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo y su evolución*, en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Ecutia* (Valencia, Universidad de Valencia, 1980).
- BASSOLS COMA, M., *Servicio público y empresa pública*, en *Revista de Administración Pública* (1984).
- CHACÓN ORTEGA, Luis, *Manual de procedimiento y formulario para ayuntamientos* (Barcelona, Bayer Hermanos S.A., 1991), IV.
- DE LA CUETARA, J. M., *La actividad de la Administración* (Madrid, Tecnos, 1983).
- DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales* (Madrid, Marcial Pons, 2004).

⁵⁷ Véase SOSA WAGNER, Francisco, *Servicio público y papel de la nueva Administración y sus entes reguladores*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* 7 (2004), pp. 125-149.

- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La idea de servicios de interés económico general*, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (Madrid, Civitas, 2003).
- FERNÁNDEZ, T.-R., *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, en *Revista de Administración Pública* 150 (1999).
- GARRIDO FALLA, F., *El concepto de servicio público en Derecho Español*, en *Revista de Administración Pública* 135 (1994).
- GONZÁLEZ BERENGUER, J. L., *La actividad de policía en la esfera municipal* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1959).
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *El derecho administrativo europeo* (Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005).
- GUAITA, Aurelio, *Derecho administrativo especial* (Zaragoza, 1969), I; (Zaragoza, 1964), III.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Régimen jurídico de la televisión privada* (Madrid, Marcial Pons, 1994).
- MARTÍN REBOLLO, LUIS, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, en *Revista de Administración Pública* 100-102 (1983).
- MARTÍN RETORTILLO, S., *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, en *Revista de Administración Pública* 126 (1991).
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *El buen funcionamiento de los servicios públicos* (Madrid, Tecnos, 1990).
- MEILÁN GIL, José Luis, *La cláusula de progreso en los servicios públicos* (Madrid, Minaza, 1968).
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado* (Madrid, Civitas, 1998), I.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Servicio público y derecho comunitario europeo*, en *Revista Catalana de Derecho Público* 31 (2005).
- SALA ARQUER, J. M., *El principio de continuidad de los servicios públicos* (Madrid, INAP, 1974).
- SALOMONI, Jorge Luis, *El concepto actual de servicio público*, en *Documentación Administrativa* 267-268 (2004).
- SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *Administración local y sistema administrativo. La interrelación procedimental y telemática de registro, archivo y secretaría*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* 300-301 (2006).
- SOSA WAGNER, Francisco, *Servicio público y papel de la nueva Administración y sus entes reguladores*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* 7 (2004).
- SOUVIRON MORENILLA, José María, *La actividad de la Administración y el servicio público* (Granada, Comares, 1998).
- VILLAR PALASÍ, José Luis, *Concesiones administrativas*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (Barcelona, Seix, 1952).