PROCURADOR DEL COMUN
DE CASTILLA Y LEON

Servicios públicos, privatización y el "ombudsman".

En nuestra tradición jurídica aún se hace difícil no calificar como opuestos, y hasta contradictorios en si mismos, los dos primeros términos que constituyen el título de esta comunicación, que sin duda pretende aproximarse a la incidencia del cambio de lo público a lo privado desde la perspectiva del poder del Estado, en la protección y defensa de los derechos de los ciudadanos encomendada a los Defensores del Pueblo.

De entre las diversas acepciones de la expresión "servicio público", la significación nuclear que ha tenido en la construcción del Derecho Administrativo está fuera de duda. Sin embargo, la tomaremos aquí en cuanto técnica específica de intervención administrativa, cuya primera y tradicional caracterización, en la que no es posible profundizar en esta ocasión, es la de aquella actividad de la Administración pública -y su consiguiente sometimiento al llamado régimen administrativo- encaminada a la satisfacción del interés general, que se ha ido abriendo paso en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho.

En torno a la misma se han establecido categorías como la vestidura jurídica pública o privada de los sujetos; naturaleza de los bienes sobre los que se asienta la prestación -demaniales o patrimoniales-; régimen jurídico-administrativo de la actividad; fiscalización jurisdiccional -civil o contencioso-administrativa-... que, sin embargo, no permiten hablar en forma definitiva de un modelo organizativo típico del servicio publico.

Pese a la crisis de la noción de servicio público y su huida del Derecho Administrativo, diagnosticada por la doctrina hace ya tiempo, ésta no ha renunciado a la tarea de aislar algunos elementos propios del mismo, tomando la acepción en su sentido estricto. Así, la titularidad pública comporta una reserva del servicio a favor de los poderes públicos, de

Casa del Peregrino, Plaza de San Marcos, nº 5 - Teléf.: 987 / 27 00 95 - Fax: 987 / 27 01 43 - 24001 LEON

PROCURADOR DEL COMUN
DE CASTILLA Y LEON

carácter monopolístico por quedar sustraído a la libre iniciativa privada, junto con el derecho del usuario a la prestación, con carácter universal, regular y contínua.

Y ello, aun cuando el servicio sea prestado por particulares en virtud de la correspondiente concesión, según la clásica distinción entre gestión directa en sus diversas formas, y gestión indirecta -por medio del concesionario al que se atribuyen facultades administrativas, aunque retenida la titularidad por la Administración concedente-. De este modo, la potestad de reserva al sector público, como instrumento jurídico de notable importancia para las actividades económicas, se actúa u opera mediante la técnica del servicio público.

Puede, pues, afirmarse, que sin titularidad pública no hay servicios públicos sino servicios privados de interés público, aun cuando su prestación viniera a satisfacer intereses generales y se hallara sometida a autorización previa, siendo el Estado en tal caso árbitro y sujeto que reglamenta con carácter general la actividad.

Prescindiremos de la fórmula intermedia en la que no existe una reserva absoluta de la actividad, sino únicamente su calificación como servicio que debe ser garantizado por el Estado, pero sin excluir su prestación por agentes privados -tal es el caso de la educación, por ejemplo- . La satisfacción de intereses generales que se encomienda por completo a la iniciativa privada constituye un punto de llegada -puede que no el último-, de los que se ha dado en denominar servicios públicos impropios o virtuales.

En el ordenamiento jurídico español, el carácter monopolístico y excluyente que se predica de los servicios públicos debe conjugar la libertad de empresa, consagrada en el artículo 38 de la Constitución, con las previsiones del artículo 128.2 de la misma, en cuanto exige la cualidad de esenciales en aquellos servicios o recursos que, mediante ley, se pueden reservar al sector público.

PROCURADOR DEL COMUN
DE CASTILLA Y LEON

Ahora bien, determinar en qué consiste la esencialidad de una actividad o recurso para la sociedad española es un supuesto de valoración política y no jurídica. Se afirma así que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza, y que la *publicatio,* en cuanto decisión formal del poder público de garantizar, asumiéndola desde la Administración, la prestación de una actividad de interés general, depende, a la postre, de lo que el legislador califique como tal.

Por otro lado, los profundos cambios que para los centros de poder del Estado representa la integración en la Unión Europea y consiguiente internacionalización de nuestra economía, se encaminan a la liberalización o privatización de la misma.

En efecto, asistimos a una transformación que alcanza a los sectores energéticos, de telecomunicaciones, postal, etc., y que está dando lugar a un nuevo concepto -en parte próximo al modelo norteamericano-, cuando no al abandono de la técnica del servicio público. Donde antes se utilizaba esta expresión, el legislador habla ahora de **servicios de interés económico general**, en un escenario en que el Estado no asume ya el papel de controlar estas actividades a través de la propiedad o titularidad de las mismas, sino únicamente el de garantizar el funcionamiento de la competencia, la protección de los consumidores, el principio de libre elección y la calidad del servicio.

La cuestión es si las nuevas corrientes privatizadoras, como freno al avance del sector público, darán una nueva orientación a los dogmas clásicos del Estado social, en cuyo contexto, y mientras una corriente de opinión ha venido manteniendo que la técnica del servicio público constituye una amenaza para las libertades públicas, otros sectores afirman que los servicios públicos son el instrumento idóneo para hacer realidad el ideal de la procura existencial (en expresión de FORSTHOFF) que define al Estado social de nuestro tiempo.

PROCURADOR DEL COMUN
DE CASTILLA Y LEON

Sin terciar en tal polémica, sí es preciso recordar la evolución que han experimentado desde los tiempos del Estado liberal los derechos del individuo. Allí donde su objeto era garantizar a éste zonas de libertad cerradas a la injerencia del poder público, aparece una nueva concepción de los mismos, de naturaleza positiva y no meramente abstencionista, que demanda una prestación por parte del Estado: Los denominados derechos económicos y sociales, como una fase característica del desarrollo de los derechos fundamentales en general.

De ahí que no se puedan desconectar las nuevas situaciones expuestas, de los derechos constitucionalmente reconocidos y que encuentran su razón de ser, precisamente, en la garantía efectiva de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 de la Constitución española proclama como fundamento del orden político y la paz social, junto con su primera exigencia, la igualdad, o mejor dicho, la libertad en igualdad que el artículo 9.2 de la misma demanda efectiva, a través del mandato promocional dirigido a todos los poderes públicos.

De este modo, al lado del deber negativo de no obstaculizar su plenitud, aparecen un conjunto de obligaciones positivas donde la promoción del progreso económico que asegure a todos una digna calidad de vida es una decisión política fundamental que alumbra el Preámbulo de nuestra Carta Magna, y condición para el ejercicio de las libertades de los individuos.

En suma, la presencia pública para garantizar la satisfacción del interés general es incuestionable, pues la libertad de empresa como motor de la economía ha de ser entendida según exige el Estado social de Derecho.

El Defensor del Pueblo -y de acuerdo con las correspondientes leyes reguladoras, también los "ombudsmen" autonómicos- tiene como misión la defensa de los derechos proclamados en el título I de la Constitución. De todos ellos, y por lo tanto también de los principios rectores de la política social y económica, cuya lectura ha de hacerse a la luz de lo proclamado en

PROCURADOR DEL COMUN
DE CASTILLA Y LEON

los artículos 1.1 9.2 y 10.1 de la misma, llevándole a permanecer particularmente atento a la efectividad de los derechos sociales o derechos de prestación.

El artículo 54 de la Constitución establece con amplitud el contenido material y asimismo el ámbito subjetivo sobre el que se proyecta la labor supervisora de nuestro "ombdusman": La Administración. Y así lo expresa también el artículo 1 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, para añadir más adelante que éste podrá iniciar y proseguir *"...cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, y el respeto debido a los Derechos proclamados en su título I"* (art. 9.1).

Se dice, por ello, que las competencias del Defensor del Pueblo se proyectan sobre toda la actividad de la Administración pública en cuanto poder público sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, al que se dirige el mandato constitucional de servir con objetividad los intereses generales. Y ello, con entera independencia del sujeto que la realice y de la forma adoptada para su desarrollo. Que se puede partir de esta misma afirmación en el caso de las competencias que está llamado a ejercer cada "ombusman" autonómico, en su respectivo ámbito territorial, está fuera de duda.

Así, el Defensor del Pueblo no se ha quedado en el límite que marcaría el concepto estricto de Administración pública, ateniéndose, por el contrario, al sentido genérico con que, sin duda, ha querido utilizarse, es decir, abarcando las distintas Administraciones públicas o, si se prefiere, las distintas manifestaciones de la función de administrar, incluidos, naturalmente, todos los servicios públicos, al margen de su concreta forma de gestión, como lo demuestran los sucesivos Informes a las Cortes Generales, donde, junto a la supervisión de aquéllas, aparece también la de empresas públicas como RENFE, Telefónica, etc.

PROCURADOR DEL COMUN
DE CASTILLA Y LEON

En efecto, las empresas públicas han venido desarrollando una importante actividad económica en la producción de bienes y prestación de servicios reservados al sector público, como organizaciones de titularidad pública aunque no necesariamente conectadas a un régimen de derecho publico -o de personalidad jurídica pública del ente-, que el Tribunal Constitucional no ha dudado en considerar como poderes públicos, pues "la instrumentalidad de los entes que se personifican o funcionan de acuerdo con el Derecho privado remite su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dichos entes con la Administración de que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como un medio practico de ampliar su acción social y económica." (STC 14/1986, de 31 de enero).

Ahora bien, las recientes medidas legislativas que han abordado la liberalización de sectores económicos socialmente muy importantes, conllevan una alteración sustancial en la cualidad de los sujetos llamados a desarrollar las actividades antes calificadas como de servicio público, que nos llevan a preguntarnos si los poderes supervisores del Defensor del Pueblo han de permanecer, necesariamente, fuera de su ámbito, o, dicho de otro modo, si se puede mantener que el operador que resulte autorizado -ya no adjudicatario de la correspondiente concesión- actúa al servicio de las Administraciones públicas -aun tomando esta expresión en su sentido más amplio- cuando presta los servicios eléctricos, postales o telefónicos sometidos a nueva regulación.

Nos mueve a a esta reflexión el contenido del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, que extiende sus atribuciones *"...a la actividad de (...) cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas"*, mención que, entendemos, piensa en los adjudicatarios de contratos públicos -señaladamente en los concesionarios de servicios públicos-, de acuerdo con el artículo 28.3 de la misma Ley:

PROCURADOR DEL COMUN
DE CASTILLA Y LEON

"Si las actuaciones se hubiesen realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante, el Defensor del Pueblo podrá instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción".

Sin embargo, la posibilidad de actuación del "ombudsman" a través de esta vía indirecta puede no ser siempre eficaz para el restablecimiento de los derechos del usuario, cuyos intereses quedarían así infraprotegidos.

Sucede, en efecto, que a la luz de la nueva regulación, la figura del usuario permanece notablemente oscurecida, existiendo supuestos en que la posibilidad de exigir y reclamar el servicio -aun calificado de esencial- es escasa, o al menos no se brinda a aquél la posibilidad de obtener una respuesta rápida a sus pretensiones. Mientras que se regula la situación de los diversos operadores contemplando minuciosamente las garantías de la libre competencia, apenas se dedican reglas a la obligatoriedad del servicio y a las sanciones derivadas del incumplimiento de la prestación o deficiente calidad de la misma, sin que entre las funciones encomendadas a Comisiones o Agencias Reguladoras, en los sectores donde se crean, aparezca con claridad la de solución de conflictos entre operadores y usuarios.

La recepción de la figura del "ombudsman" en nuestro ordenamiento constitucional no viene sino a reforzar el reconocimiento del riesgo que puede representar la Administración, en su relación de poder con los ciudadanos, para el orden sustantivo constitucional. En efecto, la eficacia de la prestación y gestión de los servicios públicos se encuentra estrechamente relacionada con los derechos constitucionales de los individuos desde la cláusula del Estado social, procurando a todos una digna calidad de vida.

No existe razón para no reconocer ese mismo riesgo, si en la satisfacción de intereses generales que se encomienda a la iniciativa privada se producen disfunciones que afecten o impidan el ejercicio de los derechos

PROCURADOR DEL COMUN
DE CASTILLA Y LEON

de los usuarios que, en todo caso, deben ser protegidos con la misma intensidad.

En la exposición de motivos de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, se reconoce la necesidad de actualizar el concepto de Administración pública válido a los efectos de dicha Ley, ante el surgimiento de órganos públicos que no forman parte de la Administración, pero cuyos actos tienen, por su contenido y efectos, una naturaleza materialmente administrativa. La Ley manifiesta su renuncia a debates dogmáticos, para atender un problema práctico, consistente en *"asegurar la tutela judicial de quienes resulten afectados en sus derechos o intereses por dichos actos y disposiciones, en casi todo semejantes a los que emanan de las Administraciones públicas"*.

Al legislador corresponde asimismo redefinir el alcance de la misión tutelar que desde la misma Constitución se encomienda al Defensor del Pueblo, so pena, en otro caso, restringir el alcance de una institución cuya razón de ser se justifica y sostiene en la efectividad de los derechos proclamados en el Título I de la Constitución.

León, agosto de 1998

Casa del Peregrino, Plaza de San Marcos, nº 5 - Teléf.: 987 / 27 00 95 - Fax: 987 / 27 01 43 - 24001 LEON

PROCURADOR DEL COMUN
DE CASTILLA Y LEON

Bibliografía general utilizada

- Derecho Administrativo. Parte especial. Director: JOSÉ BERMEJO VERA. Ed. Civitas. Madrid, 1996.

- Derecho Administrativo Económico. SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. Ed. La Ley. Madrid, 1991.

- Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996. VV. AA. Ed. Civitas. Madrid, 1996.

- "El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?. Reflexiones sobre el caso de la televisión." CARMEN CHINCHILLA MARTÍN. Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Ed. Civitas. Madrid, 1991.

"Titularidad Privada de los servicios de interés general." JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 92 (oct.-dic. 96). Ed. Civitas.

Liberalización del sector eléctrico: Perspectiva jurídica." VICENTE LOPEZ-IBOR MAYOR. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 98 (abril-junio 98). Ed. Civitas.