COMUNICACIÓN ELCHE

PROPUESTA DE COMUNICACIÓN Congreso Internacional «Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática".
TERCER PANEL: «Liderazgo público e implicación de los poderes privados en la regeneración constitucional

La extensión de las funciones del Defensor del Pueblo y de los comisionados parlamentarios autonómicos a las actividades de servicios de interés general ejercidas por el sector privado. Espacio constitucional y problemáticas de desarrollo.

Dr. Joan Ridao Martín
Profesor Titular Acreditado de Derecho Constitucional
Consejo de Garantías Estatutarias de Catalunya
jridao@ub.edu

[Resumen]

La tendencia dominante, en los países desarrollados y especialmente en el ámbito europeo, hacia una mayor privatización de las actividades de servicio público, ha obligado a una redefinición substancial de los derechos públicos estalaes y, en consonancia, también ha generado la necesidad de adaptar la función específica que corresponde a los *ombudsmen* respecto a la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el caso español, tanto la práctica del Defensor del Pueblo como la de numerosos comisionados autonómicos, ha tenido una evolución en este sentido, sin problemas competenciales destacables. No obstante, todo parece indicar que un desarrollo legislativo adecuado, podría reforzar la actuación de estas instituciones y mejorar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en relación a las actividades privadas de servicios de interés general.

SÍNTESIS DEL CONTENIDO

Es indudable la tendencia progresiva y dominante, en los países desarrollados, a la privatización y liberalización de numerosas actividades de servicio público. En el caso europeo y, por ende, español, este proceso formó parte esencial de la transición del «mercado común» al «mercado interior» realizada en la última década del siglo XX (DÍAZ ABAD, 1999) y generó, al tiempo, la necesidad de establecer unas clausulas de salvaguarda específicas entorno a determinadas actividades, agrupadas bajo el concepto «servicios de interés general», en las cuales se debía «garantizar una combinación armoniosa de mecanismos de mercado y misiones de servicio público» que preservaran una serie de elementos como «el servicio universal, la continuidad, la calidad del servicio, su carácter asequible, y la protección de los usuarios y consumidores», dado que estos conformaban «uno de los pilares del modelo europeo de sociedad» (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2004: 4). En este sentido, el derecho comunitario ha

elaborado una base doctrinal y normativa alrededor de conceptos tales como «servicios de interés económico general» y «obligaciones de servicio público», de indudable relevancia para el derecho español (MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, 2005).

Como resultado de dicho proceso, los derechos fundamentales de los ciudadanos (no discriminación, libertad de empresa, buena administración, etc.) quedan en manos de decisiones de empresas privadas, que pueden extenderse a ámbitos tan esenciales como el acceso y uso de servicios públicos, la universalidad, suspensión o cese de suministros básicos para la vida (DE LA QUADRA-SALCEDO, 2010), y sobre las cuales cabe considerar la posibilidad de conductas vulneradoras de los principios generales del derecho que regulan el ejercicio del poder (interdicción de la arbitrariedad, medidas desproporcionadas en presencia de medidas alternativas menos gravosas para los intereses de los ciudadanos o dictadas por un afán de lucro desorbitado, etc.).

Cabe constatar, no obstante, que la doctrina y la jurisprudencia, tanto comunitaria como española, han prestado, hasta ahora, una atención principal a las condiciones que asegurarían un efectivo marco de libre competencia en esta transferencia de funciones públicas a los agentes privados, así como a las limitaciones que debía observar dicho proceso, y no tanto a las garantías de los derechos de los ciudadanos en la relación que estos adquieren con las empresas privadas en virtud de esta transferencia (LUCIANO PAREJO, 2004; PONCE SOLÉ, 2014). Esto es especialmente significativo en el tipo de supervisión que realizan las agencias reguladoras estatales en relación a las actividades que integran su ámbito de actuación (BORRELL, 2014; RAMIÓ MATAS, CARLES, Y ANDRÉS SÁNCHEZ, EFREN, 2015).

En este contexto, los estados miembros de la UE han tenido que hacer una redefinición importante de sus respectivos derechos públicos y, por supuesto, también ha generado una necesidad de adaptar la función específica que, dentro de los mecanismos de control de la actividad administrativa, corresponde a los *ombudsmen* respecto a la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el nuevo escenario prestacional de determinados servicios públicos o esenciales para el ejercicio de una vida digna[1]. Este debate ha tenido lugar, como es natural, también en el ámbito del Estado español (ESCOBAR ROCA, 2010). Aquí, en relación en primer lugar a la institución del Defensor del Pueblo (DP), cabe constatar que a pesar de la referencia exclusiva a la Administración, como sujeto controlado, contenida en el mandato constitucional (art. 54 CE), lo cierto es que ha prosperado de forma pacífica la norma de que «el ámbito de competencias debe adaptarse a los cambios en la sociedad, no pudiendo permanecer limitado a la Administración pública tradicional» (MÚGICA HERZOG, 2007: 130)[2]. Los comisionados parlamentarios autonómicos con funciones análogas han seguido unas evolución más o menos paralela a la institución estatal de referencia.

---

[1] Como ejemplo de este interés, cabe citar el grupo de trabajo «The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector" en la Conferencia Mundial del Instituto Internacional del Ombudsman (IOI) (Estocolmo, junio de 2009).

[2] Cabe citar las secciones específicas que contiene el Informe anual de la institución desde 2009 y los estudios monográficos que ha elaborado sobre *Participaciones preferentes* (marzo 2013) o sobre *Telecomunicaciones: demandas y necesidades de los ciudadanos* (julio 2014).

El Estatuto de Autonomía de Catalunya de 2006 (EAC), estableció una singularidad destacada, en el contexto de los llamados Estatutos de segunda generación (RUIZ-RICO RUIZ Y ANGUITA SUSI, 2010), para el *Síndic de Greuges* en su artículo 78.1, al asignarle el control de «las empresas privadas que gestionan servicios públicos o cumplen actividades de interés general o universal o actividades equivalentes»[3]. Este nuevo ámbito de actuación del *Síndic* se vincula a los llamados «nuevos derechos» que se incorporaron en las últimas reformas de determinados Estatutos de Autonomía (CORCHETE MARTÍN, 2007; AGUIAR DE LUQUE, LUIS ET AL., 2007), y aunque todavía no ha sido objeto de un desarrollo legislativo exhaustivo, ello no ha impedido el desarrollo de una intensa actividad de la *Sindicatura de Greuges* en la materia[4]. No obstante, todo parece indicar que la actuación del *Síndic* y, por analogía, a la de otros comisionados parlamentarios autonómicos, en relación a las actividades privadas de servicios de interés general, podría verse reforzada mediante un desarrollo legislativo que diese cobertura a las intervenciones de control de estas instituciones en tres aspectos concretos.

En primer lugar, se observa una necesidad de delimitar el contenido de la expresión «servicios de interés general», como objeto a controlar, carente de una adecuada solución a pesar de los esfuerzos de las instituciones comunitarias (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2004; BREUER, INA MARIE ET AL., 2013) que, hasta el momento, no han conseguido paliar la ausencia de un catálogo oficial unificado en el ámbito europeo de los servicios de interés general. Carencia que, por otro lado, no parece resoluble a medio plazo dada la considerable diversidad de configuraciones estatales, en función de la historia y la cultura de intervención pública de cada una. En este sentido, creemos que una opción factible, en el contexto español y con cierta proyección europea, sería substituir la idea de una relación cerrada de actividades empresariales por el concepto de actividades que implicasen el ejercicio de funciones públicas por parte de operadores privados, incluidas aquellas que se desarrollasen a través de las fórmulas de contratación públicas encuadrables en la tipología de contratos de colaboración público-privada. Ciertamente, esta opción plantea una tarea interpretativa, caso por caso, que podría ser paliada mediante un adecuado planteamiento legislativo.

En segundo lugar, aparece la definición del parámetro de intervención de los comisionados parlamentarios autonómicos en el ámbito privado. Aunque no es una cuestión pacífica en el ámbito doctrinal (LÓPEZ PINA, 2007), parece que la intervención de los comisionados (así como la del Defensor del Pueblo) adquiere pleno sentido en relación a la detección de vulneraciones de derechos fundamentales, tanto de los constitucionalmente establecidos como los contemplados en los Estatutos de Autonomía. En este aspecto, cabe considerar detenidamente la concurrencia que,

---

[3] Este sujeto fue, en cierta medida, concretado y en parte ampliado en el artículo 26 de la Ley catalana 24/2009 del *Síndic de Greuges*.

[4] Cabe citar, así, las actuaciones en relación a las siguiente materias: *L'accés a internet mitjançant la connexió de banda ampla: un dret que cal universalitzar* (juny 2006); *ACTUACIÓ D'OFICI 02582/2011, relativa al preu de l'aigua*; *Informe regulació redreçament deutes hipotecaris* (juliol 2012); *Internet amb banda ampla com a servei universal: dret a la igualtat digital* (juny 2013); *Informe sobre la pobresa energètica a Catalunya* (octubre 2013); *Informe sobre el projecte Castor* (novembre 2014); *Informe sobre el dret als subministraments bàsics (electricitat, aigua i gas)* (desembre 2014).

eventualmente, puede producirse con otros organismos públicos de protección de los derechos de consumidores y usuarios y, muy especialmente, con las agencias reguladoras de determinados sectores de actividad [5]. Así, frente a algunas interpretaciones que consideran incluso positiva la superposición de funciones de los comisionados con estos entes (RAMIÓ, 2014), la opción que defenderíamos es la de la conveniencia de evitar estas duplicidades, tanto por un criterio de economía administrativa como, sobre todo, por una voluntad de eludir las controversias competenciales, que podrían, de forma cierta, obligar a una cierta esclerotización de la facultad expansiva con que, hasta ahora, han ejercido su intervención tanto el Defensor del Pueblo como numerosos comisionados autonómicos.

En tercer lugar, cabe hacer referencia a los efectos de la intervención supervisora y controladora de los comisionados en relación a los sectores a que nos estamos refiriendo. No faltan voces, en este sentido, que reclaman la necesidad de establecer, en este ámbito, un régimen sancionador de contenido económico (RAMIÓ MATAS, CARLES, Y ANDRÉS SÁNCHEZ, EFREN, 2015). Sin embargo creemos que, aun a riesgo de que, como advierten estos sectores de la doctrina, sólo se conseguirá añadir un nuevo operador, también inoperante en la práctica, al escenario, los inconvenientes de abandonar el modelo de magistratura de persuasión, que ha caracterizado la actuación tanto del Defensor del Pueblo, como de las figuras autonómicas, son superiores a las ventajas. No es el menor de ellos la necesidad de establecer una *potestas* sancionadora con las debidas garantías constitucionales, bien diferente de la lógica de actuación que hasta el momento ha guiado la actuación de los *ombudsmen* españoles. Además, la potestad sancionadora podría abrir, claramente, un conflicto con la intervención de las agencias reguladoras, de inciertos resultados, principalmente en el ámbito autonómico. No obstante, sí que consideramos planteable el establecimiento de un régimen sancionador administrativo para los supuestos de falta de colaboración con el Defensor del Pueblo o los comisionados autonómicos ya que, en la actualidad, sólo son objeto de la exposición publica (en los informes anuales de la institución) o, por ejemplo, en el caso catalán de eventuales responsabilidades penales, en función de la gravedad de su falta de colaboración.

BIBLIOGRAFIA PROVISIONAL

AGUIAR DE LUQUE, LUIS ET AL. (2007): «Encuesta sobre derechos fundamentales», Madrid: UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, pp. 11-57.

ALGUACIL MARÍ, MARIA PILAR (2012): «Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general», Valencia: CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 75, agosto, pp. 81-103.

BORRELL, JOSEP-RAMON (2014): «L'elusiu repte de la millora de la prestació dels serveis esencials», en *La prestació privada de serveis d'interès general i bones practiques corporatives*, Barcelona: Síndic de Greuges de Catalunya, pp. 11-25.

[5] En el caso español, se reducen fundamentalmente a dos: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Banco de España.

BREUER, INA MARIE ET AL. (2013): *European Atlas of Services of General Interest*, Bonn: BBSR-ESPON.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2004): *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, COM(2004) 374 final, Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas, 12 de mayo.

CORCHETE MARTÍN, MARÍA JOSÉ (2007): «Los nuevos derechos», Madrid: UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, pp. 535-556.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS (2010): «El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril, pP. 39-82.

DÍAZ ABAD, NURIA (1999): «La liberalización de servicios. Condicionamientos comunitarios», *AFDUAM*, núm. 3, pp. 153-162.

ESCOBAR ROCA, GUILLERMO (2010): «Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo. (Análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta del futuro)», Madrid: UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, pp. 229-257.

LÓPEZ PINA, ANTONIO (2007): «La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional», Madrid: UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, pp. 145-173.

LUCIANO PAREJO, ALFONSO (2004): «Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2º semestre, pp. 51-68.

MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, JERÓNIMO (2005): *Servicios de Interés General y artículo 86 del Tratado CE: una visión evolutiva*, Madrid: Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

MUGICA HERZOG, ENRIQUE (2007): «Intervención en el debate "Situación y perspectivas de las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica"», *Cuadernos Electrónicos de Democracia y Derechos Humanos*, núm. 3.

PARICIO RALLO, EDUARDO (2013): «El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales», Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 32, junio, pp. 103-116.

PONCE SOLÉ, JULI (2014): «La defensa dels drets dels ciutadans i de la bona administración en l'exercici privat de funcions publiques: el paper dels *Ombudsmen* en el marc d'una societat decent», en *La prestació privada de serveis d'interès general i bones practiques corporatives*, Barcelona: Síndic de Greuges de Catalunya, pp. 39-53.

PONCE SOLÉ, JULI (2015a): «Private Banks, Services of General Interest and Prevention of Money-laundering with Regard to Corruption. Directive 2014/92/EU of the European

Parliament and of the Council, of 23 july 2014, and Access to Payment Accounts with Basic Features», *European Review of Public Law* (en prensa).

PONCE SOLÉ, JULI (2015b): «Crisis, bancos privados, obligaciones de servicio público y servicio universal. Actividad bancaria y servicios de interés económico general», en TEJEDOR BIELSA, JULIO CÉSAR Y FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL (coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España. Un modelo de regulación surgido de la crisis*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters, pp. 637-684.

RAMIÓ, CARLES (2014): «La prestació de serveis d'interès general», en *La prestació privada de serveis d'interès general i bones practiques corporatives*, Barcelona: Síndic de Greuges de Catalunya, pp. 27-38.

RAMIÓ MATAS, CARLES, Y ANDRÉS SÁNCHEZ, EFREN (2015): *Els serveis d'interès general a Catalunya. El paper del Síndic de Greuges en la defensa de l'Interès General*, Barcelona: Síndic de Greuges de Catalunya-Universitat Pompeu Fabra (*Working Paper*).

RODRÍGUEZ ARANA, JAIME (2005): «Servicio público y derecho comunitario europeo», Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, *Revista catalana de dret públic*, núm. 31, p. 375-398.

RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO, Y ANGUITA SUSI, ALBERTO (2010): «La reforma estatutaria y legal de los comisionados parlamentarios autonómicos», Madrid: UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, pp. 167-190.