

Los servicios públicos esenciales y la garantía de los usuarios

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES INTRODUCTORIAS. 2. LAS RELACIONES ESPECIALES DE PODER. 3. UNA NUEVA NOCIÓN DE LA LEGALIDAD EN SU RELACIÓN CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS 4. UN NUEVO RÉGIMEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 5. LOS PROGRESOS DEL LEGISLADOR. 6. LAS OPCIONES DEL LEGISLADOR PORTUGUÉS. 7. LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD E IMPARCIALIDAD. 8. LA TUTELA JUDICIAL DE LAS PRESTACIONES ADMINISTRATIVAS. 9. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES INTRODUCTORIAS

En la transición del Estado liberal de Derecho al democrático y social, se generalizó la idea según la cual toda la actividad administrativa tendría que estar subordinada a la ley. El calificativo democrático, surgido para perfeccionar al Estado social de Derecho cumpliría esa función. Democracia y Estado social quedaban fundidos en el ámbito de la Constitución como si todo sucediera en el mejor de los mundos. Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas. De hecho, el actual Estado social se caracteriza por el intervencionismo en diferentes niveles de la vida social y económica, desde la salud a los transportes colectivos y a las comunicaciones frecuentemente, como en nuestro caso, por imperativo constitucional, siendo la figura del servicio público la ideada para justificar aquella intervención, ya gestionado directamente por el Estado o, como es más frecuente, por una entidad autónoma, pública, privada o mixta. Sucede, no obstante, que aquel crecimiento

Traducción: Dr. D. Antonio FABEIRO MOSQUERA, UNED.

del servicio público no se correspondió necesariamente con un reforzamiento de las garantías de los particulares frente a una nueva Administración tentacular sin otro control que el parlamentario. El Estado social actual es maternal y bondadoso para los particulares, pero no por eso deja de ser autoritario e inaccesible. Como pronosticara acertadamente hace más de cien años A. DE TOCQUEVILLE.

Diríase que a cambio de la prestación de bienes y servicios, especialmente a favor de los más necesitados, el Estado exige de ellos una actitud de sumisión, como si, venerables y agradecidos, los ciudadanos no debieran atreverse a pedir de más al «Big Brother», en la expresión orwelliana, providencial.

La reciente ola de privatizaciones (parciales) de los servicios públicos no alteró en exceso la situación. Sólo muy recientemente el legislador nacional, siguiendo una tendencia general, cambió de actitud y, respondiendo a las críticas de la opinión pública, que se sentía indefensa frente a una Administración autoritaria y totalitaria, y de una cierta (y escasa) doctrina, resolvió dictar las normas necesarias para situar los servicios públicos frente a un conjunto de obligaciones concernientes a los particulares que acabasen con la impunidad administrativa en aquellos ámbitos. Es sabido que la resistencia ofrecida por la maquinaria administrativa fue feroz. Procedió bien el legislador portugués; aún queda mucho por hacer, pero los primeros pasos se han dado en el camino acertado.

Ciertamente, la Administración no siempre distinguió, o no quiso distinguir, entre el ámbito interno de los servicios públicos, donde por razones de eficiencia y operatividad se arrogó y se arroga el derecho a dictar reglamentos independientes, modo de garantizar la continuidad y la calidad de las condiciones de la prestación, del ámbito externo de los mismos donde el contacto con los usuarios particulares es inevitable vistos los efectos proyectados al exterior derivados de la propia actividad de los servicios y la autoridad con que se revisten en cuanto medio indispensable de concreción del programa constitucional del Estado social. Si la autonomía normativa de la Administración no merece objeciones en cuanto al primero de los aspectos, por lo que se refiere al segundo, y considerando los referidos efectos externos que acertadamente se le atribuyen, la necesidad de la presencia de la ley como modo de legitimar la actividad que a su sombra se desenvuelve es incuestionable. A la doctrina toca, por tanto, no confundir la situación de los medios humanos que la Administración precisa para llevar a cabo su actividad y que en sus relaciones con ella mantienen una situación especial, en un particular estatuto, abarcando deberes específicos que justifican poderes disciplinarios y otros, porque de alguna manera forman parte del medio institucional del Estado, con la situación de los particulares afectados en su vida cotidiana por las presta-

ciones que les son suministradas por los mismos servicios y que no están, obviamente, en la misma situación, porque es con los correspondientes impuestos que tales servicios son financiados. Aquí la sujeción al poder reglamentario autónomo de la Administración es indefendible. Como se verá, no siempre la doctrina y la Administración supieron distinguir las dos situaciones, arrogándose ésta consecuentemente el privilegio de disponer unilateralmente sobre materias que tienen que ver con aspectos muy importantes de la vida de los usuarios particulares de los servicios públicos.

2. LAS RELACIONES ESPECIALES DE PODER

La doctrina clásica alemana consideraba que en ciertos ámbitos de la actividad administrativa se asistía a una inevitable atenuación de las exigencias de legalidad, derivada del hecho de que la Administración, por un lado, precisaba de medios humanos de confianza para el desempeño capaz de sus atribuciones y, por otro, se beneficiaba de ciertas prerrogativas en el desempeño de las actividades que interesaban y satisfacían al público en general. Como es sabido, la distinción entre el ámbito puramente interno del servicio, donde el Estado necesita personal capaz y disciplinado para actuar, lo que justificaba cierta limitación de los respectivos derechos, y el ámbito externo del público usuario, destinatario de las prestaciones, no era lo fuerte de esta concepción, proclive a afirmar los privilegios administrativos de actuación como una prolongación de las situaciones de disciplina administrativa. La «relación especial de poder» no se detenía en el funcionario, extendiéndose también al público. Aquellas obligaciones no habría que localizarlas únicamente en el ámbito del funcionariado público, del servicio militar o de la enseñanza, sino también en el círculo de los establecimientos que sirven al público. La noción de «relación especial de poder», para la doctrina clásica alemana, surgió como el denominador común de aquellas situaciones, como es sabido, siendo teorizada y divulgada por O. MAYER al filo de su reflexión a cerca del concepto de establecimiento (*Ansalt*). Noción que, como se conoce, trasciende la base institucional del servicio público propiamente dicho.

También en la doctrina francesa la noción de «servicio público» se impuso a partir del siglo diecinueve como el criterio de un régimen jurídico especial en el cual se fijaban las limitaciones especiales de los derechos de sus «*detenteurs*», de los particulares en él insertados y también del público en general, explicables por razones de eficiencia y

continuidad de los servicios públicos¹, sin importar que aquella noción haya sido también usada en Francia para otros fines, que nada tiene que ver con la problemática aquí planteada, además de justificar la extensión de la competencia de los tribunales administrativos para conocer de los actos dictados en aquel ámbito. Es de destacar que la doctrina francesa ha sido mucho más sensible con las limitaciones establecidas por interés público al responsable de la prestación del servicio, señaladamente cuando se trata de un concesionario investido de esa condición por un contrato administrativo, que con las limitaciones establecidas a los derechos de los usuarios, consecuencia del funcionamiento normal y regular del servicio. La noción de servicio público surgió en cierto modo para cohonestar una situación de disminución de las garantías de los particulares ante la Administración en la medida que prácticamente inmune a la legalidad, por razones institucionales, se justificaba en su interior la presencia de reglamentos autónomos de la Administración. Funcionaba también una mínima distinción entre el ámbito interno y el externo de la Administración pretexto que permitía situar los servicios públicos al margen de las exigencias de predeterminación legislativa de la respectiva actuación. Esta situación de los servicios públicos resistió múltiples cambios constitucionales, tal vez fue por eso que O. MAYER dijese en el prefacio de la última edición de su *Verwaltungsrecht* que el Derecho administrativo permanecía en tanto que el constitucional se modificaba. No fue de hecho la transición a la democracia parlamentaria ni una más exigente concepción de los derechos fundamentales constitucionales las que abrirán las puertas a los requisitos democráticos y garantistas de la legalidad. Será preciso esperar mucho y el recorrido aún no ha llegado a su fin.

En nuestro país la situación fue y es en todo semejante².

¹ Como dice D. LINOTTE *et al.*, *Services Publics et Droit Public Economique*, 3ª ed., Paris, 1995, p. 71, «Le service public oblige. Qu'il soit administratif ou commercial et industriel il contraint ses détenteurs à la recherche constante de l'intérêt général. Sa finalité engendre donc un certain nombre de sujétions.»

² No es particularmente abundante en nuestro país la bibliografía sobre las «relaciones especiales de poder». Existen referencias en obras generales de Derecho constitucional (J. MIRANDA y G. CANOTILHO) y de Derecho administrativo (F. DO AMARAL), no hay muchas más. En todo caso, se deben citar Rogério E. SOARES, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, BFDC, 1981, pp. 169 y ss. y 185, Mario Joao ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990, pp. 162 y ss., Nuno SOUSA, «Das Recht des oeffentilchen Dienstes in Portugal», s.d., sep. de *Das Recht des oeffentilchen Dienstes in de Mitgliedstaaten der E.G.*, h. V. S. MAGIERA y H. SIEDENTOPF, Berlin, pag. 692 y ss., F. LIBERAL FERNANDES, *Autonomia Colectiva de los Trabajadores de la Administración. Crisis del Modelo Clásico de Empleo Público*, Coimbra, 1995, pag. 203 y ss., y «A Greve na Função Pública e nos Serviços Essenciais», Coimbra, 1990, sep. Do nº especial do *BFDC*, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, 1986. Por último, nuestro «Las Relaciones Especiales de Poder en el Derecho Português», sep. de *Revista Jurídica de la Universidad Moderna*, año 1 nº 1, 1998, pp. 181 y ss.

3. UNA NUEVA NOCIÓN DE LA LEGALIDAD EN SU RELACIÓN CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Una lenta transformación de las cosas, no obstante, había comenzado. La doctrina alemana (IMBODEN) fue la primera en evidenciar que en la prestación administrativa de servicios al público se podrían afectar derechos e intereses tan significativos como aquellos que quedaban al alcance de las manifestaciones más clásicas del poder administrativo, relativizando así la tradicional distinción entre la administración represiva y la de prestación y que hacía del respeto a la legalidad una característica exclusiva de la primera. Ya en la década de los cincuenta se insistía en que la prestación de bienes y servicios por la Administración debería realizarse en condiciones de transparencia legislativa puesto, que de no ser así, podrían producirse efectos tan gravosos para los particulares como los derivados de los actos administrativos en el ámbito de la más tradicional administración «limitativa» y esto en el presupuesto, patentizado por FORSTHOFF, de que la procura existencial de los ciudadanos por la Administración era hoy un sector particularmente sensible de la respectiva actividad. Nada de privilegios administrativos en este ámbito, consecuentemente. El hecho de que la lógica de la lucha electoral en los Estados democráticos pase por la promesa de más y mejores prestaciones al público elector, en una espiral imparable de aumento del gasto público, llevó a una creciente atención al régimen de los servicios públicos, hasta hacerlos más atractivos para el público, so pena de derrota electoral. De este modo el servicio público se transformó en un importante objeto de expectativas electorales y, el legislador, esperando capitalizar el reconocimiento del público, se tornó su defensor.

En respuesta a esta nueva situación, el legislador se apresuró a rodear las condiciones de la prestación de los bienes y servicios al público por una tupida malla de normas. Si la reserva de ley se extendía a todos los dominios de la actividad administrativa, éste no podía quedar fuera. Esta tendencia es común a todos los países europeos y abarca a la totalidad de los servicios públicos, estatales o autónomos.

La Administración perdió hace mucho tiempo la libertad que estaba habituada a disfrutar. En la situación presente el servicio público no se distingue de las zonas más tradicionales de la actividad administrativa por lo que respecta a la preocupación legislativa. A lo sumo sólo es posible una distinción cuantitativa.

4. UN NUEVO RÉGIMEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

No fue sólo una más exigente vinculación de la Administración a la ley desde un punto de vista no sólo cuantitativo sino también cuali-

tativo lo que dificultó la existencia de espacios exentos de la ley en el interior de la actividad administrativa de hoy, también el nuevo régimen constitucional de los derechos fundamentales contribuyó a esto. Efectivamente, en los términos de la Constitución de la República Portuguesa (artículo 18), semejante, por otra parte, a los de otros textos constitucionales europeos, el régimen de los derechos fundamentales de corte clásico así como los de igual naturaleza es imperativo, directamente aplicable a todas las entidades públicas y privadas, intangible para el legislador, al menos en lo que respecta a su contenido esencial y debiendo las limitaciones que a ellos se hagan estar constitucionalmente autorizadas, cuando menos en términos implícitos. Más aun, de ese régimen forma parte el principio de la legalidad de las restricciones a los derechos entendido tanto formal como materialmente, elemento que por sí solo asegura el carácter parlamentario de las restricciones referidas, con toda la carga democrática y garantista de ahí derivada, teniendo en cuenta que es precisamente la omisión o, por lo menos, el escaso interés legislativo en la regulación de los servicios públicos lo que ha sido aprovechado por la Administración para introducir restricciones ilegítimas a ciertos derechos como es sabido.

Sucede también que, de acuerdo con el artículo 18 de la C. R. P., la restricción de los derechos es materia de reserva constitucional, lo que quiere decir que toda restricción ha de hacerse en los términos constitucionales y en la medida que aquéllos lo autoricen. De aquí derivan importantes límites para el legislador ordinario. Los derechos y su respectiva restricción no son siquiera materia íntegramente legislativa, menos aún administrativa. Es esto lo que explica que el problema de las restricciones de los derechos concernientes al tipo y régimen de los servicios públicos esenciales sea tratado por la mayoría de los autores administrativistas a propósito precisamente de los derechos fundamentales, y no como un capítulo aparte de la cuestión de la vinculación de la Administración a la ley, o sea, como un problema constitucional y no administrativo, y lo mismo ha sucedido con la jurisprudencia constitucional. Una cosa no impide la otra.

Debe señalarse que el régimen constitucional de los derechos en lo que respecta a sus restricciones es insuficiente para un tratamiento adecuado y completo de la figura del servicio público, porque aquel régimen tiene un punto débil, el de las restricciones implícitas a los derechos, derivadas de la concurrencia de otras normas y valores constitucionales y que logran un amplio reconocimiento precisamente en el caso de la actividad de los servicios públicos. Se habla allí de la necesidad de estabilidad y eficiencia, principios constitucionalmente atendibles y que pueden arrastrar a grandes limitaciones a los derechos fundamentales. Quiero decir que si los derechos no son, más allá de cierto punto, restringibles, son limitables, lo que, dude el punto de

vista del ciudadano común, le da mismo. Es por eso que la meticulosa protección del ciudadano delante de la fuerza institucional del servicio público no debe ser exclusivamente constitucional, o sea, tiene que ser considerada como un problema de legalidad administrativa a resolver en el cuadro de una inexcusable vinculación de la actividad administrativa a la ley. Los dos aspectos son obviamente complementarios, pero es preciso dar la debida importancia al segundo. Fue, además, en aquel sentido cómo se orientó el legislador portugués, recientemente. Sin menosprecio por las posibilidades del régimen constitucional de los derechos fundamentales, resolvió y muy bien el legislador poner manos a la obra y rodear la prestación de cierto número de servicios al público de un conjunto de obligaciones legislativas; que el ciudadano agradece.

Las restricciones a los derechos fundamentales no se legitiman autónomamente por las referidas necesidades del servicio u otras. Deben tener un fundamento constitucional al menos implícito. Quiere esto decir que las restricciones legislativas deben remitirse a un fundamento constitucional, sin el cual serian ilegítimas. Sucede sin embargo que el texto constitucional da margen para aquellas restricciones al imponer a la Administración la «consecución del interés público» (art. 266 nr.1) y al precisar que en el ejercicio de las respectivas funciones los trabajadores de la Administración están al servicio del interés público «... tal como éste es definido, en los términos de la ley, por los órganos competentes de la Administración» (art. 269 nr. 1). Una razón más para no olvidar las exigencias de legalidad.

5. LOS PROGRESOS DEL LEGISLADOR

Una regulación adecuada de los servicios públicos en términos que hagan transparente para el usuario las condiciones de la respectiva prestación, estipulen ciertas obligaciones y le concedan a propósito determinadas garantías, al menos gratuitas, no presupone necesariamente un ensanchamiento de la reserva constitucional de ley al extremo de que la cuestión pase a formar parte de ella. Se puede llegar al mismo resultado por otra vía, o sea, tomando el legislador voluntariamente la iniciativa de tratar el tema. Una vez regulada por ley determinada materia, sólo por ley podrá ser modificada, beneficiándose la referida materia del efecto del «congelamiento del rango» propio de la ley. El mecanismo de la prelación de la ley podría aquí ser usado para sellar las brechas de una insuficiente reserva de ley, lo que se manifiesta en el hecho de impedir a la norma reglamentaria penetrar en el dominio ahora adscrito a la ley. La preferencia de la ley ampliaría el campo reservado a la ley. Este recurso legislativo permitiría resolver la

regulación del servicio público sin tener que esperar a una revisión constitucional que viniese a ampliar la reserva de ley, lo que se manifiesta especialmente aconsejable para el caso portugués, teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina sigue considerando como taxativa la referencia constitucional (de otro lado, generosa), de la reserva de ley. Es evidente que esta solución de extender la reserva de ley no es por imperativo constitucional sino por la voluntad del legislador ordinario, lo que significa que la reserva así conseguida, consecuencia del referido efecto del congelamiento, puede ser modificada por una posterior opción legislativa, no quedando protegida de la voluntad del legislador, por lo que, para quien defiende como nosotros que una ampliación clara de la reserva de ley es una exigencia substancial de los principios constitucionales del Estado de Derecho y de la democracia política, aquella solución será siempre insuficiente. Lo ideal sería o el reforzamiento de la reserva constitucional de ley o en su caso, como parece más apropiado, la consagración de un criterio constitucional general a este fin que obligase al legislador a asumir posiciones claras relativas al sentido de la ampliación, semejante al de la «tesis de la esencialidad» del Tribunal Constitucional alemán.

Sin embargo, nada de esto está expresamente consagrado en el Derecho portugués, por lo que, en ausencia de una previsión constitucional explícita que haga de la regulación de los servicios públicos materia de reserva (constitucional) de ley, absoluta, o relativa como sería deseable, y en ausencia de un criterio constitucional general, al menos de manera inequívoca, que pudiera amparar el referido ensanchamiento más allá de las posibilidades de los artículos 164 y 165 de la C.R.P., sólo queda confiar en la buena voluntad del legislador ordinario, con los límites referidos. Cualquiera de las soluciones es buena, siendo sin embargo mejores las dos primeras, a condición de que se revelen capaces de reducir al mínimo el persistente poder de autoorganización administrativa³.

El dato de que la creación de los servicios públicos propios al igual que los esenciales no esté reservada a la ley de acuerdo con la C.R.P. dificulta como es obvio la presencia de la legalidad en la prestación del servicio. Será con ocasión del establecimiento (legislativa) del servicio público cuando más evidente se mostrara la desprotección de los administrados y usuarios y la debilidad de los respectivos derechos frente a ellos.

Como no ocurre así, hay que esperar una intervención generosa del legislador, apiadado de los usuarios. Claro está que la reserva de ley en esta materia no tendría que ser absoluta, o sea, monopolio de la

³Para conocimiento de la situación de los Derechos español, italiano y francés, ver J. TREMEAU, *La Réserve de Loi*, Aix-Marscille, 1997 pp. 135 y ss., 187 y ss. y 258 y ss.

Asamblea de la República, ni especialmente exhaustiva. Bastaría con que al Parlamento quedasen reservadas las bases generales del régimen jurídico de los servicios públicos, de manera que no se asfixie la especial operatividad de la Administración en un terreno en que sus conocimientos técnicos y su experiencia desaconsejan una excesiva penetración legislativa. Nunca será suficiente insistir en las ventajas de la defensa de una «reserva» administrativa entendida en un sentido sólo funcional, o sea, capaz de beneficiarse de una actividad administrativa próxima a los problemas reales y capaz de resolverlos adecuadamente, lo que será más posible cuanto más libre ella sea.

Los usuarios, vistas así las cosas, no pierden nada con eso. Sería indispensable, no obstante, que las referidas bases generales estableciesen principios claros relativos a las condiciones generales de la prestación de servicios y las garantías de los usuarios.

6. LAS OPCIONES DEL LEGISLADOR PORTUGUÉS

La Ley número 23/1996, de 26 de julio, desbroza un camino prometedor en el Derecho portugués. Consagra por primera vez un conjunto de reglas «... a las que debe responder la prestación de servicios esenciales en orden a la protección del usuario», en términos del nº1 de su artículo 1. Abarca los servicios del agua, energía eléctrica, gas y teléfono. Como innovaciones principales hay que destacar el derecho de participación y audiencia de las asociaciones de usuarios en las «preferencias estratégicas» y en el «encuadramiento jurídico» de las empresas que prestan aquellos servicios, la obligatoriedad del oportuno preaviso al usuario para la suspensión del suministro, la prohibición de establecer el pago obligatorio de cuotas mínimas de consumo, la obligatoriedad de detallar gratuitamente los consumos facturados (en el caso del teléfono siempre que sea solicitado), un régimen favorable al usuario de la prescripción del derecho a exigir el cobro de los consumos y la regla del arbitraje para la resolución de los conflictos relacionados con el consumo. Estas reglas son declaradas aplicables en determinado plazo a los servicios postales y a las comunicaciones avanzadas. Siendo la creación del servicio público de radio y televisión concebida constitucionalmente como una obligación del Estado (artículo 38 núm. 5), deben a ellos ser de igual manera aplicables aquellas reglas.

Como se ve, la contribución del legislador, es frecuentemente necesaria para la adecuada conformación de los derechos fundamentales, al igual que los de tipo clásico. A veces, es tan intensa y actual la fuerza de los servicios públicos, pues se reviste de los privilegios a los que la Administración no quiere renunciar, que el simple reconoci-

miento de ciertos derechos no es suficiente para hacerlos efectivos, por lo que se impone la necesidad de su concreción por el legislador ordinario, creando un régimen jurídico y las garantías contra la opacidad e inercia administrativas. La regulación constitucional de los derechos a la información, participación y acceso a los registros administrativos por los administrados (art. 268 nr.1, 267 n° 1 y 268 n° 2 de la C.R.P., respectivamente) se revela por sí sola insuficiente para la respectiva efectividad en el ámbito particular del servicio público y de ahí la indispensabilidad de una regulación legislativa complementaria en términos tan generosos que los pueda garantizar. La pretensión constitucional necesita en estos casos de obligaciones determinadas para la Administración y prestaciones a favor de los particulares⁴. Sin ellas, los derechos no serían efectivos en su confrontación con los servicios públicos. Es curioso que la Constitución haya sido desde muy temprano sensible a la situación de los funcionarios inmersos en una relación especial de dependencia con la Administración a diferencia del público usuario en general. Así, situó el ilícito disciplinar y el respectivo procedimiento bajo reserva de ley (al. d del nr. 1 del art. 165), sin importarle mucho el régimen general de las condiciones del suministro de las prestaciones a los usuarios. Fue preciso esperar a la buena voluntad del legislador para que al elaborar a título facultativo la referida normativa se ocupara de la materia en términos aceptables. El defecto no es sólo nuestro, puesto que en otros países ocurrió lo mismo, si es que la desgracia ajena sirve de consuelo⁵.

7. LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD E IMPARCIALIDAD

La tesis según la cual las relaciones entre el servicio público y los respectivos usuarios se rige por el Derecho privado, o sea, constituye una situación contractual de Derecho privado, está superada hace mucho tiempo. En el Derecho francés, el primero en ocuparse de este asunto, semejante tesis no prosperó desde hace mucho⁶. Es evidente que la Administración no renuncia al prestar el servicio a sus prerrogativas de Derecho público, al ejercicio de sus poderes de autoridad y

⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Derecho Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, 1999, pp. 1186 y ss.

⁵ Dígase, sin embargo, en verdad, que el régimen de los ilícitos de la ordenación social y su respectivo proceso, están reservados a la ley parlamentaria, en los términos de la ya referida al. d do. nr.1 de art. 165 de la C.R.P., que resulta amplia protección para los usuarios de los servicios públicos. En este aspecto es plausible el legislador constitucional portugués. Tanto en lo que respecta a su amplitud como en aquel pasaje constitucional debe ser entendido, GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição de la República Portuguesa*, anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, art. 168, p. 673.

⁶ Vide, por todos, F.P. BENOIT, *Le Droit Administratif Français*, Paris, 1968, pp. 841 y ss.

esta situación permanece aun cuando la forma jurídica de la entidad que presta el servicio sea de Derecho privado, un concesionario, por ejemplo, actuando en nombre propio. Esta situación es jurídico administrativa y en el Derecho portugués la situación es idéntica. Los principios generales conformadores de la actividad administrativa se aplican de lleno a los servicios públicos.

Está claro que los principios generales de igualdad e imparcialidad, sobre los que nosotros nada vamos a adelantar ahora, se aplican a toda la actividad administrativa, incluida la de los servicios públicos⁷. Sin embargo, cómo garantizar la efectividad de aquellos principios en la confrontación de los usuarios con el servicio. La ausencia de criterios legislativos favorece la arbitrariedad de la Administración en aquel ámbito.

La igualdad y la imparcialidad administrativa se corresponden con un derecho subjetivo de los particulares, en este caso, de los usuarios. En ocasiones, los principios generales, en su vertiente subjetiva, consagran derechos fundamentales, en este caso, el derecho a ser tratado en condiciones de igualdad e imparcialidad por parte de los servicios públicos generador de obligaciones positivas y negativas de la Administración para con los particulares usuarios. Sin embargo, la pregunta es cómo concretar la igualdad y la imparcialidad administrativas en este ámbito. Ambas son cuestiones diferentes. La imparcialidad se refiere a la formación de la decisión administrativa, de la que se excluyen intereses que no deben tener relevancia y se consideran otros que la deben tener. La imparcialidad trasciende, sin embargo, la simple legalidad, al procedimiento administrativo y la organización administrativa y se materializa en un especial deber de actuar. Teniendo, así, gran importancia en el ámbito de las prestaciones de los servicios públicos. Más aún se⁸ puede decir de la igualdad. El derecho a obtener un trato igual por parte de los usuarios es parte esencial del régimen del servicio público, y lo es por imposición constitucional.

Como se comprende, en las condiciones del servicio público, aquel derecho debe ser claramente configurado por el legislador, no pudiendo esperarse que se desprenda para el particular usuario de la respectiva consagración constitucional, tal como sucede, por otro lado, en otros ámbitos de la actividad administrativa.

⁷ Cfr. María Teresa DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra, 1996, pag. 122 y ss. También TOSHIO MUKAI, *Direito Administrativo e Empresas do Estado*, Rio de Janeiro, 1984, pag. 232 y ss. Sobre la concreción del concepto de imparcialidad, David DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, Coimbra, 1996, pp. 277 y ss. Sobre el principio de igualdad, G. CANOTILHO, *Derecho Constitucional*, cit., pp. 398 y ss.

⁸ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «La Imparcialidad de la Administración como Principio Constitucional», Coimbra, 1975, sep. de vol. XLIX del *BFDC*, 1974, pp. 27.

La igualdad frente al servicio es un tema tradicional en la doctrina administrativa francesa⁹. Se refiere a la consecución de la igualdad frente a las ventajas y empleos del servicio y abarca a los usuarios y a los colaboradores del servicio. Como la legislación no es muy explícita respecto a lo que deba entenderse por igualdad frente a los servicios públicos, no sorprende que haya sido la jurisprudencia la que pacientemente fue concretando la noción, al punto que se puede decir que es un precepto más jurisprudencial que otra cosa, felizmente consagrado ahora constitucionalmente. Así fue como la jurisprudencia extrajo ciertos corolarios relativos a la igualdad de los usuarios, como por ejemplo, la no discriminación en la prestación del servicio en razón de las convicciones políticas o religiosas de los usuarios, de la nacionalidad del beneficiario, de la respectiva situación económica, residencia, etc¹⁰.

La igualdad, pese a todo, es compatible con ciertas discriminaciones, siempre que sean objetivamente justificadas. Teniendo en cuenta la importancia de las prestaciones suministradas por los servicios públicos en la concreción del programa constitucional del Estado social, se comprende que se puedan introducir ciertas discriminaciones positivas en aquellas prestaciones a favor de los más necesitados (la tarifa gratuita, o los descuentos para inválidos, la protección a la maternidad, por ejemplo), mirando compensar desigualdades denunciadas de la condición socioeconómica y otras de carácter objetivo¹¹. Como es sabido, la igualdad es compatible en su dimensión positiva, con la discriminación. Es necesario que la discriminación tenga un soporte constitucional, o sea, que descansa en fundamentos constitucionalmente afirmados, bajo pena de abrir las puertas a legisladores odiados por las «clases favorecidas» o a despropósitos parecidos¹².

Una cosa es cierta. Se trata de una materia en la que las actuaciones legislativas son indispensables para la concreción de las prescripciones constitucionales, acabando por revelarse de la mayor importancia para la realización de los correspondientes derechos fundamentales tanto de tipo negativo o positivo. De ahí, también, el decisivo papel de los tribunales constitucionales, en el control de las diferentes opciones legislativas. El principio de igualdad resulta de un juego a dos, el legislador y el tribunal constitucional en una dialéctica recíproca.

⁹ *Vide*, por todos, Jean RIVERO, *Derecho Administrativo*, Coimbra, 1981, p. 503 y R. CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 1, 6ª ed., Paris, 1992, p. 456.

¹⁰ R. CHAPUS, *ob. cit.*, que contiene al respecto abundante jurisprudencia francesa; *vide* pp. 457 y 458

¹¹ *Vid.* Dictámenes de la Procuraduría General da República, 1, s/d, pp. 183 y ss.

¹² Sobre la interpretación de la jurisprudencia nacional, superior y constitucional, acerca del tema de las discriminaciones positivas permitidas, Martim DE ALBUQUERQUE, *Da Igualdade Introdução à Jurisprudência*, Coimbra, 1993, p. 336 y ss.

8. LA TUTELA JUDICIAL DE LAS PRESTACIONES ADMINISTRATIVAS

Es sabido que el control contencioso de la Administración por los Tribunales contencioso-administrativos fue pensado y se desarrolló en función del acto administrativo. Y precisamente por ser así es por lo que el control por los referidos tribunales se reveló desde muy temprano incapaz de proporcionar la adecuada tutela en situaciones cada vez más corrientes, en que la Administración no recurre a un acto administrativo propiamente dicho, sino a hechos sin las características propias de aquél. En este ámbito nos damos de bruces con las prestaciones materiales suministradas a los usuarios por los servicios públicos. ¿Qué hacer, a la vista de la inadecuación de los tribunales administrativos para un tipo de control para el que no estaban preparados y para el que ni siquiera eran competentes¹³?

En Francia el problema encontró una primera solución con la tesis judicial de la «vía de hecho» luego ampliamente asumida por la doctrina como es costumbre en aquel país, y exportada también a otros, como España, a pesar del escepticismo de la doctrina¹⁴ y a Alemania, en este último caso antes de la Segunda Guerra Mundial. Se sostuvo y continúa sosteniéndose que cuando la Administración procede sin respaldo alguno en la ley, se despoja de sus poderes administrativos y, entonces, actúa al desnudo, siendo por lo que, ya no puede estar bajo la jurisdicción de los tribunales administrativos quedando sometida a los tribunales ordinarios. Así, nótese cómo nada pierden los particulares, por el contrario, sabido es que los tribunales ordinarios son más sensibles que los administrativos a los derechos de los particulares. Se desprende entonces que no existiendo actos administrativos, los particulares pueden sin embargo demandar a la Administración por responsabilidad civil extracontractual. Los tribunales ordinarios considerarán la conducta del agente y, en el caso de que exista «falta personal», indemnizarán al lesionado. Así se garantiza una tutela efectiva de las situaciones privadas, particularmente útil en el caso de daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos y se preserva al mismo tiempo el rígido entendimiento del principio de división de poderes entre la Administración y los Tribunales tan característico del Derecho francés.

En Alemania, la cláusula de competencia general de los tribunales administrativos, adoptada después de la Segunda Guerra Mundial,

¹³ Carla AMADO GOMES, «Pistas de Investigación para el Estudio del Control Jurisdiccional de las Operaciones Materiales de la Administración», sep. de *RFDUL*, año XXXVII, n.º 2, 1996, pp. 469 y ss.

¹⁴ Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *La vía de hecho administrativa*, Madrid, 1994, pp. 1778 y ss.

transformó la cuestión. Ahora ya no se puede decir que aquellos tribunales no sean competentes en razón de la materia para el conocimiento de las cuestiones que nos ocupan. En el abanico de recursos a usar por los Tribunales contra la Administración destacan especialmente las «injunctiones» condenatorias de la Administración como consecuencia de una actividad material (*Leistungsklage*) o su omisión, así como ciertas medidas cautelares que pueden ser usadas para combatir la práctica de actividades no jurídicas, o mejor dicho que no se traducen en actos jurídicos.

En nuestro país, considerando, como en los otros, la inadecuación del recurso contra el acto administrativo para el control de las prestaciones de los servicios públicos, se debe confiar principalmente en las posibilidades de la acción efectiva de responsabilidad civil extracontractual de la Administración por actos de gestión pública y privada, sin perder de vista las ventajas de las medidas cautelares del ejemplo del Derecho alemán.

En el Derecho portugués, el régimen de responsabilidad civil extracontractual de la Administración, que es el que ahora nos interesa, consta en la ley, o D.L. 48.051 de 21 de noviembre de 1967, pero es preciso contrastarlo con el régimen derivado del artículo 22 de la C.R.P.

Efectivamente, en el artículo 6 del referido D.L. se dice que existe responsabilidad de la Administración cuando son violadas las normas legales y reglamentarias aplicables (así como los principios generales pertinentes) y también cuando son vulneradas las «... reglas de orden técnico y de prudencia común que debieran ser tenidas en consideración», lo que nos permite considerar que la responsabilidad civil de la Administración originada por el mal funcionamiento de los servicios, se equipara a la práctica de actos ilegales. Es esencial que los tribunales administrativos ante una formulación tan amplia, que define en términos tan extensos la responsabilidad extracontractual administrativa, no se escuden en la tesis francesa de la «vía de hecho» y con el pretexto de que la conducta del funcionario o agente fue ilegal califiquen la actividad administrativa en cuestión como de gestión privada, remitiendo así la competencia para el conocimiento de los actos materiales de la Administración en juego a los tribunales ordinarios, lo que ocurre frecuentemente¹⁵. Más cerca del Derecho portugués parece es-

¹⁵ Cfr. Carla AMADO GOMES, ob. cit., p. 520. También Fausto DE QUADROS, *Introducción a Responsabilidad Civil Extracontractual da Administração Pública*, coord. Fausto DE QUADROS, Coimbra, 1995, p. 28, defiende expresamente que la responsabilidad por actos jurídicos y por operaciones materiales debe ser equiparada a la responsabilidad por actos de gestión pública, teniendo a la vista la respectiva relevancia para los intereses públicos, solución por lo demás, ya preconizada por Marcello CAETANO y por FREITAS DO AMARAL.

tar la distinción francesa entre la «falta personal», imputable al funcionario y la «falta de servicio», imputable a la Administración y derivada de actos de gestión pública, competencia de los tribunales administrativos. Para el Derecho francés, la primera genera responsabilidad civil de la Administración pero dependiendo de la responsabilidad imputable a su órgano, agente o representante, y «*detachable*» del servicio, por lo que es exigible en los mismos términos que la de la cualquier particular rigiéndose por el Código Civil. Presupone un hecho ilícito culposo. Es importante destacar que la falta de diligencia del funcionario no tiene cabida en la falta personal pero si en la de «servicio», tal como ocurre entre nosotros.

Cuestión compleja es la de saber si del referido D.L. 48.051 es posible desentrañar un régimen adecuado de responsabilidad extracontractual de la Administración semejante al que existe en el régimen francés de «falta de servicio». Todo indica que la solución entre nosotros no es idéntica. El concepto galo de «falta de servicio» no es necesario entre nosotros, porque, correctamente, la conducta recurrida es por ley considerada como falta del agente, en los términos del ya referido artículo 6 del D.L. 48.051 lo que es de elogiar desde el punto de vista de los particulares. Se exigen también especiales deberes de celo del servicio público por lo que respecta a la prestación del mismo. Toda la atención debe ceñirse a las reglas comunes de prudencia y técnicas en la prestación del servicio, bajo pena de ilicitud. Es claro que el mal funcionamiento produce la responsabilidad de la Administración.

Interesa al público usuario saber cuándo y cómo se verifica la responsabilidad exclusiva del titular del órgano o agente administrativo autores del hecho lesivo, puesto que, existiendo solidaridad, el lesionado puede demandar o al autor individual del hecho culposo o al servicio para el que actuó o a ambos al mismo tiempo. Las condiciones para el ejercicio del derecho de regreso del Estado contra el funcionario o agentes prevaricadores (art. 2 del referido D.L.) no interesan al público, que por ser cuestión interna de la Administración, no puede ser aquí considerada. Sin embargo, debe admitirse que sólo existe solidaridad del Estado cuando el hecho fue realizado por el funcionario o agente en el ejercicio de sus respectivas funciones y por causa imputable a ellas (acto funcional) y actuando dolosamente (art. 3.nr. 1 del referido D.L.).

El régimen general de la responsabilidad del Estado y demás entidades públicas fijado por el artículo 22 de la C.R.P. procura claramente aumentar la protección de los particulares y no puede dejar de aplicarse a las faltas que estamos tratando. Cuestión que no puede ser ahora tratada es también la responsabilidad por actos lícitos y por riesgo. Sea como fuera, no se debe hacer una interpretación restrictiva de

la norma, en términos tales que la consideremos sólo aplicable cuando estuvieran en juego violaciones de derechos subjetivos propiamente dichos y que, como quien dice, excluyera las prestaciones en beneficio de los particulares¹⁶, desde luego porque allí no se habla apenas de conculcaciones de derechos, libertades y garantías, sino de perjuicios para los usuarios, lo que otorga relevancia a los simples intereses. En la misma amplia perspectiva se debe considerar que el principio general de responsabilidad civil extracontractual del Estado se aplica igual cuando están en juego actos de gestión privada, que cuando de los mismos resultan lesionados derechos, libertades y garantías¹⁷. Está en juego un derecho fundamental de los ciudadanos frente a todo tipo de actos de la Administración, el derecho a la reparación de los daños causados por entidades públicas.

El régimen solidario allí consagrado permite que se pueda demandar además al funcionario o agente. Así se refuerza la responsabilidad de los funcionarios y agentes en beneficio del usuario, si bien el régimen consagrado es mucho más molesto para aquéllos, por lo que sólo se debe admitir semejante posibilidad si estuviera en juego la culpa personal de los mismos, en forma dolosa. Hay que suavizar aquel régimen de responsabilidad solidaria, a la vista de que la ley manda indemnizar igual cuando no se consiga imputar al agente o funcionario administrativo el hecho lesivo por uso del servicio. Es ésta la interpretación que explica la longevidad del referido D.L. 48.051, donde no se admite la responsabilidad solidaria del funcionario o agente si éste actuó con dolo, como ya se dijo. Se debe pues eximir al funcionario o agente en caso de falta leve, lo que no es contrario al texto constitucional¹⁸. Habrá que compartir la posición de Marcello CAETANO relativa al alcance del referido D.L. al distinguir cuatro situaciones¹⁹: si se trata de un acto personal no existe responsabilidad del funcionario o agente, si el acto es funcional y doloso, existe responsabilidad solidaria del Estado y de aquel, si el acto es funcional pero con negligencia consciente, existe responsabilidad del Estado pero existiendo un derecho de regreso sobre el funcionario o agente, y siendo el acto funcional realizado con negligencia inconsciente, hay responsabilidad del Estado sin derecho de regreso. Esta construcción que supone-

¹⁶ J. MIRANDA es de la opinión que el régimen se reduzca a los derechos, libertades y garantías, a nuestro modo de ver con completa razón. *Vide Manual de Direito Constitucional*, IV, Lisboa, 1988, p. 268.

¹⁷ También así, J. L. MOREIRA DA SILVA, «De la Responsabilidad Civil de la Administración por Actos Ilícitos», en *Responsabilidade Civil*, cit., p. 156.

¹⁸ Cfr. María José RANGEL DE MESQUITA, «De la Responsabilidad Civil Extracontractual de Administración en el Ordenamiento Jurídico-Constitucional Vigente», en *Responsabilidade Civil*, cit., p. 120.

¹⁹ *Vide Manual de Derecho Administrativo*, II, 9ª ed., Coimbra, 1983, p. 1234.

mos aún plenamente válida, no va a contrapelo del artículo 22 de la C.R.P., o sea, no disminuye las garantías de los particulares allí consagrados. La distinción entre acto personal y funcional no remite tanto al plano de la culpa del agente o funcionario como al de la licitud.

9. CONCLUSIONES

Por lo que toca a la protección de los usuarios de los servicios públicos ante la Administración, la situación de mi país está a la par de los restantes de nuestro entorno cultural y jurídico. La legalidad administrativa de las prestaciones al público no está ausente, sin embargo, conoce ciertas atenuaciones, normales, en una zona de la actividad administrativa en la que la predeterminación legislativa del total de las conductas administrativas es imposible, además de no deseable para el desenvolvimiento del servicio público. Hay que transigir con esta situación en aras de valores de eficiencia que también tienen apoyo constitucional. Pero esto no significa desprestigiar la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos usuarios en sus respectivas relaciones con la Administración, siendo por eso que, recientemente, el legislador portugués resolvió explicitar ciertas obligaciones administrativas relativas a las condiciones concretas de la prestación de los servicios públicos, lo que sólo puede merecer el aplauso. La tutela de la situación de los particulares usuarios no se puede resolver mediante el control de la validez del acto administrativo, ausente del panorama de las prestaciones administrativas, debiéndose mirar hacia las grandes posibilidades de la acción efectiva de responsabilidad extracontractual de la Administración.

Hay que recalcar la permanencia del régimen, de cerca de treinta años, pero aún muy válido, rejuvenecido por el D.L. 48.051. La consagración constitucional del régimen del derecho fundamental a la reparación de los daños causados por actividades públicas no pone en cuestión la esencial de aquél, solamente reforzar la efectividad de la indemnización, siendo posible y hasta aconsejable una interpretación conciliatoria de ambos. El usuario de los servicios públicos tiene, pues, buenos medios de protección a su alcance; ojalá, sepa utilizarlos.

