

NUEVAS TENDENCIAS EN LA TUTELA DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS EN ITALIA

Por

LUIS MIGUEZ MACHO
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción.—II. Derecho público y Derecho privado en la tutela de los usuarios. Referencia especial al Derecho del consumo.—III. El nuevo sentido de la participación de los usuarios.—IV. Las cartas de los servicios públicos.—V. Autoridades administrativas independientes y tutela de los usuarios.—VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de las novedades acaecidas en Italia durante esta última década en relación con la tutela de los usuarios de los servicios públicos. Entre ellas destaca especialmente el proceso de elaboración de cartas de los servicios públicos, que todavía no se puede considerar cerrado, pero ha merecido ya la atención de la doctrina de nuestro país. El principal interés que presenta la experiencia italiana, y que nos lleva a intentar ilustrar al lector español sobre ella, es que, después de casi dos décadas de reorganización de la gestión de los servicios públicos, en el marco de las tendencias de liberalización de la economía y de privatización del sector público iniciadas en los años ochenta, por vez primera se presta una atención específica al perfeccionamiento y actualización del régimen jurídico aplicable a los usuarios.

En efecto, es conocido el hecho de que la posición jurídica de los usuarios ha sido tradicionalmente el aspecto del servicio público como institución jurídica que ha dado lugar a una menor cantidad de estudios doctrinales e intervenciones legislativas, frente a la inacabable polémica desarrollada en todos los países con regímenes de Derecho administrativo de origen francés sobre el concepto del servicio público, y frente a la atención siempre renovada que doctrina, Derecho positivo y jurisprudencia dedican a las modalidades de gestión de los servicios públicos. El plano secundario al que se ha visto relegado el análisis de la posición jurídica de los usuarios es, por lo demás, especialmente llamativo en una época como la nuestra, en que la dependencia de los individuos respecto de las prestaciones garantizadas por los Poderes públicos ha alcanzado y mantiene una intensidad considerable. No hace falta, en fin, resaltar que en España la falta de atención específica a los problemas de los usuarios es bastante acusada

(aunque también existan excepciones destacables) (1), con lo que puede ser útil el informar de los avances que en esta materia se están produciendo en un Ordenamiento jurídico tan cercano al nuestro como es el italiano.

II. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO EN LA TUTELA DE LOS USUARIOS. REFERENCIA ESPECIAL AL DERECHO DEL CONSUMO

La Constitución italiana no hace mención expresa a la protección de los consumidores y usuarios, pero la doctrina ha conseguido igualmente encontrar una base constitucional para esta disciplina mediante el recurso a diversos principios y normas del texto fundamental: el principio de igualdad material del artículo 3, párrafo segundo (2), el derecho a la salud del artículo 32 (3) y el segundo apartado del artículo 41, según el cual la iniciativa económica privada «no puede desarrollarse en contraste con la utilidad social o en modo de producir daño a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana» (4). Concretamente, se ha propuesto una interpretación de esta última norma según la cual la seguridad a la que en ella se alude no se referiría solamente a los trabajadores, como pretendían muchos de los primeros estudios que se ocuparon del artículo constitucional en cuestión, sino también a todos los ciudadanos que pueden verse afectados de forma directa o indirecta por el ejercicio de la iniciativa económica privada. Por tanto, sería posible establecer una relación entre la habilitación a los Poderes públicos para el establecimiento de límites a la iniciativa económica privada del artículo 41 y el reconocimiento constitucional de la salud

(1) Concretamente, en los años setenta aparecieron en nuestro país varios estudios dedicados de forma específica a la posición jurídica de los usuarios de los servicios públicos: Javier SALAS, *Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 4, 1975, págs. 29-47; Pedro ESCRIBANO COLLADO, *El usuario ante los servicios públicos. Precisiones acerca de su situación jurídica*, núm. 82 de esta REVISTA, 1977, págs. 113-152, y Enrique RIVERO YSERN, *La protección del usuario de los servicios públicos*, núm. 87 de esta REVISTA, 1978, págs. 205-249. A ellos hay que unir, dentro de la misma época, la obra de José Luis VILLAR EZCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, cuyas págs. 257 y ss. tratan en profundidad el tema que nos ocupa.

(2) «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.»

(3) «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.»

(4) Sobre estos fundamentos constitucionales de la tutela del consumidor en Italia, véanse Guido ALPA, *Diritto «alla salute» e tutela del consumatore. In margine al ruolo degli articoli 32 e 41 della Costituzione nella definizione di programmi di «consumerism»*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1975, págs. 1510-1520; Mario BESSONE, *Economia di mercato, strategie d'impresa e statuto costituzionale dei diritti dei consumatori*, «Rassegna di diritto civile», 1983, págs. 929-940, y Rosario FERRARA, «Consumatore (protezione del) nel diritto amministrativo», *Digesto*, cuarta edición, *discipline pubblicistiche*, vol. III, UTET, Torino, 1989, pág. 52, y, sobre todo, la obra de Aljs VIGNUDELLI, *Il rapporto di consumo. Profili di rilievo costituzionale*, Maggioli, Rimini, 1984.

como «fundamental derecho del individuo e interés de la comunidad» (art. 32) (5).

No obstante la existencia del mencionado fundamento constitucional para la disciplina de protección de los consumidores, la introducción de este régimen de tutela en el seno de los servicios públicos ha encontrado obstáculos. Las instituciones del Derecho del Consumo están pensadas fundamentalmente para el ámbito de la contratación privada, mientras que en las relaciones jurídico-públicas que se establecen entre las Administraciones públicas y los ciudadanos la protección de los derechos e intereses de estos últimos se realiza a través de los principios y técnicas propios del Derecho administrativo. Por tanto, si la posición de los usuarios de los servicios públicos fuese equiparable, por razón de la titularidad pública de la actividad, a la del administrado frente al ejercicio por parte de las Administraciones públicas de sus potestades, difícilmente habría lugar aquí para la aplicación del Derecho del Consumo.

No se puede olvidar, en efecto, que ya las primeras teorizaciones doctrinales sobre el servicio público, debidas en Francia a la Escuela de Burdeos, intentaban explicar la posición jurídica de los usuarios de todos los servicios públicos desde una perspectiva jurídico-pública, conscientemente contrapuesta a la construcción de las relaciones contractuales de obligación propia del Derecho privado. Esto se enmarcaba en la concepción «realista» que los autores de la Escuela de Burdeos mantenían respecto del Estado y del Derecho, que les llevaba a concebir el primero como una federación de servicios públicos regidos por las reglas objetivas de Derecho nacidas de la conciencia social, y a rechazar los conceptos «metafísicos» de Soberanía y derecho subjetivo (6). Así nació la teoría del acto-condición y de la situación jurídica objetiva o estatutaria, que separaba decididamente la posición jurídica de los usuarios de los servicios públicos de la de los clientes de los servicios privados (7).

Sin embargo, la construcción por parte de la jurisprudencia francesa en los años veinte de la categoría de los servicios públicos de carácter industrial y comercial (8), cuyo régimen jurídico estaría regido por el Dere-

(5) Véanse ALPA, *Diritto «alla salute» e tutela del consumatore. In margine al ruolo degli articoli 32 e 41 della Costituzione nella definizione di programmi di «consumerism»*, cit., págs. 151 y ss., y VIGNUPELLI, *Il rapporto di consumo. Profili di rilievo costituzionale*, cit., págs. 71 y ss. La opinión contraria, que entendía que la seguridad que menciona el apartado segundo del artículo 41 de la Constitución italiana alude tan sólo a los trabajadores, había sido sostenida con toda su autoridad por Vincenzo SPAGNUOLO VIGORITA en *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959, págs. 237 y ss.

(6) Véase Jacques CHEVALLIER, *Le service public*, Presses Universitaires de France, 1971, pág. 8. En la doctrina española reciente, son de gran interés las reflexiones sobre los presupuestos ideológicos de la Escuela del servicio público que realizan Martín BASSOLS COMA, en *Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales*, núm. 84 de esta REVISTA, 1977, págs. 31-35, y Luis MARTÍN REBOLLO, en *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. III, 1983, págs. 2482 y ss.

(7) Véase Jean DU BOIS DU GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, Librairie générale de droit et jurisprudence, París, 1974, págs. 33-34.

(8) Sobre la aparición de este tipo de servicios públicos, es fundamental el estudio de

cho privado, desplazó la elaboración jurídico-pública de las relaciones con los usuarios a los servicios llamados «administrativos», mientras que en los primeros la doctrina se vio obligada a reconocer, no sin reticencias, la presencia de verdaderos contratos de Derecho privado (9). La evolución doctrinal posterior en Francia ha respetado esta dualidad de regímenes jurídicos, pero ha traído también la aceptación progresiva de la posibilidad de que la admisión a ciertos servicios públicos administrativos constituya un verdadero derecho subjetivo del particular, frente al rígido rechazo inicial de esta categoría jurídica (10).

La doctrina italiana aceptó en su día la diversidad de regímenes de prestación de los servicios públicos, aunque en Italia no tuvo éxito como criterio de delimitación la distinción entre servicios administrativos y servicios de carácter industrial y comercial. Por una parte, hay que tener en cuenta que en los servicios administrativos la doctrina francesa, de acuerdo con su concepción amplísima del servicio público, incluía actividades que en Italia siempre han sido consideradas funciones públicas, es decir, manifestaciones de Poder público inherentes por tradición a la Soberanía estatal y consistentes en actividad esencialmente jurídica. Por otra parte, detrás de la distinción entre servicios administrativos y servicios de carácter industrial y comercial se halla el problema que plantea en Francia la distribución de la competencia entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria, a falta de un criterio legal que resuelva la cuestión; ahora bien, en Italia la ley sí establece el criterio de reparto de competencias (a la jurisdicción ordinaria se le atribuye la tutela de los derechos subjetivos de los particulares y a la administrativa la de los intereses legítimos), con lo que la situación cambia considerablemente.

En consecuencia, la doctrina italiana ha tenido que buscar en otra parte el criterio de determinación de la naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada de la posición jurídica de los usuarios, y las propuestas han sido muy numerosas (11). En la práctica, lo que ocurría por lo general era que la tesis jurídico-pública se aplicaba a los servicios que habían sido asumidos más tempranamente por el Poder público y que se gestionaban de for-

Alain-Serge MESCHERIAKOFF, *L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, «Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger», 1988, págs. 1059-1081. Véase también BASSOLS COMA, *Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales*, cit., págs. 37-38.

(9) Véase MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Presses Universitaires de France, París, 1991, pág. 223, y también DU BOIS DU GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, cit., págs. 82-83.

(10) DU BOIS DU GAUDUSSON, aunque no se decida a hablar expresamente de «derecho subjetivo», después de un profundo análisis de esta cuestión, concluye que «tous les candidats-usagers ne sont donc pas dans la même situation face au service public; il est possible de leur reconnaître un droit au service public lorsque, d'une part, pèse sur l'administration une obligation d'accorder des prestations et, d'autre part, l'administré dispose d'un moyen pour sanctionner une violation de cette obligation» (*L'usager du service public administratif*, cit., pág. 150).

(11) Para una enumeración de ellas, véase Renato ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, seconda edizione riveduta, Giuffrè, Milano, 1956, págs. 78 y ss.

ma directa por la propia Administración, a causa de su proximidad a las funciones públicas y a la idea de inherencia a la Soberanía estatal. Por el contrario, en los servicios surgidos más recientemente y gestionados, al menos en un primer momento, por concesionarios privados, se consideraban prevalentes las relaciones jurídico-privadas entre usuarios y entes gestores. El ejemplo paradigmático de esta distinción lo constituye el caso de los correos en contraposición al del servicio ferroviario: en los primeros la posición jurídica de los usuarios era considerada de carácter jurídico-pública por parte de la doctrina mayoritaria, mientras que respecto de los ferrocarriles se sostenía la opinión contraria (12). Con todo, la determinación de la naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada de la posición de los usuarios, sobre todo en los servicios públicos de carácter económico-empresarial, es una cuestión que ha dado lugar a continuos debates doctrinales hasta nuestros días (13).

No se puede dejar de mencionar, sin embargo, que en Italia ha habido también un intento serio y coherente de construir unitariamente la posición de los usuarios desde una perspectiva jurídico-pública, debido a la teoría de las prestaciones administrativas a los particulares. Esta elaboración doctrinal presenta grandes paralelismos con las tesis de la Escuela francesa del servicio público, pero también diferencias notables, como la menor rigidez a la hora de admitir la posibilidad de la existencia de derechos subjetivos en favor de los usuarios. La coincidencia de las dos teorías es en todo caso evidente en lo que se refiere a la generalización del ámbito de aplicación del régimen jurídico-administrativo de relaciones entre usua-

(12) Ya Otto MAYER afirmaba que «pourquoi ces entreprises sont-elles traitées de telle manière plutôt que de telle autre, cela s'explique souvent par les précédents historiques. Pour les chemins de fer, l'Etat a imité les sociétés par actions ou les a même acquis de ces dernières; de même, les usines à gaz et les conduites d'eau communales ont été fondées d'abord par des sociétés privées. Les postes et télégraphes étaient, dès leur origine, des entreprises de l'administration publique» (*Le droit administratif allemand*, édition française par l'auteur, avec une Préface de H. BERTHÉLEMY, tome quatrième, partie spéciale, V. Giard & E. Brière, Paris, 1906, pág. 192). Para el Ordenamiento italiano, es muy claro Alberto ASQUINI, que concluye que «non vi è alcuna distinzione nella struttura di fatto tra rapporti pubblici e rapporti privati; vi è solo questa nota di fatto diversa: che i primi realizzano una funzione considerata nel suo svolgimento storico come riservata essenzialmente o naturalmente alla pubblica Amministrazione; che i secondi realizzano una funzione considerata nel suo svolgimento storico come riservata essenzialmente o principalmente all'attività privata» («Del contratto di trasporto», *Il Codice di Commercio commentato*, coordinato dai professori Leone BOLAFFIO e Cesare VIVANTE, quinta edizione rifatta, volume sesto, parte seconda, UTET, Torino, 1925, pág. 13). Véase, en fin, Guido ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. quinto, terza edizione, Giuffrè, Milano, 1959, págs. 392-393.

(13) ZANOBINI, por ejemplo, rechazaba la opinión mayoritaria respecto de la posición jurídica de los usuarios del servicio ferroviario, y defendía la construcción publicística de la misma (*Corso di diritto amministrativo*, vol. quinto, terza edizione, cit., pág. 364). De la misma forma, en cuanto a correos, frente a la mayoritaria elaboración jurídico-pública de la posición del usuario que se puede encontrar en Gabriele DE SANCTIS y Francesco MOLTENI, «Poste e telecomunicazioni», *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, págs. 594 y ss., existía también el parecer contrario, que sostenía Carlo DEL BUE en «Diritto postale e delle telecomunicazioni», *Novissimo digesto italiano*, vol. V, UTET, Torino, 1960, págs. 1000 y ss. Para el mismo problema en el servicio telefónico, con aceptación de la tesis privatística, véase Aldo QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, Giuffrè, Milano, 1978, págs. 183 y ss.

rios y entes gestores de los servicios públicos; de hecho, el más conocido representante de la teoría de las prestaciones administrativas a los particulares, es decir, el Profesor Renato ALESSI, llegaba a afirmar que solamente en los servicios prestados por los entes públicos económicos que sujetan su actividad al Derecho privado podrían existir relaciones de carácter jurídico-privado con los usuarios. Esto significa que el régimen jurídico-administrativo de prestación se extendería incluso a los servicios públicos gestionados por concesionarios privados, a pesar de las orientaciones jurisprudenciales y normativas en sentido contrario (14).

Esta tesis, sin embargo, no ha tenido nunca demasiada aceptación en la jurisprudencia, y la doctrina ha acabado también por impugnarla a raíz de la revisión a que se vio sometida la teoría de las obligaciones públicas en los años sesenta, y que significó el desplazamiento del concepto de prestación administrativa del puesto central que le reservaba ALESSI (15). El declive de la teoría de las prestaciones administrativas a los particulares ha abierto las puertas a la aceptación mayoritaria del hecho de que la prestación de los servicios públicos en régimen de Derecho privado no es una hipótesis excepcional, sino, bien al contrario, muy frecuente en la práctica. Debe matizarse, con todo, que esto no significó que la posición jurídica de los usuarios de los servicios públicos prestados en régimen de Derecho privado fuese automáticamente identificada con la situación de los clientes de los servicios privados, porque la doctrina reconocía también que las instituciones jurídico-privadas sufren muchas veces profundas modificaciones en el ámbito de los servicios públicos (16). En este sentido, GIANNINI ha caracterizado las relaciones jurídicas entre los usuarios y los entes gestores de ciertos servicios públicos como «relaciones de Derecho (privado) especial» (17), lo que recuerda en cierto modo a la tesis de la naturaleza «mixta» de la posición de los usuarios de los servicios públicos prestados en régimen de concesión, que sigue predominando hoy en la doctrina española (18).

(14) Véase ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, cit., pág. 36, y con carácter más general, *op. cit.*, págs. 85-86. Se manifiesta en el mismo sentido, pero con argumentos parcialmente distintos, Corrado PUCETTI, *L'attività commerciale e le prestazioni di servizi pubblici da parte della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1942, págs. 139 y ss.

(15) Véanse Guido FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1960, págs. 249 y ss.; Massimo Severo GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Jandi Sapi, Roma, 1964, págs. 44 y ss.; Alberto BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1966, págs. 9 y ss., y más recientemente, Ignazio MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, ristampa emendada, Giuffrè, Milano, 1987, págs. 233 y ss.

(16) Véase Carlo FRESA, «Servizio pubblico», *Dizionario amministrativo*, diretto da Guarino, II, Milano, 1983, pág. 1375.

(17) Véanse los estudios del autor «I proventi degli enti pubblici e la riserva della legge», *Studi in onore di G. M. De Francesco*, vol. secondo, Giuffrè, Milano, 1957, págs. 395-424, y *Le obbligazioni pubbliche*, cit., págs. 17 y ss. Sigue a GIANNINI en este punto FALZONE en su obra *Le obbligazioni dello Stato*, cit., págs. 256 y ss.

(18) Esta línea doctrinal ha sido abierta en los tiempos más recientes por SALAS con su estudio *Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias*, cit., aunque el autor no habla todavía de modo

Un paso más decidido hacia la identificación entre los usuarios de los servicios públicos y los clientes de los servicios privados ha sido dado por la doctrina y la jurisprudencia en el marco de los actuales procesos de liberalización de la economía y de privatización del sector público. La *Corte costituzionale* italiana ha impuesto a finales de los años ochenta, aunque sólo respecto de los servicios públicos de carácter económico colectivizados sobre la base del artículo 43 de la Constitución de la República (19), la obligación de mantener la forma organizativa de empresa existente en la actividad antes de su transferencia a la titularidad pública. De esta obligación la *Corte* ha querido deducir también la necesidad de que las relaciones con los usuarios se rijan fundamentalmente por las normas del Derecho privado, sin privilegios a favor del ente gestor del servicio, en especial en materia de responsabilidad (20).

Esta evolución coincide en el tiempo con la afirmación del movimiento de los consumidores, que ha alcanzado durante los años ochenta el momento de mayor éxito y difusión, aunque su origen se remonte a varias décadas más atrás. Este es, sin duda, un factor adicional que refuerza el impulso hacia la introducción en los servicios públicos de las instituciones del Derecho del Consumo (21), y en este sentido se debe señalar que los

expreso de «situación mixta». Si utilizan, en cambio, ya esa expresión ESCRIBANO COLLADO, *El usuario ante los servicios públicos. Precisiones acerca de su situación jurídica*, cit., págs. 128-131; Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, págs. 327-328, y Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 348. En general, la doctrina española mantiene con gran tenacidad, a diferencia de los autores italianos, la preferencia por la construcción jurídico-administrativa de la posición del usuario, quizás por no haber sufrido vicisitudes similares a las que dieron lugar en Italia al declive de la teoría de las prestaciones administrativas a los particulares. Véanse a este respecto desde los estudios de Enrique RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1969, págs. 175 y ss., y *La protección del usuario de los servicios públicos*, cit., a los escritos ya citados en esta nota de ESCRIBANO COLLADO y GARRIDO FALLA, así como la obra de Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 163-164.

(19) «A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinati imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.»

(20) En concreto, la *Corte* sostiene en la sentencia núm. 303 de 1988 que el artículo 43 de la Constitución italiana «ha instituido uno stretto collegamento tra la nozione di servizio pubblico essenziale e la nozione di impresa. Se ne deduce che tutti i servizi pubblici essenziali devono essere organizzati e gestiti in forma di impresa, ossia, come dispone l'art. 2 della L. 17 maggio 1985, n. 210, per il servizio ferroviario, "con criteri di economicità", i quali comportano la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al regime del diritto privato» («Giurisprudenza italiana», I, 1988, núm. 1, cols. 1449-1450). Como pone de relieve Raffaele CARBONI en su comentario de la sentencia, «il passo riferito contiene le seguenti affermazioni: a) l'art. 43 Cost. implica che i servizi pubblici essenziali debbano essere organizzati in forma di impresa; b) "in forma di impresa" significa "con criteri di economicità"; c) agire con criteri di economicità significa entrare in rapporto con gli utenti in regime di diritto privato e con responsabilità contrattuale» (*La responsabilità dell'Amministrazione postale: regime obbligatorio d'impresa per i servizi pubblici?*, «Giurisprudenza italiana», I, 1988, núm. 1, col. 1444).

(21) Esta corriente, de acuerdo con la brillante caracterización de Mario E. SCHINAIA,

partidarios del movimiento mencionado no sólo preconizan la extensión de esa disciplina a los servicios públicos de carácter económico o empresarial, sino también a los servicios sociales, en los cuales las relaciones entre usuarios y entes gestores siguen siendo hoy prevalentemente de tipo jurídico-administrativo (22). De hecho, a este último tipo de servicios públicos no se les aplican los pronunciamientos de la *Corte costituzionale* italiana sobre la obligatoriedad de la gestión empresarial y de la prestación del servicio en régimen de Derecho privado.

Sin embargo, tanto las nuevas orientaciones de la *Corte costituzionale* como las propuestas del movimiento de los consumidores respecto de la tutela de los usuarios de los servicios públicos han sido objeto de impugnación desde diversos puntos de vista. Para empezar, no toda la doctrina comparte la opinión de la *Corte* según la cual el artículo 43 de la Constitución italiana impone la forma organizativa de empresa en los servicios públicos esenciales colectivizados sobre la base del mismo, porque esta interpretación limita la discrecionalidad organizativa del legislador y de la Administración pública sobre las actividades afectadas sin un fundamento constitucional preciso (23). En consecuencia, para estos autores la «privatización» de la posición jurídica de los usuarios de este tipo de servicios que la *Corte costituzionale* quiere impulsar no se puede considerar una necesidad derivada de la Constitución de la República (24).

Además, se añade desde esta perspectiva crítica que la completa sujeción del régimen de prestación de los servicios públicos al Derecho privado podría provocar una disminución de los niveles de tutela de los usuarios, en un campo en el que la contratación se desarrolla siempre por adhesión y sobre la base de condiciones generales, y existe una desproporción considerable entre la fuerza contractual de las partes. Ciertamente, las normas de protección de consumidores y usuarios tratan de prevenir y corregir las iniquidades que puedan resultar de tal situación, pero es generalmente admitido que la eficacia de esta disciplina es bastante limitada

«vede come necessaria via d'uscita, anche sulla scorta di esperienze straniere (Germania), il rafforzamento della tutela privatistica, mediante interventi del legislatore (magari mirati) sulla situazione specifica dell'utente di quel singolo o di un gruppo di servizi pubblici essenziali; ovvero pone sullo stesso piano tout court (ai fini di una comune ed appropriata tutela) consumatori-utenti, a prescindere dal fatto che da parte dell'offerta il servizio sia da qualificare pubblico o privato, rilevando piuttosto la posizione "forte" del gestore del servizio» (*Situazioni soggettive di diritto pubblico dell'utente nei servizi pubblici*, «Rassegna dei lavori pubblici», 1988, pág. 450).

(22) Como apunta FERRARA, para esta corriente «non si riesce a cogliere alcuna differenza tra la posizione giuridica (di obiettiva debolezza) del consumatore fuorviato dalle clausole vessatorie inserite nei contratti per adesione aventi ad oggetto beni di consumo o servizi offerti dal settore privato e quella dell'utente dei pubblici servizi..., egualmente sottoposto al potere condizionario dell'impresa pubblica predisponente» [«Consumatore (protezione del) nel diritto amministrativo», cit., pág. 518].

(23) Véase por todos Fabio ROVERSI-MONACO, «L'attività economica pubblica», *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco GALGANO, volume primo, *La Costituzione economica*, CEDAM, Padova, 1977, págs. 387-388 y 470 y ss.

(24) Véase CARBONI, *La responsabilità dell'Amministrazione postale: regime obbligatorio d'impresa per i servizi pubblici?*, cit., col. 1445.

en la práctica (25). En definitiva, esta corriente doctrinal destaca el carácter garantizador que para el usuario presenta el tradicional régimen jurídico-administrativo de prestación de los servicios públicos, y recuerda que muchas de las instituciones del Derecho del Consumo no son sino un intento de trasladar al ámbito contractual privado técnicas y principios cuyo origen se encuentra en el primero (26).

La fuerza expansiva del régimen jurídico-administrativo de prestación de los servicios públicos se manifiesta hoy en Italia a través del intento de elaboración de un estatuto garantizador para los usuarios de los llamados «servicios públicos esenciales», que ha dado como resultado la promulgación de la Ley núm. 146 de 1990, sobre el ejercicio del derecho de huelga en aquéllos (27). Hay que tener en cuenta para valorar debidamente el alcance de esta disciplina que por «servicios públicos esenciales» el legislador italiano no entiende los servicios de titularidad pública que satisfacen las necesidades básicas de la población (28), sino «aquellos dirigidos a garantizar el disfrute de los derechos de la persona, constitucionalmente tutelados, a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación, a la asistencia y previsión social, a la educación y a la libertad de comunicación» (art. 1, apartado primero, de la Ley núm. 146 de 1990). Ello es debido a que la limitación del ejercicio de un derecho constitucionalmente tutelado, como es el de huelga, sólo se puede producir en presencia de otros derechos y bienes jurídicos dotados de similar nivel de protección en la Constitución (29); de ahí que en nuestro país se haya acabado

(25) Véase ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, «Nuova giurisprudenza civile commentata», II, 1986, pág. 108, y SCHINAIA, *Situazioni soggettive di diritto pubblico dell'utente nei servizi pubblici*, cit., págs. 449-450.

(26) Véase CARBONI, *La responsabilità dell'Amministrazione postale: regime obbligatorio d'impresa per i servizi pubblici?*, cit., cols. 1445-1446, y también Paolo PISANI, *Tecniche privatistiche di accesso ai servizi essenziali*, «Rivista critica di diritto privato», 1989, págs. 47-79.

(27) SCHINAIA nos revela que, al lado de los partidarios de la extensión del régimen de tutela privatístico a los servicios públicos, hay otro frente «costituito dai fautori di una rafforzata e rinnovata tutela pubblicistica, auspicata come una delle possibile alternative per uscire dalla crisi attuale dei pubblici servizi. A tal fine si auspica un necessario intervento legislativo, forse anche a livello costituzionale, per rendere possibile l'intera sottoposizione dei servizi pubblici essenziali a regime amministrativo, poiché esso renderebbe possibile la partecipazione degli utenti alla relativa organizzazione e la loro tutela globale, non più limitata alla fase dell'erogazione della prestazione come preventivamente determinata» (*Situazioni soggettive di diritto pubblico dell'utente nei servizi pubblici*, cit., pág. 450). Sobre la Ley italiana núm. 146 de 1990 puede consultarse en la doctrina española el estudio de Angel J. GALLEGO MORALES, *La regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales en Italia*, «Revista de Trabajo y Seguridad Social», núm. 1, 1991, págs. 9-31.

(28) Ni tampoco a los «servicios públicos esenciales», subjetivamente privados, que pueden ser objeto de reserva o transferencia de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución de la República. Umberto POTOTSCHNIG matiza al respecto «quell'aggettivo "essenziali" non ha nei due contesti il medesimo significato, essendo del tutto diverse in un caso e nell'altro le rispettive finalità» («Servizi pubblici essenziali: profili generali», *L'energia nel quadro delle nuove leggi sui servizi pubblici. Atti del Convegno di Studi tenuto a Sanremo nell'autunno del 1991*, Quaderni della *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 9, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 3).

(29) Véase Mattia PERSIANI, «Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali con particolare riguardo al settore dell'energia», *L'energia nel quadro delle nuove leggi sui servizi pubbli-*

por interpretar en ese mismo sentido el último inciso del apartado segundo del artículo 28 de la Constitución, a pesar de que la expresión «servicios esenciales de la comunidad» que esta norma utiliza parezca hacer referencia a toda actividad que satisfaga necesidades vitales para la sociedad (30).

Así pues, las medidas previstas por la Ley núm. 146 de 1990 se van a aplicar con independencia de la titularidad pública o privada del servicio afectado, e incluso con independencia de que la actividad de que se trate fuese considerada tradicionalmente una función pública y no un servicio público (31). De hecho, en la relación no taxativa de servicios públicos esenciales que contiene el apartado segundo del artículo 1 de la Ley aparecen mencionadas actividades como las aduanas (si bien «únicamente respecto del control de animales y mercancías deteriorables»), el suministro de bienes de primera necesidad, del que normalmente se encarga la libre iniciativa privada, y la administración de Justicia. Por el contrario, los servicios de titularidad pública que no garanticen los derechos constitucionales enumerados por el artículo 1 de la Ley núm. 146 de 1990 no se podrán considerar «esenciales» a estos efectos y quedarán excluidos del régimen de tutela del usuario que nos ocupa (32).

De cuanto se ha dicho hasta el momento se podría deducir que lo que está ocurriendo en Italia en los últimos tiempos es una verdadera fragmentación del régimen jurídico aplicable a los usuarios de los servicios públicos. En efecto, en los servicios de carácter económico prestados en régimen de Derecho privado se prefiere recurrir a las instituciones de protección de los consumidores, mientras en los servicios sociales se mantiene la tutela jurídico-administrativa tradicional, hoy reforzada por el reconocimiento jurisprudencial de la inmediata exigibilidad de los derechos sociales de prestación proclamados por la Constitución, aunque sólo en los casos en que la correspondiente organización prestacional ha sido creada

ci. *Atti del Convegno di Studi tenuto a Sanremo nell'autunno del 1991*, Quaderni della *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 9, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 33, y también Marco SGROI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali al vaglio della Corte costituzionale*, «Le regioni», núm. 1, 1992, pág. 151.

(30) Véase Fernando VALDÉS DAL-RE, *Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública*, «Relaciones Laborales», 1986, II, págs. 128-134, sobre la cuestión que nos ocupa, y toda la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

(31) Giuseppe CAIA resalta la «ampiezza della nozione stessa di "servizio pubblico essenziale", che supera, almeno ai fini della disciplina dello sciopero, la tradizionale bipartizione dell'attività dei pubblici poteri tra "servizi" e "funzioni". La legge, infatti, identifica come servizi anche attività autoritative, sicuramente ascrivibili, secondo i canoni tradizionali, nella categoria delle funzioni: basti pensare che nell'elencazione di cui al comma 2.º si comprende la stessa amministrazione della giustizia» («La disciplina dei servizi pubblici», *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI ed altri, Monduzzi Editore, Bologna, 1993, pág. 779). El carácter objetivo de la noción de servicio público de la Ley núm. 146 de 1990 es subrayado incidentalmente por Vittorio ANGIOLINI en «Organizzazione locale per "servizi"», *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, a cura di Giorgio BERTI, Il Mulino, Bologna, 1993, pág. 58.

(32) Véase PERSIANI, «Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali con particolare riguardo al settore dell'energia», cit., pág. 35, así como Cosimo SILVESTRO, *Rapporto tra sciopero nei pubblici servizi e Stato sociale*, «Giurisprudenza italiana», IV, 1991, col. 475.

por los Poderes públicos y es operativa (33). De la misma forma, los usuarios de los servicios públicos considerados «esenciales» por la Ley núm. 146 de 1990 gozarán de una protección distinta de la que pueden recibir los usuarios de los servicios que son igualmente de titularidad pública, pero que no garantizan el disfrute de los derechos constitucionales mencionados por ese texto legal. A esta fragmentación se le uniría, en fin, una disolución de las distinciones entre la posición jurídica de los usuarios de los servicios públicos y la de los clientes de los servicios privados, al menos en dos casos de gran relevancia: el de los servicios colectivizados sobre la base del artículo 43 de la Constitución de la República, en los que ya se ha dicho que la *Corte costituzionale* considera obligatorio el régimen jurídico-privado de prestación, y el de los servicios «esenciales», por lo que se refiere a las especiales normas de tutela a ellos aplicables.

Sin embargo, frente a esta situación ha surgido un movimiento de renovación y perfeccionamiento de los instrumentos jurídico-administrativos tradicionales de tutela de los usuarios, con vocación de aplicación general a todos los servicios públicos. Esta tendencia pone de relieve la especificidad de la posición jurídica de los usuarios de los servicios públicos, tanto en relación con la situación de los clientes de los servicios privados como con la de los administrados en cuanto sujetos pasivos del ejercicio por la Administración de sus potestades públicas. Asimismo, recupera la idea, presente en todos los Ordenamientos jurídicos que conocen el servicio público como institución jurídica, de que la asunción por parte del Poder público de la titularidad de una actividad de prestación de utilidades de carácter económico o social a los particulares transforma el servicio afectado en una verdadera tarea pública, y constituye una fuente de potestades para la Administración titular, dirigidas a asegurar el igualitario, continuado y regular disfrute de las prestaciones por los usuarios. Correlativamente a tales potestades, surgen en favor de estos últimos situaciones jurídicas subjetivas de naturaleza pública, que no existen por lo general en los servicios de titularidad privada (34).

También en los supuestos de organización de los servicios públicos en

(33) En este sentido, Antonio BALDASSARRE apunta que «quando sussistano le condizioni di fatto per il godimento di tali diritti (esistenza dell'organizzazione e delle istituzioni necessarie), non v'è dubbio, come si evince chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale sul diritto all'assistenza e su quello alla previdenza, che tali diritti diano luogo, in capo agli interessati, a pretese direttamente azionabili e difendibili giudizialmente» («Diritti sociali», *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1990, pág. 31).

(34) Los rasgos publicísticos presentes en la posición jurídica de los usuarios de todos los servicios públicos son destacados por CARBONI en *La responsabilità dell'Amministrazione postale: regime obbligatorio d'impresa per i servizi pubblici?*, cit., cols. 1445-1446, donde el autor rechaza expresamente la «privatización» de las relaciones entre usuarios y entes prestadores de los servicios públicos, y por Elena NIZZA en *Limitazioni alla responsabilità dell'amministrazione delle poste e della società concessionaria dei servizi telefonici*, «Rivista amministrativa della repubblica italiana», 1989, pág. 699. Por otra parte, las dificultades que presenta la asimilación de los usuarios de los servicios públicos a los clientes desde un punto de vista económico son puestas de relieve por Maria Alessandra STEFANELLI en su obra *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, CEDAM, Padova, 1994, pág. 115.

forma de empresa y de prestación en régimen de Derecho privado están presentes las referidas potestades públicas, así como las correspondientes situaciones jurídicas subjetivas de los usuarios. La particularidad en este caso es que las instituciones jurídico-administrativas desarrollan su eficacia desde fuera de la relación de prestación del servicio que se establece entre el usuario y el ente gestor de aquél, regida íntegramente por el Derecho privado (35). La Administración titular aparece así como un tercero respecto de las partes contractuales, pero situado en una posición jurídica de superioridad sobre ellas gracias al poderoso título de intervención que supone la titularidad pública de la actividad. Esto es precisamente lo que le permite desarrollar una actividad garantista a favor de los usuarios y de los potenciales usuarios de los servicios públicos.

En consecuencia, la tutela jurídico-administrativa de los usuarios no es incompatible ni con la protección que pueda aportar el Derecho privado, ni con las instituciones del Derecho del Consumo; por el contrario, se acumula a ellas. Así, la titularidad pública del servicio, en vez de excluir la aplicación de la disciplina de tutela de los consumidores, asocia a la misma un *plus* de tutela, y es en esta garantía adicional donde reside, a nuestro juicio, la propia razón de ser de la institución del servicio público. De la misma forma, el Derecho del Consumo no se puede concebir como un régimen sustitutivo del propio de los usuarios de los servicios públicos, sino como un complemento de éste en los casos en que las relaciones entre los usuarios y los entes prestadores de los servicios se establecen a través de contratos de Derecho privado. Lo cual no obsta, evidentemente, para que haya que reconocer que una de las bases constitucionales de la disciplina de tutela de los consumidores, el derecho a la salud, debe ser respetada y protegida también por el régimen jurídico-administrativo de prestación de los servicios públicos.

La compatibilidad entre el régimen general de tutela de los usuarios de los servicios públicos y otros sistemas de protección distintos se puede articular también en los servicios que garantizan la efectividad de derechos sociales de prestación reconocidos constitucionalmente. En estos casos, al menos en el Ordenamiento jurídico italiano, la posición del usuario se ve

(35) ALPA precisa que en los servicios públicos organizados en forma de empresa «gli aspetti pubblicistici rilevano soltanto come agenti dall'esterno sul rapporto privatistico negoziale. o in quanto impongono modalità e regole in ordine alla sua costituzione (obbligo a contrarre) o perché ne stabiliscono alcuni contenuti (tariffe, esclusive, etc.) o perché si occupano delle modalità esecutive del servizio. Al di là di questi, pur rilevanti momenti, il rapporto è affidato per intero alla autonomia negoziale e pertanto alle determinazioni dell'impresa» (*Contratti di utenza pubblica*, cit., pág. 108). En el mismo sentido, véase Antonino CATAUDELLA, «Situazioni soggettive di diritto privato dell'utente nei servizi pubblici essenziali», *Energia e servizio pubblico. Atti del convegno di studi sul tema «I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritti dell'utente»* (Porto Conte, autunno 1988), Quaderni della *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 5, Giuffrè, Milano, 1989, págs. 33-34, así como CAIA, «La disciplina dei servizi pubblici», cit., págs. 777-778. Con todo, las dificultades para construir situaciones subjetivas públicas en esta categoría de servicios públicos son resaltadas por SCHINAI, quien considera que sólo se pueden definir respecto de la determinación administrativa de las tarifas (*Situazioni soggettive di diritto pubblico dell'utente nei servizi pubblici*, cit., págs. 455 y ss.).

reforzada por la existencia de un derecho subjetivo a la prestación nacido de la propia Constitución, pero por lo demás se aplican las reglas normales de los servicios públicos. Lo mismo se puede afirmar respecto de los servicios públicos que son «esenciales» a los efectos de la Ley núm. 146 de 1990, en los que las particulares normas garantizadoras previstas por este texto legislativo se agregarán al régimen general de protección de los usuarios de los servicios públicos.

En las páginas siguientes se tratará de ofrecer una visión en términos comprensibles para el lector español no conocedor del Ordenamiento jurídico italiano de las principales manifestaciones y características de este interesante movimiento de elaboración de un verdadero estatuto del usuario de los servicios públicos, que no es el estatuto del administrado en general, sino una especificación del mismo a la particular situación del beneficiario de las prestaciones garantizadas por los Poderes públicos a través de la técnica del servicio público. En este sentido, debemos sumarnos a la opinión, defendida por algunos autores en Italia, de que la posición de los particulares ante la actividad administrativa de garantía prestacional requiere normas y principios parcialmente distintos de los que rigen en el ámbito de la actividad de limitación o policía (36).

III. EL NUEVO SENTIDO DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS

Un primer fenómeno de gran interés ocurrido en Italia estos últimos años es el cambio de significado de la participación de los usuarios en la gestión de los servicios públicos. No es éste el momento de desarrollar un análisis general de la participación en el ámbito administrativo, pero conviene recordar que ésta surge en todo el mundo occidental a partir de los años sesenta, en el contexto de los movimientos culturales y sociales de aquellos años, como consecuencia de la toma de conciencia generalizada sobre la insuficiencia de los presupuestos tradicionales de legitimidad de la actividad administrativa que sigue a la extensión del intervencionismo público en la vida social y económica, impuesta por la construcción de los llamados «Estados del bienestar» (37).

(36) Por ejemplo, respecto de las normas sobre los servicios públicos locales contenidas en la Ley núm. 142 de 1990, sobre las autonomías locales, se ha podido hablar de «l'emergere di un nucleo di principi e una trama di modalità organizzative che possono essere considerate la base di quello che meglio potremmo definire come vero e proprio "statuto generale" dell'amministrazione locale di erogazione», y también afirmar que «il capo VII della l. 142/1990 costituisce per l'amministrazione di erogazione (quantomeno le basi di) quello che la l. 214/1990 rappresenta per l'amministrazione di regolazione» (Marco CAMMELLI, *Le due riforme: ordinamento locale e servizi pubblici*, «Le regioni», 1991, pág. 434). Esta idea ha sido retomada por STEFANELLI en su obra *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, cit., págs. 100 y ss.

(37) Sobre la crisis de las formas tradicionales de legitimidad de la Administración pública y el intento de introducir la participación como respuesta se pueden consultar, dentro de la doctrina italiana, las obras de Francesco TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Giuffrè, Milano, 1974, y Mario P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pacini Editore, Pisa, 1977; otra obra de carácter general sobre

La profunda interrelación que se establece entre Administración pública y sociedad, frente a la separación entre los dos ámbitos querida por el liberalismo clásico, en el marco de sistemas constitucionales que se proclaman sociales y democráticos, hace que se sienta como insuficiente la legitimidad democrática indirecta de la Administración pública, basada en los principios de legalidad y jerarquía. Hay que tener en cuenta, por lo demás, que estos últimos estaban ya muy debilitados cuando se manifestó esta crisis de legitimidad: el principio de legalidad había sufrido particularmente las repercusiones de la crisis que el Estado liberal de Derecho atravesó en el período de entreguerras, y la jerarquía perdía con rapidez su importancia inicial a causa del crecimiento continuado del aparato administrativo y de la extensión de las formas de administración a través de entes públicos, más o menos autónomos, pero en todo caso no sometidos ya a las relaciones de subordinación jerárquica tradicionales.

Una de las soluciones que se propusieron ante esta situación fue la aplicación en el ámbito administrativo del principio de participación directa de los ciudadanos, en un principio sólo utilizado en el campo político-constitucional como corrección del sistema representativo indirecto. La actividad administrativa de prestación era, sin duda, especialmente apta para la experimentación de las técnicas de participación popular, porque en un momento histórico en el cual las prestaciones garantizadas por las Administraciones públicas alcanzaban una extensión desconocida con anterioridad, salvo en los períodos excepcionales de guerra o de posguerra, y la mayoría de los sistemas constitucionales occidentales decían ser democráticos y participativos, la conciencia social no podía admitir por más tiempo que los individuos asumiesen la posición de meros receptores pasivos de estos beneficios (38).

la participación popular en la Administración pública, notable por la sistematización de las formas de participación que contiene, es la de Romano BETTINI, *La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1973. Para las diferencias entre la participación administrativa y la participación política, es útil el estudio de Emanuele TUCCARI, *Partecipazione popolare e ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 1974. Otro estudio de interés, en este caso por su valor como testigo de la transformación acontecida en la forma de entender el principio de participación en el ámbito administrativo, es el de Mario D'ANTINO, *La partecipazione del cittadino in termini di efficienza, imparzialità, buon andamento della pubblica amministrazione*, «Rivista trimestrale di scienza della amministrazione», 1974, págs. 527-541; contribuye también a aclarar el concepto de participación administrativa el artículo de Mario NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1980, págs. 225-236.

En cuanto a España, sobre la participación administrativa es fundamental la obra de Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, que se basa en su mayor parte precisamente en la doctrina italiana sobre la cuestión. Véase también el notable estudio de Santiago MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración*, núm. 84 de esta REVISTA, 1977, en especial págs. 528-534, y las páginas que dedican al tema los Profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su conocida obra *Curso de Derecho administrativo*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, págs. 85-96.

(38) Véase CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, cit., págs. 274, 320 y ss. y 380.

No puede olvidarse, además, que el nacimiento y expansión de la actividad administrativa de prestación es efecto (y también causa, en una suerte de compleja interrelación) de la transformación en sentido pluralista del orden social, que conlleva la superación del individualismo radical del liberalismo clásico. El redescubrimiento de los grupos sociales intermedios ha obligado a reconocer que pueden darse contradicciones entre los intereses generales, tal como se expresan en sede política, y otros tipos de intereses supraindividuales, sean colectivos o difusos (39). Un ámbito donde puede producirse esta confrontación (y de hecho así ocurre con mucha frecuencia) es el de los servicios públicos, porque los intereses de los individuos en cuanto ciudadanos y en cuanto usuarios de un concreto servicio público no siempre coinciden.

La participación busca rellenar el vacío de legitimidad que se siente en la actividad administrativa por medio de la introducción de una fuente legitimadora democrática en el interior del propio aparato de la Administración pública, que garantice que en la adopción de las decisiones tomen parte todos los sujetos interesados o, al menos, sea valorado el conjunto de los intereses implicados (40). En Italia se afirma que de esta forma los principios constitucionales de democraticidad (*democraticità*) y de imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración (*imparzialità y buon andamento*) se verían conjuntamente realizados.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la aparición de esta fuente de legitimidad interna a la propia organización administrativa plantea graves problemas en relación con la necesidad de respetar otros principios constitucionales, sobre todo el de legalidad. Es evidente que en el ámbito de la actividad administrativa totalmente reglada por la ley la participación no puede encontrar espacio alguno de actuación, lo que desplaza su operatividad a la actividad discrecional de las Administraciones públicas (41). Por tanto, la función que puede desarrollar la técnica que nos ocupa es la de favorecer que en la adopción de decisiones discrecionales sean escogidas las soluciones que, respetando el fin establecido por la norma que atribuye

(39) Véase BETTINI, *La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla pubblica amministrazione*, cit., pág. 126. Sobre la heterogeneidad de los intereses públicos en la sociedad contemporánea, véase todo el capítulo IV de la obra de SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, cit.

(40) Así, para NIGRO, el concepto de participación «indica e realizza il “prender parte”, ad un processo di decisione, di soggetti diversi da quelli ai quali un ordinamento attribuisce istituzionalmente la competenza a provvedere che ordina (organizza) stabilmente per questo scopo. Il partecipante è “estraneo” rispetto al membro della famiglia, il “laico” rispetto al sacerdote, l’“altro” rispetto al soggetto: un “estraneo”, un “laico”, un “altro” che sono ammessi però ad accompagnare il soggetto primario nel cammino di una scelta. Nel campo dell’organizzazione pubblica l’“estraneo” —nella nozione che coglie il minimo comune denominatore della categoria— è il cittadino (se si fa riferimento al singolo) o il popolo (se si fa riferimento a tutta la categoria) rispetto al titolare istituzionale dell’ufficio, all’ufficio stesso ed all’intera organizzazione “costituita”» (*Il nodo della partecipazione*, cit., págs. 226-227). De un modo similar, FRANCO LEVI había definido la participación como «la presenza nell’amministrazione del non professionista» (*Partecipazione e organizzazione*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1977, pág. 1636).

(41) Véase GIORGIO BERTI, *La parabola regionale dell’idea di partecipazione*, «Le regioni», 1974, pág. 4.

la potestad a la Administración y las demás determinaciones ya prefijadas por aquélla, sean más adecuadas para la satisfacción de los concretos intereses implicados (42). Con todo, también en este último campo la decisión participada encuentra ciertas restricciones, pues se le deberán aplicar las formas habituales de control de la discrecionalidad administrativa. Así por ejemplo, la imparcialidad en la aplicación de la ley constituye un límite evidente de la técnica que nos ocupa, porque una cosa es que los interesados tomen parte en el proceso de formación de las decisiones que les afectan, y otra que de esta forma de garantía de la valoración de todos los intereses en presencia deriven situaciones inaceptables de privilegio o de discriminación (43).

En consecuencia, los partidarios de la participación han propuesto una redefinición de la función de la ley en la esfera administrativa: ésta debería limitarse a predisponer el marco político-jurídico general, que después sería completado por medio del encuentro entre sociedad y aparato burocrático, articulado a través de las técnicas participativas (44). Sólo de esta manera la participación podría superar los estrechos márgenes de maniobra dentro de los que se ve confinada inevitablemente por el principio de legalidad entendido al modo clásico.

Menos compleja desde el punto de vista teórico se presenta, en cambio, la relación de la participación con la moderna potenciación del momento técnico-burocrático en la actividad administrativa, que en Italia aparece unida a la realización de las exigencias de eficacia y eficiencia impuestas por el principio constitucional del *buon andamento* de la Administración pública. Aunque sea posible imaginar la aparición de conflictos entre las soluciones técnicamente eficientes y aquellas otras más satisfactorias desde la perspectiva de la composición de los intereses en presencia, parece evidente que, en un Ordenamiento democrático basado sobre la dignidad de la persona, la eficacia y la eficiencia de la actividad administrativa no se pueden desvincular de las aspiraciones y de las necesidades de los individuos y grupos sociales a los que esta actividad va a afectar más directamente, y, por tanto, estas últimas deben prevalecer (45).

(42) Como ha dicho entre nosotros MUÑOZ MACHADO, «lo que busca fundamentalmente la participación ciudadana en las funciones administrativas es ofrecer un cauce a la expresión de las demandas sociales que sea también útil para controlar las decisiones que las autoridades administrativas adoptan en el marco de sus poderes discrecionales» (*Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración*, cit., pág. 523). En el mismo sentido, véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, cit., pág. 88.

(43) Respecto de la relación entre participación e imparcialidad en la aplicación de la ley, véase Vittorio BACHELET, «Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione», *L'amministrazione in cammino. Una guida alla lettura degli scritti giuridici di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1984, págs. 69-70.

(44) Véase BERTI, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, cit., págs. 5-6.

(45) Como pone de relieve BETTINI, «oggi non si può non sottolineare come in sede di scienza dell'amministrazione superando, conformemente all'insegnamento di G. Cataldi, l'equivoco di far coincidere l'efficienza con la produttività, la redditività e l'economicità, che sono aspetti o sintomi dell'efficienza, si sia pervenuti ad una nozione di quest'ultima purificata da intenti efficientistici ed ancorata al perseguimento dei fini "esterni" delle or-

La participación popular en las Administraciones públicas tiene diversas manifestaciones, y así se habla de participación funcional, procedimental, orgánica (46). Esta clasificación no incluye las formas de participación política en los entes territoriales autónomos, ya que éstas se sitúan a medio camino entre el problema de la corrección del principio representativo indirecto, que no nos interesa ahora, y la cuestión de la participación directa de los ciudadanos en la función administrativa. En realidad, dada la naturaleza político-administrativa de los entes territoriales autónomos y dada también su legitimidad democrática directa, la separación entre la participación política y la administrativa no es tan fácil de establecer como lo es, en cambio, en el ámbito de la Administración del Estado.

De todos modos, y por lo que se refiere al caso italiano, no se puede dejar de mencionar que la introducción por primera vez en los Ayuntamientos de formas de participación política directa, en concreto el referéndum, se produjo precisamente en relación con los servicios públicos locales. La Ley de 1903 sobre la municipalización de los servicios públicos preveía que la decisión de asumir la gestión directa de un servicio tendría que ser sometida al voto de los electores si lo requiriese la veinteaava parte de los mismos o un tercio de los consejeros municipales. Esta es, sin duda, una prueba de las especiales exigencias participativas que el desarrollo de la Administración prestacional ha impuesto siempre, por más que las mismas quedasen posteriormente oscurecidas, en gran parte como consecuencia de la sustitución de la primacía de los entes locales en este terreno por la de la Administración del Estado, siempre más alejada de los ciudadanos.

En cuanto a las modalidades de participación de carácter estrictamente administrativo antes enunciadas, debe hacerse notar que la participación funcional no presenta mucho interés desde el punto de vista de la introducción de nuevas formas de legitimidad de la actividad administrativa. En ésta se incluye una serie de supuestos, ya conocidos por la Administración liberal, de ejercicio por los particulares de funciones públicas desde fuera de la organización administrativa, como auxiliares o colaboradores de la misma. Más vinculada a las nuevas necesidades de legitimidad de la actividad administrativa se halla, en cambio, la participación procedimental, aunque mantenga todavía una fuerte cercanía a la orientación garan-

ganizzazioni, nel rispetto della più sostanziale funzione di questa nella società» (*La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla pubblica amministrazione*, cit., págs. 23-24; más detalladamente, véase *op. cit.*, págs. 131 y ss.). Son también de interés las reflexiones desarrolladas sobre la cuestión por TRIMARCHI en *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, cit., págs. 117 y ss., y por M. MARRAMA en «I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica», *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI ed altri, Monduzzi Editore, Bologna, 1993, págs. 371-390.

(46) Véase la sistematización propuesta por BETTINI en *La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla pubblica amministrazione*, págs. 27 y ss., en especial nota 81. Para la participación orgánica y la participación procedimental, véase también *op. cit.*, pág. 118 y ss. En la doctrina española puede consultarse la completa y minuciosa clasificación de los diversos tipos de participación que realiza SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, cit., págs. 102-108.

tista propia del Ordenamiento administrativo liberal (47). En efecto, esta forma de participación asegura la audiencia en el procedimiento administrativo de todos los interesados, sean sujetos aislados con sus intereses individuales, sean grupos de defensa de intereses colectivos o difusos, e introduce así el principio contradictorio en este ámbito (48). Solamente el aspecto «comunitario» de representación de intereses colectivos o difusos que puede desarrollar la técnica que nos ocupa significaría una novedad real frente al sistema administrativo liberal. En fin, la forma de participación que responde de un modo más pleno a la necesidad de encontrar nuevas fuentes de legitimidad de la actividad administrativa es, seguramente, la participación orgánica, que consiste en la inserción de los particulares en los órganos administrativos, sean de carácter consultivo, sean de carácter decisorio. Esta técnica, a diferencia de la participación procedimental, sólo sirve para la representación de intereses supraindividuales (salvo, evidentemente, desviaciones ilegítimas en su uso).

La introducción de la participación orgánica ha favorecido el desarrollo de lo que en Italia se ha dado en llamar la «Administración por colegios», que implica una potenciación del papel de los órganos colegiados, frente al modelo de Administración autoritaria y monocrática que del sistema comisarial del Despotismo ilustrado había pasado al Estado liberal de Derecho a través del sistema administrativo napoleónico (49). En el ámbito de los servicios públicos italianos, ha sido el sector de los servicios sociales aquel en el que se ha experimentado este tipo de participación, por medio de la incorporación de representantes de los usuarios y del personal a los órganos de gestión. Concretamente, los sistemas de cogestión resultantes se han generalizado en la enseñanza (50), y han llegado también a la sanidad y la asistencia social.

Sin embargo, la aplicación de la participación no debería haberse limitado a los servicios sociales en la intención de los partidarios de la misma. En efecto, aquella no es sólo una técnica jurídica a través de la cual se tra-

(47) Las limitaciones de la participación procedimental son resaltadas por TRIMARCHI en su obra *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, cit., págs. 91-92.

(48) Esta doble faz de la participación ha sido subrayada por NIGRO, quien afirma que «la partecipazione procedimentale è fenomeno di data antica ma, mentre ha avuto in passato una funzione meramente garantista, viene esplicando sempre più una funzione comunitaria» (*Il nodo della partecipazione*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1980, pág. 231). El autor hace también referencias de gran interés a la relación entre participación y representación de intereses difusos (*op. cit.*, págs. 232 y ss.).

(49) Sobre estas transformaciones de la organización administrativa es fundamental la obra de CAMELLI, *L'amministrazione per collegi. Organizzazione amministrativa e interessi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1980, en especial págs. 75 y ss. Sobre la relación entre participación y función consultiva, véase la obra de TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, cit. En la doctrina española, para ambas cuestiones puede acudir a la obra de SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, cit., que se ocupa de ellas en sus capítulos VII y VIII.

(50) Son muchos los estudios italianos que se ocupan de la participación orgánica en el ámbito de la enseñanza. Véanse, por ejemplo, CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, cit., págs. 409 y ss., y BETTINI, *La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla pubblica amministrazione*, cit., págs. 63 y ss., así como la bibliografía citada por este último.

ta de dar respuesta a las necesidades impuestas por la evolución de la Administración pública contemporánea, sino que tiene también un fuerte sentido político, que la vincula a las propuestas de autogestión, inicialmente sólo referidas a la empresa y a los trabajadores, pero después ampliadas a los consumidores y a los usuarios de los servicios públicos (51). De esta forma, la participación se convirtió en los años sesenta y setenta en una de las banderas de las tendencias socialistas no estatistas, que pretendían ofrecer una alternativa de transformación del orden económico y social capitalista diferente de la representada por el llamado «socialismo real» (52). Por lo que atañe a los servicios públicos de carácter económico-empresarial, los autores de esta corriente propugnaban en Italia la aplicación de la previsión del artículo 43 de la Constitución según la cual la colectivización de empresas o categorías de empresas referidas a servicios públicos esenciales se puede realizar en favor de «comunidades de trabajadores o de usuarios», y no sólo de entes públicos. A través de esta norma, el principio de participación podría dar lugar a verdaderas experiencias de autogestión, y no ya simplemente de cogestión, de los servicios públicos (53).

Sin embargo, muchas de las esperanzas que se habían puesto en la participación orgánica se han visto frustradas después de la puesta en práctica de esta técnica, y por ello en los años ochenta se ha comenzado a hablar en Italia del fracaso (*fallimento*) de la misma (54). En efecto, la modalidad

(51) Este aspecto de la participación es analizado por BETTINI, en *La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla pubblica amministrazione*, cit., págs. 129-131, y, entre nosotros, por SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, cit., págs. 64 y ss. Este autor contrapone dos grandes ideologías participativas: una de carácter tecnocrático y otra que entiende la participación como alternativa política. Dentro de esta última línea, Francesco GALGANO propuso en su día la construcción de una «democracia de los consumidores», en la que la demanda sería programada por los propios consumidores, organizados en un «consumidor colectivo» de naturaleza pública, frente a las experiencias, a su entender insuficientes, de accionariado de los consumidores y de cogestión (véase *La democrazia dei consumatori*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1981, págs. 38-48, y también el comentario del autor al art. 41 de la Constitución italiana en *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe BRANCA, *Rapporti economici*, tomo II, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1982, págs. 61 y ss.).

(52) De las esperanzas que este sector ideológico había puesto en las cooperativas de usuarios de los servicios públicos y en la autogestión como alternativa tanto al capitalismo como al socialismo estatista da testimonio el comentario de GALGANO al artículo 43 de la Constitución italiana, en *Commentario della Costituzione*, cit., págs. 197 y ss., donde se hacen interesantes referencias al modelo de la Yugoslavia de la época.

(53) Sobre la relación entre participación de los usuarios a la gestión de los servicios públicos y artículo 43 de la Constitución italiana, FRESA pone de relieve cómo «nella connessione con la problematica dei pubblici servizi, il concetto di partecipazione trova... uno specifico riferimento nella previsione (art. 43 Cost.) delle "comunità di lavoratori e di utenti", come possibili destinatari dei provvedimenti di collettivizzazione delle attività di pubblici servizi essenziali. Comunque si vogliano configurare tali comunità, siano esse figure dotate o meno di propria soggettività, è evidente il significato della possibilità (ancor oggi) no realizzata di assunzione di pubblici servizi da parte di comunità di utenti, quale garanzia di una gestione (intesa nel senso di determinazione complessiva di attività), idonea alla realizzazione dell'interesse generale ed al soddisfacimento dei bisogni del singolo quale cittadino e non solo quale consumatore» (*Servizio pubblico*, cit., pág. 1380).

(54) Al *fallimento* de la participación hacen especial referencia los escritos publicados bajo el título *Verso nuove carte di diritti*, en «Politica del diritto», 1980, págs. 169-184.

de participación que nos ocupa, por su propia naturaleza comunitaria y no individual, exige la asociación voluntaria de los usuarios, pero éstos, como también ocurre con los consumidores, constituyen una masa heterogénea y pasiva de personas, dentro de la cual el impulso participativo es sentido en general sólo por una minoría, que suele ser también la más activa políticamente. Así se explican los niveles extremadamente bajos de participación que se registran casi sin excepción en los servicios públicos donde se aplica esta técnica, y se explica, además, por qué la misma acaba muchas veces por servir para dar expresión a intereses que son ya fuertes en el sistema pluralista formado por los partidos, los sindicatos y los grupos de presión económica o corporativística, sin conseguir convertirse en una forma verdaderamente autónoma de representación de los intereses de los usuarios en cuanto tales.

Por lo demás, la participación orgánica opera dentro de márgenes muy estrechos, ya que debe convivir, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, con la necesidad de respetar los principios de legalidad y de imparcialidad, además de con las exigencias de eficacia y eficiencia de la actividad administrativa. Es necesario constatar a este respecto que el desarrollo de la participación no ha logrado modificar el papel del principio de legalidad en el ámbito administrativo o, por lo menos, no lo ha logrado en la medida necesaria para hacer de aquélla la nueva fuente de legitimidad de la actividad administrativa; los obstáculos frente a una transformación de tal calibre se han demostrado insuperables. De esta limitación de las funciones que en la realidad práctica puede desempeñar la técnica que nos ocupa ha nacido una cierta conciencia de la inutilidad de los esfuerzos participativos, una desilusión de las esperanzas puestas en sus posibilidades transformadoras.

Las dificultades con que se encuentra la participación orgánica se agravan en los servicios públicos de carácter económico-empresarial. Las colectivizaciones en favor de «comunidades de trabajadores y usuarios» no se han realizado nunca en Italia; por lo demás, la preferencia por los principios organizativos de empresa, propia del neoliberalismo de los años ochenta, conlleva el reforzamiento de la autonomía empresarial de los entes gestores de los servicios públicos económicos, lo que es difícilmente compatible con la introducción en este campo de formas de cogestión (55). Con todo, la tendencia actual hacia la separación de los momentos del control y de la gestión de los servicios públicos económicos puede abrir nuevas perspectivas a la participación orgánica de los usuarios, ya que se-

Debe notarse, por otra parte, que los riesgos y dificultades prácticas de la puesta en práctica de la participación orgánica habían sido ya previstos por algunos autores en los momentos de mayor éxito de las propuestas participativas; véanse al respecto BETTINI, *La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla pubblica amministrazione*, cit., págs. 142 y ss., o SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, cit., págs. 145-146.

(55) Las consecuencias que ha provocado esta potenciación del momento empresarial en los servicios públicos económicos sobre las situaciones jurídicas subjetivas de los usuarios son analizadas por SCHINAIA en su estudio *Situazioni soggettive di diritto pubblico dell'utente nei servizi pubblici*, cit., en especial págs. 456 y ss.

ría posible desplazar la técnica que nos ocupa del ámbito de la gestión al del control público de estas actividades, dando asiento a representantes de los usuarios o de sus organizaciones en las autoridades administrativas independientes de regulación y control que se empiezan a crear en algunos sectores económicos. No obstante, y sin perjuicio del estudio más detallado de estas nuevas figuras organizativas que se abordará en otra parte del presente trabajo, es necesario preguntarse ya ahora si el simple cambio del ámbito de operatividad de la participación orgánica será suficiente para evitar todos los defectos de esta técnica (56).

En el nuevo ambiente social de los años ochenta y noventa, el impulso hacia la introducción de la participación popular en la gestión de los servicios públicos ha sido sustituido en buena parte, tanto en los servicios de carácter económico-empresarial como en los de tipo social, por un interés prevalente por la calidad de los mismos y por la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas de los usuarios (57). Hay que hacer notar, sin embargo, que el «fracaso» de la participación orgánica no significa un fracaso de la participación en general, porque hay otras modalidades de esta técnica que pueden desarrollar todavía un papel muy importante en los servicios públicos, sobre todo en relación con la mencionada tutela de la posición de los usuarios.

Cabe concluir, por tanto, que lo que se ha sometido a revisión es una determinada concepción maximalista de la participación, que buscaba la transformación de los fundamentos de legitimidad del sistema político-jurídico vigente (58). De manera más modesta, y partiendo de una perspecti-

(56) Sostiene STEFANELLI que «tratto comune ai comitati di utenti presenti nelle varie Autorità amministrative indipendenti è il loro mancato funzionamento, derivato in gran parte dal sostanziale non utilizzo degli stessi, come è avvenuto ed avviene per il consiglio degli utenti da parte del Garante per la radiodiffusione e l'editoria, e dalla forte strumentalizzazione cui le associazioni degli utenti sono vittime da parte di questa o quella organizzazione o movimento politico. Ridotti spesso a niente altro che vuoto simulacro, gli organismi rappresentativi degli utenti, qualora esistenti, scontano così una collocazione normativa debole e indecisa tale da precludere loro la strada ad una seria e costruttiva rappresentanza istituzionale» (*La tutela dell'utente di pubblici servizi*, cit., pág. 156).

(57) Véase Ario RUPENI, «La strategia della qualità: una risposta ai nuovi bisogni dell'utente», *I servizi pubblici locali e crisi dello stato sociale*, Atti del Convegno internazionale organizzato dal Ministero dell'interno in collaborazione con il Consiglio d'Europa, l'OCSE e la CISPEL, Roma, Ministero dell'interno, 28-30 aprile 1987, Maggioli, Rimini, 1988, pág. 199. Entre nosotros, puede consultarse la lección del Profesor Luis MARTÍN REBOLLO, *El Derecho administrativo y las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos*, Editorial de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1984, donde el reto de la eficacia de la Administración aparece claramente vinculado al perfeccionamiento de las técnicas de control (*op. cit.*, págs. 24 y ss.).

(58) Las concepciones «escatológicas» y «generalizantes» de la participación habían sido ya criticadas por LEVI en su momento de mayor éxito, a través del estudio *Partecipazione e organizzazione*, cit. Por su parte, afirma Giancarlo QUARANTA que «tra le ragioni che hanno portato al fallimento della partecipazione —e quindi a quegli atteggiamenti di massa che corrispondono probabilmente a sensi di delusione e di frustrazione— c'è stata indubbiamente una relazione acritica e forse malsana con il tema del potere. In altre parole, la partecipazione veniva sentita diffusamente tra le masse, e veniva interpretata dagli stessi partiti, come una gestione del sociale in cui mancasse il potere. Una concezione siffatta appare oggi sempre più come in diretta derivazione dalla visione demonologizzata del potere propria del movimento del '68. Cosicché negli anni '70 è nata, si è sviluppata ed è falli-

va exclusivamente jurídica, la participación de los usuarios se presenta hoy como un instrumento fundamental para la tutela de lo que SORACE ha denominado en Italia «intereses de servicio público» (59). En el estado actual de evolución del sistema de Justicia administrativa italiano, y por lo que respecta a este concreto extremo la situación no es muy distinta en España, el perfil pretensivo y no meramente negativo que presenta esta clase de intereses hace que no pueden obtener una satisfacción adecuada sin la posibilidad de que los usuarios sean oídos en el procedimiento de formación de las decisiones discrecionales que les puedan afectar.

Esta concepción garantista de la técnica que nos ocupa implica que, al contrario de lo que ocurría hace algunos años, la modalidad de la participación más relevante hoy sea la procedimental. De hecho, se ha subrayado ya que ésta tiene una doble faz, individualista y comunitaria, puesto que sirve para expresar y representar tanto intereses individuales como colectivos y difusos; semejante combinación, además de facilitar la tutela completa de los usuarios, permite también atenuar los riesgos de manipulación política o corporativística, aunque éstos sean difíciles de erradicar por completo (60). La expansión de la participación procedimental en Italia ha sido favorecida de la reciente elaboración de un marco legislativo general de la misma a través de la Ley núm. 241 de 1990, que contiene nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos, y que es lo más parecido a una ley de procedimiento administrativo común en un país donde la codificación del Derecho administrativo en leyes generales es casi desconocida.

Asimismo, la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 27 de enero de 1994, a la que se dedicará casi íntegramente el siguiente epígrafe de este trabajo, ha reconocido en el quinto párrafo de su título primero el principio de participación como regla fundamental de la prestación de los servicios públicos, aunque en términos bastante distintos de lo

ta una sorta di utopia idilliaca dell'essere sociale dell'uomo, immune dal peccato originale del potere.... Gli effetti di questa, che fu una vera e propria ideologia, nel senso marxiano di falsa coscienza, sono noti. La parola "partecipazione" divenne sempre più vuota e retorica, e molte persone cominciarono a domandarsi se aveva senso perdere alcune ore alla settimana per discutere del colore delle tende di una scuola o per prendere atto in decisione assunte in altre sedi» (*Verso nuove carte di diritti*, cit., pág. 181).

(59) Véase Domenico SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, «Foro italiano», V, 1988, cols. 215-216.

(60) Al inicio de los años ochenta, NIGRO destacaba que la participación procedimental «nelle preferenze del legislatore sta praticamente soppiantando la partecipazione c.d. organica... più francamente e pericolosamente corporativa. Vi è poi chi ha individuato una funzione sociale (o per meglio dire, secondo il modello dello stato sociale) della partecipazione procedimentale, in quanto indirizzata alla individualizzazione delle attività sociali dello stato, servendo a correggere in senso individualistico l'erogazione collettivistica di prestazioni, a ridare umanità e aderenza individuale alla produzione seriale di servizi. Nella legislazione più recente sull'assistenza sociale in genere e su quella sanitaria e per i minori in ispecie, sulle istituzioni culturali, sulla tutela dell'ambiente ecc., se vi sono molti esempi di partecipazione organica, la partecipazione procedimentale sembra prevalere nettamente non solo nel campo della amministrazione concreta, ma anche (e questa è certo una novità molto significativa) in quello della formazione degli indirizzi» (*Il nodo della partecipazione*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», cit., págs. 231-232).

que propugnaban los movimientos participativos de los años sesenta y setenta. En esta Directiva, el fin de la participación es «tutelar el derecho a la correcta prestación del servicio», además de «favorecer la colaboración con los sujetos prestadores», y se concibe como una relación bilateral de información y colaboración entre los usuarios y los entes gestores de los servicios públicos.

En especial, al derecho a la información de los usuarios corresponde un papel esencial como complemento imprescindible del principio de participación así entendido (61). Es evidente que sin información ningún tipo de participación de los usuarios en la gestión de los servicios públicos es posible y, en este sentido, la citada Directiva establece en el segundo apartado del párrafo relativo a la participación que «el usuario tiene derecho a acceder a las informaciones en posesión del sujeto prestador que le afecten». Para la regulación de este derecho de acceso la Directiva se remite a la Ley núm. 241 de 1990, ya citada, donde la vinculación entre participación e información del ciudadano es también patente. En fin, la participación de los usuarios incluye en la Directiva la posibilidad de formular observaciones y sugerencias para la mejora del servicio (apartado tercero del párrafo citado) y la adquisición periódica por parte del ente gestor de la valoración de los usuarios sobre la calidad del servicio prestado (apartado cuarto). A través de esta última previsión, la participación ayuda también a satisfacer las demandas sociales de calidad de los servicios públicos.

La nueva función de la participación se halla claramente vinculada a la renovación de la forma de entender el principio democrático en el ámbito administrativo que se está produciendo en Italia. Para esta concepción de la *democraticità*, el objetivo no es ya modificar los mecanismos legitimadores de la actividad administrativa, sino cambiar el punto de vista desde el que esta última se suele concebir. Así, de lo que se trataría es de sustituir como centro de gravedad del Derecho administrativo la tradicional relación potestad-sujeción por el reforzamiento de la conexión entre las tareas asignadas por la Constitución a las Administraciones públicas y la realización de los derechos e intereses de los individuos y de los grupos en que éstos se integran (62). Esta orientación no exige formas de gestión de las

(61) Así la realidad acaba confirmando las lúcidas y mesuradas conclusiones de la obra de SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, cit., de acuerdo con las cuales «más que en la idea o en el eslogan de la participación administrativa —equivoca y vaciada ideológicamente— podría insistirse en la de la *transparencia administrativa*, instrumentable a través de una pluralidad de formas concretas de alcance más amplio, subjetiva y objetivamente, que la propia idea de la participación. Quizá una estrategia institucional tendente a abrir la Administración al ciudadano por medio de la información y sin intermediarios organizacionales [*sic*] puede ser un primer paso para la reforma imprescindible de las instituciones públicas que pueden propugnar proyectos más ambiciosos y completos. Una información democrática es esencial, unida a la independencia de las organizaciones sociales y a la autonomía relativa de cada una de ellas, así como unida a una descentralización de carácter fundamentalmente territorial basada en fórmulas de representación política electiva, para articular una sociedad pluralista mediante métodos y con soluciones institucionales de carácter antiburocrático» (*op. cit.*, pág. 271).

(62) Véase al respecto el fundamental estudio de Umberto ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, «Foro italiano», V, 1984, cols. 205-220. También

funciones y servicios públicos (aunque tampoco las excluye radicalmente) (63), sino sobre todo la tutela efectiva de las situaciones jurídicas subjetivas individuales y colectivas, lo cual, como se ha dicho, no es posible sin la participación directa de los particulares en la actividad administrativa.

También la idea de autogestión de los servicios públicos se ha sometido a revisión, y así en nuestros días es presentada con gran pragmatismo por algunos autores italianos como un instrumento que podría permitir la disminución de las cargas financieras públicas en los servicios sociales, evitando al mismo tiempo la supresión o la reducción de prestaciones que en otro caso probablemente los Poderes públicos no podrían ya seguir garantizando, dada la urgente necesidad de limitar los gastos sociales que imponen los elevados déficit públicos en casi todos los países (64). De este modo, lo que había sido considerado hasta no hace mucho un instrumento de transformación del sistema político y económico hacia modalidades de colectivismo no estatalista, renace hoy, un tanto paradójicamente, como una propuesta neoliberal, que busca la sustitución de la garantía pública de ciertas prestaciones a los particulares por formas de autoorganización social.

En la actualidad se ha desarrollado también otra forma de participación de gran interés, que implica en la gestión de los servicios sociales no ya a los usuarios, sino a los particulares en general: nos referimos a la colaboración en esta gestión de voluntarios y de asociaciones sin fines de lucro. En este caso, la participación sirve eficazmente para la realización de los principios de democracia y solidaridad en el ámbito administrativo; se puede hablar, en efecto, de una especie de participación-colaboración de los particulares en la actividad administrativa, que hace posible la satisfacción de los derechos sociales sin el recurso al personal o a las estructuras organizativas públicas (65). El fenómeno del voluntariado puede ser de

Sebastiano LICCIARDELLO considera que las nuevas leyes italianas sobre las autonomías locales y el procedimiento administrativo «determinano una "nuova" democraticità dell'ordinamento, che informa allo stesso tempo le procedure e l'organizzazione. Non si tratta di nuove forme di legittimazione del potere, ma di un modo diverso di intendere i rapporti fra amministrazione e cittadino (...). Le recenti leggi incidono profondamente nei rapporti fra amministrazione e cittadino, facendo allontanare l'amministrazione dal polo autoritativo; il cittadino si pone adesso al centro dell'ordinamento amministrativo, e quindi tutto il "sistema a diritto amministrativo" va interpretato non dal punto di vista del potere ma del cittadino» (*Servizi pubblici locali*, «Anuario delle autonomie locali», 1993, pág. 477).

(63) Véase Massimo LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica Amministrazione*, «Rivista critica di diritto privato», 1985, pág. 72.

(64) Véase Fabio MERUSI, «Novità istituzionali nei modelli di gestione dei servizi pubblici locali», *I servizi pubblici locali e la crisi dello stato sociale*, Atti del Convegno internazionale organizzato dal Ministero dell'interno in collaborazione con il Consiglio d'Europa, l'OCSE e la CISPSEL, Roma, Ministero dell'interno, 28-30 aprile 1987, Maggioli, Rimini, 1988, pág. 119. Para la experiencia norteamericana, es de gran interés el estudio de Harry P. HATRY, «Possibili forme di partecipazione dei cittadini alla fornitura dei servizi pubblici: l'esperienza statunitense», publicado en *I servizi pubblici locali e crisi dello stato sociale*, Atti del Convegno internazionale organizzato dal Ministero dell'interno in collaborazione con il Consiglio d'Europa, l'OCSE e la CISPSEL, Roma, Ministero dell'interno, 28-30 aprile 1987, Maggioli, Rimini, 1988, págs. 111-151.

(65) Véanse al respecto las primeras páginas del estudio de Giovanni Battista VERBARI, «Il volontariato come terzo modello organizzativo tra pubblico e privato», *Studi*

gran utilidad en un momento en el que no cabe esperar ulteriores extensiones de las tareas asistenciales públicas, sino sólo su mantenimiento o, en el peor de los casos, su reducción, y, sin embargo, la evolución de la sociedad plantea continuamente nuevos desafíos a los servicios sociales. A este último respecto, hay que destacar que el voluntariado es en algunos casos una alternativa bastante eficaz a la inadecuación que las estructuras asistenciales tradicionales presentan en la atención de muchos de esos nuevos retos.

IV. LAS CARTAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El impulso participativo de los años sesenta y setenta no se puede separar de otro fenómeno, el intento de construir nuevos derechos en favor de los individuos y de los grupos en que éstos se integran. Esta tendencia se ha manifestado en países como Italia a través de una reinterpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos y libertades fundamentales, dirigida a extraer de ellas una potencialidad nueva, y en otros lugares, como España y Portugal, a través de la consagración en los textos constitucionales elaborados en los años setenta de derechos y libertades de nuevo cuño, que reflejan estas aspiraciones. Pues bien, a los efectos del presente trabajo interesa destacar que el fenómeno del que hablamos no sólo afecta a los individuos en su condición genérica de ciudadanos, sino que presenta también manifestaciones de carácter más sectorial, como la redacción de cartas de derechos de los usuarios de los servicios públicos.

Este último movimiento surgió, por lo que se refiere a Italia, en la mitad de los años setenta (66), pero no ha alcanzado verdadera relevancia jurídica hasta muy recientemente, a diferencia de lo que ha ocurrido con la reinterpretación en sentido extensivo de la tabla constitucional de derechos y libertades fundamentales, que poco a poco ha ido siendo aceptada por el legislador y la jurisprudencia en el curso de las dos últimas décadas. Las cartas de derechos de los usuarios en un primer momento eran meras declaraciones de principios sin ningún valor jurídico, normalmente elaboradas por las propias asociaciones de usuarios, aunque, sin duda, podían ser consideradas un indicio del nacimiento de una nueva sensibilidad social respecto de la posición jurídica de los usuarios de los servicios públicos, ante la cual el Derecho no debía permanecer indiferente.

La corriente que nos ocupa no ha perdido fuerza con la crisis del lla-

in memoria di Vittorio Bachelet, III, *Amministrazione e economia*, Giuffrè, Milano, 1987, págs. 529-555. LICCIARDELLO, por su parte, señala que «è evidente come la partecipazione attraverso le organizzazioni di volontariato determini una forte democratizzazione della amministrazione in quanto non si realizza tanto una "partecipazione-tutela" o "collaborazione" per la determinazione dell'interesse pubblico. Ma questa determinazione viene fatta dalla stessa organizzazione di volontariato sicché il momento ascendente di legittimazione democratica dell'amministrazione viene ad incidere sullo stesso modo di "essere". Si rafforza in sostanza l'amministrazione di tipo "comunitario"» (*Servizi pubblici locali*, «Annuario delle autonomie locali», 1995, pág. 486).

(66) Sobre el ambiente en el que surgen estas cartas, véanse las reflexiones de Stefano RODOTÀ, en *Statuti e carte delle libertà*, «Politica del diritto», 1980, págs. 169-173.

mado «Estado del bienestar» acaecida en los años ochenta; antes bien, la propia necesidad de reorganizar todo el ámbito de la actividad administrativa de prestación le ha dado un nuevo impulso (67). En este sentido, en el análisis de la evolución de la participación administrativa se ha puesto de manifiesto que la euforia participativa de los años sesenta y setenta, nacida de la insatisfacción por la insuficiencia de las formas tradicionales de legitimidad de la actividad administrativa en el contexto social contemporáneo, ha sido sustituida en nuestros días por un giro del interés de los ciudadanos hacia la calidad de los servicios y la tutela efectiva de las situaciones jurídicas subjetivas, individuales y colectivas (68).

Esta tendencia no implica la demanda del crecimiento del aparato administrativo y de sus tareas, lo que hoy sería insostenible desde el punto de vista financiero, sino sobre todo la asunción por parte de las Administraciones públicas del papel de sujetos garantes de determinadas posiciones de los individuos y de las formaciones sociales en las que éstos se integran. Entre estas posiciones que deben ser defendidas se encuentra la de los particulares como beneficiarios de las prestaciones que los Poderes públicos venían asegurando a través de la técnica del servicio público (69). Con todo, las exigencias que presenta la *Daseinsvorsorge* en nuestros días son bien distintas de las que conllevaba en el pasado (70). Así, para la actual conciencia social la garantía pública de ciertas prestaciones a los individuos no se agota en la mera existencia de las correspondientes organizaciones prestacionales públicas o sometidas a control público, sino que incluye también la necesidad de asegurar la calidad de las prestaciones que aquéllas suministran (71). En definitiva, la imposibilidad de lograr ulteriores incrementos de la extensión de la actividad administrativa de prestación se ve compensada por la exigencia de un aumento de la intensidad, por decirlo de algún modo, de la misma.

(67) Véase Giancarlo QUARANTA, *La Carta dei diritti del malato*, «Politica del diritto», 1980, págs. 181-182, y también LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica Amministrazione*, cit., págs. 64-65.

(68) Véase Giorgio PASTORI, «Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale», *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, págs. 1087-1088.

(69) El propio PASTORI señala que hoy se tiende «alla creazione di una società dei servizi in luogo dello Stato dei servizi, alla ripresa di un ruolo di sussidiarietà del potere pubblico rispetto a quella che può essere la capacità individuale e collettiva in campo sociale... Tutto ciò dovrebbe poter trovare una più organica e meno occasionale sistemazione secondo la prospettiva di uno Stato che, pur ritraendosi da compiti di prestazione ed erogazione diretta dei servizi, regola ed integra l'esplicarsi delle capacità sociali» («Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale», cit., pág. 1092).

(70) Sobre el concepto de *Daseinsvorsorge*, propuesto por Ernst FORSTHOFF en la obra *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart-Berlin, 1938 (parcialmente publicada en español en *Sociedad industrial y Administración pública*, traducción de Celestino FERNÁNDEZ DE LA VEGA, ENAP, Madrid, 1967), es clásico en España el estudio de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 35-65.

(71) Véase RUPENI, *La riforma delle autonomie al servizio del cittadino. Servizi pubblici e sociali. Diritti e garanzie*, «Regione e governo locale», 1992, pág. 194, así como el estudio del mismo autor «La strategia della qualità: una risposta ai nuovi bisogni dell'utente», cit.

La utilización cada vez más frecuente de las formas organizativas de empresa y del Derecho privado en los servicios públicos refuerza el desplazamiento de la Administración pública y del Derecho administrativo hacia una posición garantista, con la consiguiente superación, al menos en el ámbito de la actividad administrativa de prestación, de la concepción de las instituciones jurídico-administrativas como privilegios de las Administraciones públicas, en contraposición al Derecho civil, que ha sido siempre considerado en los Estados de Derecho de origen liberal el Derecho común, caracterizado por el principio de igualdad formal o jurídica. No se puede olvidar a este respecto lo que ya se ha dicho en este trabajo sobre la particular función que asumen las instituciones jurídico-administrativas en los servicios públicos prestados en régimen de Derecho privado. Estas se convierten en un instrumento esencial para la corrección de las desigualdades materiales que derivarían de la simple aplicación del principio de autonomía de la voluntad en un ámbito en el cual no sólo hay, como en toda relación de consumo, una desproporción evidente de la fuerza contractual de las partes, sino que, además, se hallan implicadas prestaciones que son sentidas por los individuos como necesarias o incluso esenciales para la vida, y que el libre mercado no es capaz de suministrar eficazmente, en opinión de los Poderes públicos que han decidido asumir la titularidad de estas actividades a través de la técnica del servicio público (72).

Se hace inevitable, en consecuencia, la reformulación de los principios tradicionales de los servicios públicos, mediante un proceso que, por una parte, actualice la configuración de las reglas vigentes hasta ahora en esta área y, por otra, introduzca las necesarias innovaciones. El instrumento empleado en Italia para realizar esta reordenación de la actividad administrativa de prestación es precisamente el de las cartas de los servicios públicos, que al adquirir verdadero valor jurídico han dejado de ser declaraciones de derechos con dudosas posibilidades de aplicación práctica, para convertirse en documentos de contenido más complejo, pero al mismo tiempo dotados de mayores garantías de efectividad. El punto de partida de esta transformación de relevantes aspectos de la posición jurídica de los usuarios en Italia, todavía inconclusa, es la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 27 de enero de 1994, que contiene principios sobre la prestación de los servicios públicos. Esta Directiva ha sido traducida y comentada recientemente en nuestro país por Tomás CANO CAMPOS (73), y en todas las citas que de ella se harán en las páginas siguientes nos ceñiremos a la versión española del texto que nos ha ofrecido este autor.

La Directiva recibe, con pequeñas modificaciones, la «Carta de los servicios públicos» elaborada en julio de 1993 por el Departamento italiano de la función pública, órgano dependiente de la Presidencia del Consejo de

(72) Véase Giuseppe SANVITI, *La carta dei servizi pubblici*, «Regione e governo locale», 1994, pág. 721.

(73) Tomás CANO CAMPOS, *La directiva del Presidente del Consejo de Ministros italiano de 27 de enero de 1994 sobre la prestación de los servicios públicos*, núm. 139 de esta REVISTA, 1996, págs. 473-496.

Ministros (74), y encuentra su fundamento jurídico en el artículo 5, apartado segundo, letras *b*), *e*) y *f*), de la Ley núm. 400 de 1988, sobre la disciplina de los actos del Gobierno y la ordenación de la Presidencia del Consejo de Ministros. De acuerdo con estas disposiciones, el Presidente del Consejo «adopta las directivas para asegurar la imparcialidad, el buen funcionamiento (*buon andamento*) y la eficiencia de los órganos públicos y promueve las verificaciones necesarias» —letra *e*)— y «promueve la acción de los Ministros para asegurar que las empresas y los entes públicos desarrollen su actividad según los objetivos indicados por las leyes que definen la autonomía de los mismos y en coherencia con las consiguientes orientaciones (*indirizzi*) políticas y administrativas del Gobierno» —letra *f*)— (75).

Así, este documento tiene por objeto establecer «los principios a los que se debe adecuar progresivamente, en general, la prestación de los servicios públicos». La posición garantista que asumen las Administraciones públicas respecto de la actuación de esos principios se evidencia a través de la previsión de la Directiva de que «para los servicios prestados en régimen de concesión o mediante concierto y, en todo caso, gestionados por sujetos no públicos, el respeto a los principios de la presente directiva es asegurado por las Administraciones públicas en el ejercicio de sus poderes de dirección, control y vigilancia». En consecuencia, el contenido del documento debe ser incluido en los pliegos de condiciones de las concesiones de servicio público y en los conciertos a través de los que se confía a sujetos privados la gestión de servicios públicos.

En cuanto al concepto de servicio público asumido por la Directiva, ésta utiliza parcialmente la definición contenida en la Ley núm. 146 de 1990, ya mencionada en este trabajo, sobre el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales. Concretamente, lo que se dispone es que «a los efectos de la presente directiva se consideran servicios públicos, aunque se gestionen en régimen de concesión o mediante concierto, aquellos destinados a garantizar el ejercicio de los derechos de la persona, constitucionalmente tutelados, a la salud, a la asistencia y seguridad social, a la educación y a la libertad de comunicación, a la libertad y a la seguridad de la persona, a la libertad de circulación, en el sentido del artículo 1 de la Ley número 146, de 12 de junio de 1990, y aquellos de suministro de energía eléctrica, agua y gas».

Esta extensión de la definición de servicio público esencial de la Ley núm. 146 de 1990 fuera del ámbito en el que originalmente fue formulada podría entenderse encaminada a la elaboración de un estatuto general del

(74) Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per la funzione pubblica, *Carta dei servizi pubblici. Proposta e materiali di studio*, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato. Libreria dello Stato, Roma, 1994. Véase al respecto el artículo de Eugenio RIGHI y Liliana ESPOSITO, *La carta dei servizi pubblici nella sanità*. «Sanità pubblica», 1994, págs. 693-700, donde aparece también una relación de las recientes leyes regionales italianas sobre la tutela de los usuarios de los servicios sanitarios y asistenciales.

(75) Sobre el llamado «poder de directiva» del Presidente del Consejo de Ministros italiano, con particular referencia a la Directiva que nos ocupa, véase CANO CAMPOS, *La directiva del Presidente del Consejo de Ministros italiano de 27 de enero de 1994 sobre la prestación de los servicios públicos*, cit., págs. 474 y ss.

individuo en relación con todas aquellas actividades que son esenciales para garantizar el disfrute de ciertos derechos constitucionalmente tutelados, sin que importe la titularidad pública o privada de aquéllas, o su consideración hasta ahora como funciones o como servicios públicos. Sin embargo, esta primera conclusión se ve desmentida por la lectura de la Directiva, pues sus disposiciones, a pesar de la noción de servicio público expresamente asumida, se refieren de manera patente a los servicios públicos entendidos en el sentido subjetivista tradicional. Por una parte, los principios que se enuncian y las medidas de tutela de los usuarios que se prevén no parecen compatibles con el régimen jurídico normal de las funciones públicas; por otra, el modo en que se determinan los destinatarios últimos de la Directiva excluye a los sujetos privados que no han recibido de una Administración pública el encargo formal de gestionar una actividad de prestación de utilidades económicas o sociales a los particulares (76).

En efecto, los destinatarios de la Directiva son, en primer lugar, las propias Administraciones públicas que prestan servicios públicos; además, se habla de «servicios prestados en régimen de concesión o mediante concierto y, en todo caso, gestionados por sujetos no públicos», y se encarga a las Administraciones públicas la función de asegurar el cumplimiento de los principios de la Directiva «en el ejercicio de sus poderes de dirección, control y vigilancia». Aunque parezca sugerirse que pueda haber servicios públicos prestados por sujetos privados sin necesidad de concesión o de concierto con una Administración pública, no se ve bien cómo esta última iba a poder garantizar la observancia de los principios de la Directiva en tales casos, porque nos encontraríamos ante actividades, por muy «esenciales» que sean según la Ley núm. 146 de 1990, de titularidad privada y ejercitadas en el ámbito del libre mercado. La única forma de lograrlo sería someter los servicios afectados a un fuerte intervencionismo administrativo, lo que equivaldría prácticamente a su *publicatio* y, en cualquier caso, resultaría incompatible con las tendencias actuales de liberalización de la economía.

En consecuencia, es necesario preguntarse si ha sido oportuno recurrir a la definición de servicio público esencial del artículo 1 de la Ley núm. 146 de 1990 en este otro contexto. Se ha dicho ya que esta última norma estaba profundamente condicionada por el fin de la ley en la que se inserta, que consiste en someter a requisitos especiales el ejercicio del derecho de huelga en ciertos casos. Pues bien, hay que afirmar también que, cuando de lo que se trata es de establecer principios sobre la prestación de los servicios públicos en general, la identificación de éstos con las actividades dirigidas a garantizar el disfrute de determinados derechos constituciona-

(76) En el mismo sentido del texto, véase CANO CAMPOS, *La directiva del Presidente del Consejo de Ministros italiano de 27 de enero de 1994 sobre la prestación de los servicios públicos*, cit., pág. 482. La opinión contraria es sostenida incidentalmente por SANVITI, quien considera «i principi delineati nella Carta dei servizi comportano... il mantenimento dei due requisiti fondamentali della concezione "oggettiva" di tale istituto, lo svolgimento di un'attività produttiva e il perseguimento di fini sociali» (*La carta dei servizi pubblici*, cit., pág. 730).

les puede resultar perturbadora, porque, por un lado, amplía desmedidamente la noción de servicio público y, por otro, la restringe demasiado. Prueba de esto último es el hecho de que la Directiva tenga que mencionar de modo expreso en su definición de servicio público los de suministro de energía eléctrica, agua y gas, pues, aunque nadie duda en Italia sobre la condición de servicios públicos de estas actividades, no es seguro que se vean abarcadas por la literalidad del artículo 1 de la Ley núm. 146 de 1990.

El primer título de la Directiva se ocupa de los «Principios fundamentales» (77). Estos son algunos de los principios tradicionales de los servicios públicos y, de hecho, los tres primeros párrafos de este título hacen referencia a la igualdad, la imparcialidad y la continuidad (78). A ellos se añaden, sin embargo, otras tres reglas cuya implantación con vocación de aplicación general en este ámbito se puede considerar una verdadera novedad: el derecho de elección, la participación, y la eficiencia y la eficacia.

El reconocimiento a los usuarios del derecho de elección entre los sujetos prestadores del servicio, cuando éstos son más de uno sobre el mismo territorio, es sin duda una consecuencia de los actuales procesos de privatización y liberalización, que han traído consigo la introducción de la competencia, si bien normalmente limitada, en muchos servicios públicos, en lugar de la gestión monopolista por un solo sujeto; estos cambios en el régimen organizativo de los servicios públicos han acabado inevitablemente por repercutir también en la posición jurídica de los usuarios (79). La Di-

(77) LICCIARDELLO califica todos estos principios de «valori che in un'amministrazione oggettivizzata individuano e caratterizzano l'area del pubblico, in particolare per quanto riguarda l'intervento non autoritativo» (*Servizi pubblici locali*, «Anuario delle autonomie locali», 1995, cit., págs. 481-482).

(78) Los principios o «leyes» de los servicios públicos son una creación de Louis ROLLAND, uno de los autores pertenecientes a la Escuela francesa del servicio público. Como nos dice MESCHERIAKOFF, «Louis Rolland a dégagé, dans les années trente, ce qu'il appelait les "lois de nature" du service public, "noyau de principes qui s'imposent à tout service public", que l'ensemble de la doctrine a repris jusqu'à nos jours sous le nom de "lois de Rolland" qui sont: la continuité du service public, sa mutabilité ou adaptation et enfin, l'égalité de tous devant et dans le service public» (*Droit des services publics*, cit., pág. 133). En efecto, ya en la edición de 1928 de los *Précis de droit administratif* de ROLLAND aparece una primera caracterización de los principios de igualdad y continuidad (véase *op. cit.*, pág. 16); el principio de «mutabilidad» o adaptación fue añadido posteriormente. Sobre la naturaleza jurídica de los principios que nos ocupan, MESCHERIAKOFF pone de manifiesto que «la nature de ces lois de Rolland doit être bien comprise. Il s'agit, non pas de lois positives, mais de rapports nécessaires qui résultent de la nature des choses (le service public) au sens de Montesquieu..., en d'autres termes, de constructions intellectuelles bâties à partir des règles de droit positif permettant au juge, au législateur et au pouvoir réglementaire, d'en saisir la logique et de poser de nouvelles règles cohérentes avec les précédentes, et non des règles de droit elles-mêmes» (*Droit des services publics*, cit., pág. 134). Precisamente por razón de su propia universalidad, las «leyes» de ROLLAND han sido aceptadas en todos los Ordenamientos jurídicos que conocen el servicio público como institución jurídica.

(79) Esta orientación es vinculada por PASTORI a las tendencias actuales hacia la «autorrealización» de los derechos sociales, ya que «se è vero che le libertà sociali implicano la capacità di organizzare il proprio adempimento, a maggior ragione sembra che esse debbano ricomprendere la capacità di scelta fra servizi, quando siano organizzati da altri (che siano soggetti pubblici o privati). Di qui quelle proposte che da tempo si avanzano di introdurre principi e regole di mercato nei servizi attraverso la creazione di una pur limitata competizione fra diverse organizzazioni e strutture (accompagnata eventualmente da-

rectiva prevé en el cuarto párrafo de su título primero que «cuando así lo permita la legislación vigente, el usuario tendrá derecho a elegir entre los sujetos que prestan el servicio. El derecho de elección se refiere, en particular, a los servicios distribuidos sobre el territorio».

La participación, la eficiencia y la eficacia, por su parte, son principios que derivan de la extensión al ámbito de los servicios públicos de los resultados de la evolución desarrollada durante estos últimos años en Italia en la interpretación de los principios constitucionales relativos a la Administración pública. De la participación y sus vicisitudes se ha hablado ya con detenimiento en el epígrafe anterior; en cuanto a la eficiencia y la eficacia, el párrafo sexto del título primero de la Directiva se limita a caracterizarlas de forma general, siendo después concretadas a través de medidas específicas de actuación en el título segundo, que trata de los instrumentos de realización de los principios.

El primero de los instrumentos previstos por el título segundo para la actuación de los principios proclamados por la Directiva, en especial los de eficiencia y eficacia, es la «adopción de estándares» (párrafo primero del título segundo). Este establecimiento de criterios de cantidad y calidad implica una profunda revisión del tradicional principio de mutabilidad o adaptación de los servicios públicos, del que derivaba una amplísima discrecionalidad de las Administraciones titulares en la organización de la prestación de los mismos. Así, aquéllas, e incluso en muchos casos los propios entes gestores, podían definir y modificar con gran libertad las condiciones de prestación y los caracteres configuradores de los servicios públicos. Un grado de discrecionalidad tan alto, que convierte en incierta e inestable la posición de los usuarios, es considerado profundamente insatisfactorio por la actual conciencia social, la cual, como se ha dicho ya, no se limita a esperar de los Poderes públicos la garantía de ciertas prestaciones, sino que extiende también sus demandas a la calidad de las mismas (80). Hay que tener en cuenta, por lo demás, que las exigencias de

lla previsione di *bonus* o *vouchers* individuali da spendere presso l'una o l'altra struttura), così da mettere gli interessati in condizione di premiare o punire i gestori dei servizi» («Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale», cit., págs. 1092-1093). Una valoración parcialmente distinta es la que hace SANVITI, quien considera que el derecho de elección es una compensación por la posición de desigualdad respecto del ente prestador del servicio en la que se encuentra el usuario. En efecto, en su opinión, «tale eventualità, quale che siano le forme in cui essa si realizza, vale a chiarire la ragione per cui alla posizione del destinatario deve inerire di regola anche un momento di libertà, uguale essendo la sostanza del potere, pur nella varietà dei modi con cui riesce a legare a sé il sottoposto» (*La carta dei servizi pubblici*, cit., pág. 721).

(80) En este sentido, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ propugnan en su conocido *Curso de Derecho Administrativo* la «necesaria reconstrucción del tema de la actividad prestacional de los entes públicos», la cual «habría de partir... de una normativa general, que, en lugar de contentarse con incluir meras habilitaciones para la Administración, impusiera a ésta obligaciones estrictamente tales en términos bien definidos para toda clase de prestaciones vitales, susceptibles de ser exigidas judicialmente por los particulares, y que garantizara a éstos niveles de prestación concretos en función de datos objetivamente comprobables, estimulando al propio tiempo de forma decidida su participación asociada en el funcionamiento de las organizaciones prestacionales» (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1993,

economicidad, así como la introducción de las reglas de la gestión empresarial en muchos servicios públicos, van unidas inseparablemente a la necesidad de garantizar la calidad de las prestaciones suministradas (81).

Asimismo, debe hacerse notar que la tendencia hacia la configuración como verdaderos derechos subjetivos de las pretensiones jurídicas cuyo objeto es la obtención de prestaciones que constituyen el objeto de servicios públicos, que afecta solamente al momento de la instauración de la relación jurídica entre el usuario y el ente gestor del servicio, encuentra su complemento lógico en el reforzamiento de la posición del primero también dentro de la relación de prestación. En realidad, en el primer caso no se produce una verdadera redefinición de los principios de los servicios públicos, porque la transformación ocurrida es una simple consecuencia de la evolución de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas, individuales y colectivas, no exclusiva del ámbito de la actividad administrativa de prestación. En el segundo caso, en cambio, sí nos encontramos ante una modificación profunda de algunas de las reglas más firmemente asentadas en el régimen de organización y prestación de los servicios públicos.

Volviendo a la cuestión de la forma en que las demandas de calidad de los servicios públicos se reflejan en las previsiones de la Directiva, ésta distingue en el citado párrafo primero del título segundo entre «estándares generales» y «estándares específicos» de calidad y cantidad de los servicios: «los primeros representan objetivos de calidad que se refieren al conjunto de las prestaciones efectuadas. Los segundos se refieren a cada una de las específicas prestaciones efectuadas al usuario, el cual puede verificar directamente que son respetadas» (82). Los «estándares» van acompa-

pág. 82). Así, estos autores consideran que «la Ley debe ahora esforzarse en fijar estándares concretos de prestación, en cantidad y calidad, capaces de garantizar al ciudadano un nivel mínimo de derechos exigibles» (*op. cit.*, págs. 83-84).

(81) Las dificultades que conlleva esta introducción de criterios de calidad en los servicios públicos son puestas de relieve por Fabrizio BATTISTELLI en su notable estudio *La qualità difficile. Produzione di servizi e rapporto con l'utente nella Pa*, «Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione», 1992, págs. 9-44. Sobre la modificación de la actitud de los entes gestores de los servicios ante los usuarios mediante la interiorización por parte de los primeros de una cultura de la calidad, orientada a la satisfacción del ciudadano-usuario-cliente, véase el escrito de Andrea LOLLI, *La carta dei servizi pubblici A.Co.Se.R.*, «Regione e governo locale», 1994, págs. 763-782.

(82) Como dice CANO CAMPOS, «los estándares no son genéricos objetivos a alcanzar, sino concretos niveles mínimos y obligatorios de referencia que tiene como finalidad comprobar la eficiencia y la eficacia del servicio prestado y el grado de satisfacción del propio usuario. Su configuración y función presenta notables semejanzas con los estándares urbanísticos, que, como sabemos, suponen un límite infranqueable a los planes urbanísticos y aseguran unos umbrales mínimos de calidad en el medio urbano en favor de los ciudadanos. La directiva distingue dos tipos: los generales y los específicos. Los primeros se refieren al conjunto de las prestaciones efectuadas; por ejemplo, el número de usuarios a los que se efectúa el suministro, los kilómetros de red, el servicio de prevención de fugas, etc.; los segundos, por el contrario, se refieren a las específicas prestaciones que el usuario recibe, por lo que él mismo puede proceder a su comprobación: tiempo máximo para la realización de los trabajos demandados por los usuarios, tiempo máximo de contestación a las reclamaciones de los usuarios, etc.» (*La directiva del Presidente del Consejo de Ministros italiano de 27 de enero de 1994 sobre la prestación de los servicios públicos*, cit., pág. 484).

ñados de una «relación ilustrativa», que deberá contener esencialmente las modalidades de consecución de los mismos y los métodos e índices de medida o valoración de los resultados alcanzados. Desde el punto de vista de los usuarios, cabe resaltar que el principio de participación se aplica también en relación con los «estándares», porque éstos «son sometidos a la verificación de los usuarios en reuniones públicas», según el apartado cuarto del párrafo primero que nos ocupa. Son, asimismo, de gran interés las disposiciones del apartado quinto de este mismo párrafo, que prohíben tanto el sometimiento de los «estándares» a condiciones como su derogación singular, salvo que los resultados de esta última sean favorables para los usuarios.

En fin, el hecho de que la discrecionalidad en la determinación de las condiciones de prestación de los servicios públicos se vea limitada a través de la previsión de criterios de calidad y cantidad de las prestaciones no significa que el principio de mutabilidad o adaptación desaparezca. Este sigue en vigor, si bien su función ha sido modificada, al objeto de que no pueda utilizarse ya con tanta facilidad para dar cobertura al arbitrio de las Administraciones titulares y de los entes gestores de los servicios públicos, y se convierta en un verdadero instrumento de mejora del régimen de prestación de los servicios y de adecuación a las nuevas circunstancias materiales que puedan surgir. A este fin se dirige lo que establece el apartado sexto del párrafo primero del título segundo de la Directiva respecto de la actualización y perfeccionamiento de los «estándares». Así, estos últimos «son actualizados periódicamente, para adecuarlos a las exigencias de los servicios. Las nuevas reglas se deben adoptar y ejecutar de forma que se reduzcan al mínimo las consecuencias desfavorables para los usuarios»; además, según el apartado séptimo del mismo párrafo, «los sujetos prestadores adoptan cada año planes dirigidos a mejorar progresivamente los estándares de los servicios».

Como complemento de la determinación de los «estándares», en el párrafo quinto del título concerniente a los instrumentos la Directiva se refiere al «deber de valoración de la calidad de los servicios». Este deber se hace efectivo mediante el desarrollo de «específicas verificaciones sobre la calidad y la eficacia de los servicios prestados», evidentemente «de conformidad con los criterios determinados en la relación que acompaña los estándares»; las verificaciones concluyen con la presentación antes del 31 de marzo de cada año de un informe sobre los resultados alcanzados en el ejercicio precedente, que debe ser publicado, todo según el apartado primero del párrafo cuarto de este título quinto (83). Además, también en este ámbito el principio de participación recibe aplicación. En concreto, se prevé el establecimiento de medios para recabar periódicamente la valoración de los usuarios sobre la calidad del servicio prestado, de acuerdo con

(83) Sobre los criterios de medición y valoración de la calidad de los servicios públicos, y la necesaria cautela en su elección y utilización, véase el artículo de Riccardo MUS-SARI, *La performance dei servizi pubblici: una messa a punto concettuale*, «Comuni d'Italia», 1993, págs. 1087-1111.

lo establecido en el párrafo del título primero relativo al principio de participación. Estos medios consisten en el envío de fichas de lectura óptica, así como en la realización de reuniones públicas con los usuarios de una determinada zona o unidad de prestación del servicio, y de entrevistas por muestreo.

La efectividad de los criterios de calidad de los servicios se refuerza por medio de la particular forma de responsabilidad a que hace referencia el párrafo sexto del título segundo de la Directiva, el cual establece que «los sujetos prestadores aseguran a los usuarios modalidades de reembolso en los casos en que sea posible demostrar que el servicio prestado es inferior, en calidad y puntualidad, a los estándares publicados». A los sujetos prestadores de los servicios se les reconoce, a su vez, el derecho de repetir las cantidades reembolsadas contra el empleado al que sea imputable por dolo o culpa grave el incumplimiento de los «estándares».

Otro de los instrumentos de actuación de los principios de la Directiva contemplados por su título segundo es la información a los usuarios (párrafo tercero). Se debe hacer notar antes de nada que la información no es considerada por el título primero de la Directiva como uno de los principios de la prestación de los servicios públicos, quizás por la pluralidad de facetas que presenta, que hacen difícil su tratamiento unitario. Por una parte, aquélla es en ciertos casos un mero instrumento auxiliar de otros principios y técnicas. Así ocurre, por ejemplo, en relación con la participación, respecto de la cual se ha dicho ya que el acceso a la información constituye un complemento imprescindible. Otro caso es el de la publicación de los resultados de las verificaciones sobre la calidad de los servicios, donde la información sirve para garantizar la eficacia de este tipo de controles, al generalizar el conocimiento de sus resultados. Por otra parte, hay aspectos de la información que adquieren una autonomía propia, y que se formulan tendencialmente como derechos de los usuarios (84). Desde este segundo punto de vista, la Directiva reconoce el derecho a la información sobre las condiciones económicas y técnicas de prestación del servicio, sobre las eventuales variaciones de las modalidades de esta prestación, sobre las normas del servicio y, en fin, sobre las decisiones que afecten a los usuarios, su motivación y las posibilidades de reclamación y de recurso frente a ellas. Para la efectividad de este derecho se prevé el establecimiento de los «oportunos instrumentos... por medio de la puesta en funcionamiento de líneas de comunicación telefónicas y telemáticas», y se exige la «claridad y comprensibilidad de los textos, así como su accesibilidad al público» (85).

(84) LICCIARDELLO mantiene a este respecto que «sotto il profilo sostanziale si può configurare un diritto all'informazione a cui corrisponde una vera e propria pretesa del cittadino» (*Servizi pubblici locali*, «Annuario delle autonomie locali», 1995, cit., pág. 482).

(85) LUCIANI pretende configurar en este ámbito un verdadero derecho del ciudadano a la simplicidad y comprensibilidad de los actos administrativos, el cual se presentaría «strettamente collegato al diritto all'efficienza, a quello alla partecipazione e a quello all'informazione, che sarebbero largamente compromessi, se non fosse assicurata la tutela di questo. Esso si sostanzia da un lato nell'interesse alla semplicità del linguaggio dell'Am-

Otro ámbito en el cual se reclama muy frecuentemente una reformulación de la posición jurídica de los usuarios es el de la tutela, y también este aspecto recibe una respuesta en la Directiva, a través de su título tercero. En efecto, los progresos de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas individuales y colectivas son claramente insuficientes en el ámbito de la actividad administrativa de prestación, porque los procedimientos judiciales son lentos y costosos, en Italia y en todas partes; en consecuencia, se buscan nuevas formas de protección de los usuarios, a través del establecimiento de procedimientos de reclamación simples y económicos ante los propios entes gestores de los servicios y de las soluciones de carácter arbitral (86).

La Directiva sobre los principios de la prestación de los servicios públicos asume el primero de los métodos de tutela al que se ha hecho alusión, y dispone en el párrafo primero de su título tercero que «los sujetos prestadores establecen procedimientos de reclamación del usuario contra la violación de los principios sancionados en la presente directiva y dan a los mismos plena publicidad». Estos procedimientos informales se caracterizarán por su simplicidad y celeridad, por la completa e imparcial investigación de los hechos, por lo completo de la respuesta y por la adecuación de la reparación acordada en favor del usuario (87). Además, ha de ser instituida una oficina interna de control para la recepción de las reclamaciones de los usuarios y la valoración de los resultados alcanzados por el sujeto prestador del servicio. A la hora de expresar un juicio crítico sobre la introducción de estos procedimientos de reclamación, se debe resaltar que,

ministrazione; dall'altro nell'interesse alla semplicità delle *procedure* che questa utilizza. Specialmente i fronte al processo di informatizzazione dell'attività amministrativa, l'elaborazione di forme adeguate di protezione di questo diritto diviene di importanza decisiva» (*Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica Amministrazione*, cit., pág. 75).

(86) Sobre las posibilidades del instituto del arbitraje en los servicios públicos, véanse las interesantes reflexiones expuestas por STEFANELLI en su obra *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, cit., págs. 178 y ss., donde también se hace referencia a otros instrumentos de resolución de conflictos que podrían resultar de utilidad en el ámbito de la Administración de prestación: la conciliación, la llamada «acción de categoría», o *class action* en la terminología anglosajona, y los procedimientos de resolución alternativa de disputas, también de origen anglosajón (*alternative dispute resolution*).

(87) En cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de reclamaciones, SANVITI apunta que «anche nell'ipotesi di reclamo dell'utente, la funzione di tutela di suoi interessi non è disgiunta da quella di rilevazione di disfunzioni dell'attività in quanto tale. Il reclamo si fonda infatti sulla violazione di principi anziché di situazioni soggettive, è presentato informalmente, non è principalmente diretto all'irrogazione di una sanzione ma al conseguimento di un adeguato ristoro e di un rimborso, mentre le garanzie del reclamante risiedono nell'atteggiamento non di resistenza ma di assistenza e collaborazione egli uffici pubblici, nella tempestiva informazione circa gli svolgimenti dell'indagine, nel controllo da parte della commissione. Da parte del privato non si ha quindi un atto d'iniziativa di un ricorso paragiurisdizionale con finalità giustiziali, ma un'attività informale di partecipazione, volta alla promozione di interessi pubblici, quali in particolare il progressivo adeguamento e miglioramento del servizio» (*La carta dei servizi pubblici*, cit., págs. 725-726). De todas formas, en nuestra opinión, una cosa es el carácter informal de estos procedimientos y otra que se deba entender que en ellas ha de prevalecer la promoción de los abstractos «intereses públicos» (que al final siempre acaban por coincidir con los intereses de los entes gestores de los servicios) sobre la tutela de los concretos intereses de los usuarios.

por más que puedan ser una respuesta de gran interés a las exigencias de simplificación de los medios de tutela de los usuarios, es también verdad que su efectividad depende enteramente de la buena voluntad de los entes gestores de los servicios públicos, con todos los riesgos que ello conlleva. Esto limitará probablemente la utilización de los procedimientos que nos ocupan a las reclamaciones de menor importancia, lo que no es necesariamente negativo, si se tiene en cuenta que el acceso de éstas a la vía judicial, es en la mayor parte de los casos, imposible.

La tutela se completa mediante la creación en el Departamento de la función pública, dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros, de un Comité permanente para la actuación de la Carta de los servicios públicos, compuesto por «tres expertos de reconocida independencia y de notoria experiencia en el sector de los servicios públicos» (apartado segundo del párrafo segundo del título tercero de la Directiva). No se establecen en la Directiva, sin embargo, las modalidades de nombramiento y cese de estos expertos, ni la duración del cargo, de lo que depende la real independencia de los mismos.

Al Comité se le atribuye un conjunto de funciones que atañen directamente a la posición jurídica de los usuarios: valora la idoneidad de los «estándares» de calidad de los servicios, vigila su observancia, valora la idoneidad de los procedimientos de reclamación y de las medidas de reparación previstas, promueve la adopción de medidas dirigidas a la simplificación de las relaciones con los usuarios y a asegurar la posibilidad de elección de estos últimos, recaba datos e informaciones sobre el grado de satisfacción de los usuarios, determina los procedimientos a través de los cuales los usuarios son consultados sobre los «estándares», controla la exactitud, la exhaustividad y la comprensibilidad de las comunicaciones al público de los sujetos prestadores de los servicios, y propone al Presidente del Consejo de Ministros las medidas normativas adecuadas para mejorar la protección de los derechos de los usuarios. Con todo, el Comité no está concebido en la Directiva como un órgano ante el cual puedan elevar los usuarios sus reclamaciones o recursos, y parece actuar solamente de oficio (88). En nuestra opinión, hubiera sido muy interesante una configuración distinta de este órgano, que habría hecho posible que los procedimientos informales de reclamación del párrafo primero del título tercero se desarrollasen ante él. La posición del Comité como tercero neutral entre usuarios y entes gestores de los servicios públicos reforzaría, sin duda, las perspectivas de utilización de estos procedimientos.

Por último, el Comité solicita a los sujetos prestadores de los servicios informes y documentos, convoca reuniones con los administradores y directivos de los mismos, propone anualmente al Presidente del Consejo de Ministros la concesión de certificados de calidad a los sujetos que se hayan

(88) Por el contrario, en la Carta de los servicios públicos formulada originalmente por el *Dipartimento de la funzione pubblica*, la *Commissione* prevista por ella tenía atribuido el poder, como dice SANVITI, de «dirimere le controversie fra l'utente e il soggetto erogatore del servizio» (*La carta dei servizi pubblici*, cit., pág. 726).

distinguido en este campo y hace públicos anualmente los resultados de su propio trabajo.

La valoración de la Directiva desde el punto de vista de la reforma de los principios de los servicios públicos y de la tutela de la posición jurídica de los usuarios ha de ser por fuerza positiva, ya que constituye un texto completo y avanzado, que responde adecuadamente a las necesidades actuales de la actividad administrativa de prestación. Sin embargo, es evidente que la cuestión fundamental es la de la efectividad real de las previsiones que contiene, porque no se puede olvidar que han sido muchas las cartas de derechos de los usuarios que no han logrado ser otra cosa que simples declaraciones de principios sin ninguna aplicación práctica (89).

Precisamente para asegurar esta efectividad, la Directiva prevé en el párrafo tercero de su título también tercero las sanciones por su inobservancia. Así, en los servicios públicos prestados directamente por las Administraciones públicas, el incumplimiento de los principios de la Directiva es valorado a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas y disciplinarias previstas para los altos funcionarios (los llamados *dirigenti*) y los demás empleados públicos por el Decreto legislativo de 3 de febrero de 1993, núm. 29, parcialmente modificado por el Decreto legislativo de 10 de noviembre de 1993, núm. 470, y por el Decreto legislativo de 23 diciembre 1993, núm. 546. En cuanto a los servicios prestados en régimen de concesión o mediante concierto, «el respeto a los principios de la directiva es asegurado por las Administraciones públicas en el ejercicio de sus poderes de dirección, control y vigilancia. Las Administraciones concedentes se ocupan de incluir el contenido de la presente directiva en los actos que disciplinan la concesión», según establece la Directiva en su introducción. El párrafo tercero del título tercero añade que, para estos últimos sujetos, «la inobservancia de los principios de la presente directiva constituye incumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente por los sujetos prestadores».

Sin embargo, dada la propia naturaleza jurídica de la Directiva, ninguna de las medidas referidas hubiera sido suficiente para garantizar su efectividad (90), si no se hubiera cumplido el compromiso asumido en el título cuarto y último del texto, de acuerdo con el cual el Gobierno italiano «se compromete a adoptar todas las medidas legislativas, reglamentarias y ad-

(89) A este respecto, RIGHI y ESPOSITO hacen notar que «le infelici o comunque insoddisfacenti esperienze di precedenti leggi di principi o di svolta procedurale, rimaste sostanzialmente sulla carta... hanno suggerito strategie più caute e realistiche per l'attuazione della carta [si fa riferimento alla Carta dei servizi pubblici precedente della direttiva], anche in considerazione delle oggettive difficoltà di sanzionare l'omessa o l'impropria osservanza delle sue prescrizioni. La via prescelta, pensando anche ai settori di erogazione di servizi da parte di enti non statali o parastatali, è stata quella dell'avvio di un sistema di sperimentazione temporanea, affidato ad un gruppo di enti-pilota, volontariamente offer-tisi al dipartimento della funzione pubblica, attraverso l'accettazione e la sottoscrizione, nel dicembre 1993, di una dichiarazione di intenti» (*La carta dei servizi pubblici nella sanità*, cit., págs. 694-695).

(90) Para los problemas que plantea la aplicación directa de estas sanciones a los particulares, véase CANO CAMPOS, *La directiva del Presidente del Consejo de Ministros italiano de 27 de enero de 1994 sobre la prestación de los servicios públicos*, cit., págs. 476-478.

ministrativas necesarias para dar plena efectividad a los principios contenidos en la presente directiva». En efecto, el Ejecutivo ha demostrado su voluntad decidida de dar actuación a la Directiva, emanando con gran celeridad el Decreto-Ley de 12 de mayo de 1995, núm. 163 («Gazzetta Ufficiale» del 12 de mayo de 1995, núm. 109), que contiene medidas urgentes para la simplificación de los procedimientos administrativos y para la mejora de la eficiencia de las Administraciones públicas, después convertido (convalidado) por la Ley de 11 de julio de 1995, núm. 273 («Gazzetta Ufficiale» del 11 de julio de 1995, núm. 160).

Esta norma dispone en el primer apartado de su artículo segundo que «por medio de Decretos del Presidente del Consejo de Ministros son emanados los esquemas generales de referencia de las cartas de los servicios públicos, elaboradas, en colaboración con las Administraciones interesadas, por el Departamento de la función pública para los sectores determinados por medio de Decreto del Presidente del Consejo de Ministros». Los sectores han sido determinados por el Decreto del Presidente del Consejo de 19 de mayo de 1995 («Gazzetta Ufficiale» del 29 de mayo 1995, núm. 123), y son la sanidad, la asistencia y la previsión social, la enseñanza, las comunicaciones, los transportes, la energía eléctrica, el agua y el gas, es decir, los principales servicios públicos. Asimismo, el Decreto-Ley antes citado, hoy Ley núm. 273 de 1995, en el apartado segundo del artículo citado, establece que «los entes prestadores de servicios públicos, antes de que transcurran más de ciento veinte días desde la fecha de emanación de los decretos a que se refiere el apartado 1, adoptan las respectivas cartas de los servicios públicos sobre la base de los principios indicados por la directiva y por el esquema general de referencia, dándoles la adecuada publicidad respecto de los usuarios y comunicándoselo al Departamento de la función pública».

De esta forma, han sido impuestas por una ley obligaciones concretas para la actuación de la Directiva (91) y, en efecto, hasta el momento en que se ha cerrado la presente investigación (junio de 1996), han sido ya aprobados los Decretos de los que emanan los «Esquemas generales de referencia» de las Cartas de los servicios de la sanidad (92), la escuela (93), el

(91) Como pone de relieve CANO CAMPOS, el apartado segundo del artículo 2 de la Ley núm. 273 de 1995 comporta «una verdadera obligatoriedad para todos los sujetos, públicos o privados, que presten servicios públicos, del contenido de la directiva de 27 de enero de 1994 y de lo establecido en los sucesivos Decretos que se dicten, dado que se trata de una norma con rango de ley que todos los ciudadanos deben observar. Se salvan así los problemas jurídicos de aplicación directa que dicha directiva presentaba para los particulares concesionarios de servicios públicos, pues destinatarios naturales de la directiva no eran... los particulares, los cuales sólo quedarían vinculados por el contenido de la misma cuando así se estableciera en la propia concesión administrativa, mediante el ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración» (*La directiva del Presidente del Consejo de Ministros italiano de 27 de enero de 1994 sobre la prestación de los servicios públicos*, cit., pág. 480).

(92) Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 19 de mayo de 1995 (suplemento ordinario de la «Gazzetta Ufficiale» del 31 de mayo de 1995, núm. 125), al cual dan actuación las líneas-guía núm. 2/95 del Ministerio de Sanidad (suplemento ordinario de la «Gazzetta Ufficiale» del 31 de agosto 1995, núm. 203).

(93) Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1995 («Gazzetta Ufficiale» del 15 de junio de 1995, núm. 138).

sector eléctrico y el del gas (94), y la previsión y la asistencia social (95), además del que publica la «Carta de la calidad del servicio público postal» (96). El paso siguiente sería la adopción por parte de los sujetos gestores de estos servicios públicos de sus propias cartas, dentro del plazo de ciento veinte días establecido por la Ley núm. 123 de 1995, aunque se debe hacer notar que no han sido aprobados todavía los esquemas generales de todos los sectores.

Para acabar, hay que decir que un juicio definitivo y más fundado sobre este interesante movimiento de reforma de los principios de los servicios públicos y de la tutela de los usuarios no se podrá expresar hasta que no sean elaborados no sólo el resto de los esquemas generales de referencia, sino sobre todo las cartas de cada uno de los servicios públicos afectados, y sea posible analizar los resultados de su aplicación práctica. En todo caso, no hay duda de que nos encontramos frente a una innovación que abre amplias perspectivas en Italia y seguramente también en el Derecho comparado. Por el momento, se puede ya mencionar que, en el ámbito comunitario, el Gobierno francés propuso en febrero de 1993 la formulación de una Carta de los servicios públicos. Esta idea no prosperó, pero en julio de 1994 el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre las empresas públicas, las privatizaciones y los servicios públicos en la Comunidad Europea, en la cual se invita a la Comisión a tomar la iniciativa de hacer adoptar por la Unión Europea una Carta europea de los servicios públicos (97).

V. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES Y TUTELA DE LOS USUARIOS

Para cerrar este trabajo, se va a hacer referencia a la última de las tendencias que están apareciendo en Italia en el campo de la protección de los usuarios de los servicios públicos: la atribución de funciones de tutela a las nuevas autoridades administrativas independientes de control y regulación de determinados sectores económicos que se acaban de crear. No es posible desarrollar aquí un estudio completo del fenómeno de las Administraciones independientes (98), pero sí resulta conveniente hacer algunos

(94) Decretos del Presidente del Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 1995 («Gazzetta Ufficiale» del 23 de septiembre de 1995, núm. 223).

(95) Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 1995 («Gazzetta Ufficiale» del 5 de enero de 1996, núm. 4).

(96) Decreto del Presidente del Consejo de Ministro de 30 de enero de 1996 (suplemento ordinario de la «Gazzetta Ufficiale» del 9 de febrero de 1996, núm. 23).

(97) Acerca de estas iniciativas, véase Nicoletta RANGONE, *Verso una Carta europea dei servizi pubblici?*, «Regione e governo locale», 1994, págs. 744 y ss., donde se pueden encontrar en apéndice los textos en francés del proyecto de Carta europea de los servicios públicos y de la Resolución sobre las empresas públicas, las privatizaciones y los servicios públicos en la Comunidad Europea.

(98) Como estudios generales sobre las autoridades administrativas independientes en Italia se pueden citar los de Claudio FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1988, págs. 549-583; Alberto MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato», *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, volume terzo, Giuffrè, Milano, 1988, págs. 449-488; Nino LONGOBARDI, «Le

apuntes iniciales sobre estas estructuras organizativas, cuya importación de los países anglosajones a la Europa continental se viene produciendo desde mediados de los años setenta, probablemente como una muestra más de la desconfianza actual hacia las formas organizativas tradicionales de las Administraciones públicas.

En Italia, la institución de las autoridades administrativas independientes se fundamenta teóricamente en la realización del principio constitucional de imparcialidad de la Administración pública. Una de las manifestaciones de este principio es la separación entre el momento político y el momento administrativo-burocrático, que se ha plasmado en las últimas décadas sobre todo en el reforzamiento de la autonomía de los altos funcionarios (la llamada *dirigenza*) frente a los órganos político-administrativos; pues bien, con la aparición de estas nuevas autoridades, dotadas de un alto grado de neutralidad e independencia, se habría dado un paso adicional, de consecuencias todavía difíciles de valorar (99). En efecto, la independencia de éstas debe ser considerada una aplicación particular de la idea de la separación a las estructuras organizativas públicas que actúan sobre sectores de especial «sensibilidad», con el objetivo último de garantizar más eficazmente el respeto del mencionado principio de imparcialidad (100). Evidentemente, la determinación de qué sectores de la vida social hayan de ser con-

“amministrazioni indipendenti”: profili introduttivi», *Scritti per Mario Nigro*, volume secondo, Giuffrè, Milano, 1991, págs. 173-214, y Vincenzo CERULLI IRELLI, «Premesse problematiche allo studio delle “amministrazioni indipendenti”», *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Franco BASSI e Fabio MERUSI, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 1-30. Sobre los motivos del nacimiento de estas estructuras organizativas son también de interés los artículos de Sabino CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Consob e i poteri indipendenti*, «Rivista delle società», 1974, págs. 412-425, y de Fabio MERUSI, «Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti», *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Franco BASSI e Fabio MERUSI, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 151-161.

En la doctrina española, son de imprescindible consulta los estudios de Enrique GARCÍA LLOVET, *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, núm. 131 de esta REVISTA, 1993, págs. 61-118, y Luis Alberto POMED SÁNCHEZ, *Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes*, núm. 132 de esta REVISTA, 1993, págs. 117 y ss., ambos con amplias referencias al Derecho comparado. También resultan de gran interés los apuntes sobre el tema realizados por los Profesores Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Ramón PARADA VÁZQUEZ y Luciano PAREJO ALFONSO en el primer tomo de *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO*, Instituto García Oviedo-Civitas, Madrid, 1994.

(99) CERULLI IRELLI distingue en este sentido dos facetas del principio de separación: éste «può essere inteso come principio di distribuzione delle funzioni tra uffici politici (di vertice) e uffici burocratici nell'ambito di una medesima organizzazione, anche se ordinata sul principio gerarchico» («Premesse problematiche allo studio delle “amministrazioni indipendenti”», cit., pág. 18) y también «può essere inteso... come quello che consente, e in determinati casi probabilmente impone, di separare del tutto da ogni dipendenza rispetto al potere politico (dagli uffici politici di vertice, e segnatamente dalle autorità di governo di cui all'art. 92 1. co.) determinate organizzazioni in quanto tali, dislocandole in un'area di soggezione esclusiva alla legge» (*op. cit.*, pág. 19). En opinión del autor, el principio que nos ocupa «inteso come principio di separazione dallo Stato-potere esecutivo, di organizzazione differenziate, ha trovato una prima attuazione con l'introduzione delle c.d. amministrazioni indipendenti» (*op. cit.*, pág. 20).

(100) Sobre la relación entre independencia e imparcialidad, véase FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., pág. 576, y también LONGOBARDI, «Le “amministrazioni indipendenti”: profili introduttivi», cit., pág. 188.

siderados «sensibles» a los efectos de la creación de las autoridades administrativas independientes es un problema de oportunidad política y no de técnica jurídica, lo que hace muy complejo el establecimiento de límites a la utilización de esta opción organizativa (101).

En todo caso, hasta el momento las Administraciones independientes están siendo introducidas únicamente en dos ámbitos muy específicos, que son el de la protección de los derechos y libertades fundamentales, y el del control y la regulación de sectores económicos en los que se entrecruzan intereses fácticos y jurídico-constitucionales de gran relevancia. Hay que advertir, de todas formas, que en la práctica muchas veces no es fácil separar ambos campos de aplicación de las estructuras organizativas que nos ocupan (102). En fin, al hacer alusión a los ámbitos en que las autoridades administrativas independientes ejercen sus funciones es necesario resaltar que la independencia de las mismas no se predica solamente con respecto a las directrices políticas del Gobierno y a las presiones de los partidos, sino también en relación con las fuerzas económicas y sociales operantes en los sectores concernidos (103).

Otros principios que se suelen alegar para justificar la institución de estas autoridades son los de eficacia y eficiencia, y por ello existen ciertas semejanzas entre este fenómeno y el del incremento del grado de autonomía de los entes a los que se encarga la gestión de servicios y funciones públicas. Ello no significa, sin embargo, que las Administraciones independientes puedan ser asimiladas a esos entes y «agencias» autónomos, porque subsisten todavía importantes diferencias entre los dos tipos de estructuras organizativas. Por una parte, las misiones de unas y otras son bastante distintas: a las autoridades administrativas independientes se les atribuyen funciones de control y regulación de sectores económicos, o bien la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, mientras que los entes y agencias autónomas son meros instrumentos de gestión de servicios o de funciones públicas. Por otra parte, la independencia de las primeras tiene un sentido esencialmente político, en tanto que la autonomía de los segundos es de carácter técnico, de gestión (104). Con todo, hay paí-

(101) LONGOBARDI concluye a este respecto que «il fatto è che, ragionando in termini di interessi fatti valere dai cittadini, immediatamente o mediatamente oggetto di considerazione costituzionale, è facile estendere il discorso a pressoché ogni settore dell'ordinamento» («Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi», cit., pág. 187).

(102) Como dice GARCÍA LLOVET, «se configuran así dos sectores que, aunque pueden parecerse distintos y separados, se nos presentan en numerosas ocasiones como yuxtapuestos; es el caso de la ordenación del sector audiovisual, donde el elemento garantista de los derechos fundamentales, en este caso las libertades de comunicación, no puede hacernos olvidar que nos encontramos en presencia de una actividad empresarial que representa una parte importante de la economía nacional» (*Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, cit., pág. 107).

(103) Véase FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., págs. 556-557, y en idéntico sentido, MASSERA, «"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato», cit., págs. 483-484.

(104) Sobre las semejanzas y diferencias entre entes autónomos de gestión de servicios públicos y Administraciones independientes, véase MASSERA, «"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato», cit., págs. 484 y ss. Por lo que atañe al fenó-

ses, como la propia España, donde se han combinado los dos modelos y se han creado lo que se podría llamar, siguiendo al Profesor GARCÍA LLOVET, «entes neutrales de gestión de servicios públicos» (105). Estos entes gestionan servicios públicos, pero están dotados de un alto grado de independencia respecto del Gobierno, similar al que disfrutaban las autoridades administrativas independientes en sentido propio, con el fin de asegurar la neutralidad de servicios de relieve político como la televisión y la radiodifusión.

Por lo demás, es conocido el hecho de que en los países en los que se han introducido estas nuevas estructuras organizativas se ha planteado un debate sobre su compatibilidad con los respectivos modelos constitucionales de Administración pública; en efecto, a falta de previsión específica en la Ley fundamental, parece dudoso que se puedan sustraer ramas enteras de la Administración al principio de responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento por la actividad administrativa. No obstante, y sin perjuicio de que la complejidad de la cuestión la haga merecedora de un análisis más detenido del que ahora le podemos dedicar, es necesario advertir que no se puede formular un juicio general sobre la legitimidad constitucional de las autoridades administrativas independientes, pues no en todas ellas la «independencia» se manifiesta de la misma forma ni con idéntica intensidad (106). Asimismo, parece también claro que este nuevo tipo de estructuras organizativas no debe constituirse en la regla organizativa general de la Administración pública, sino en una excepción, necesitada de justificación caso por caso, frente a la vigencia normal y general del princi-

meno de las llamadas «agencias» y su distinción de las autoridades administrativas independientes, son de gran interés las reflexiones de Pietro Voci, quien pone de relieve que «è tuttavia evidente che in questi casi l'autonomia gestionale riconosciuta ai responsabili delle agenzie ha un significato ben diverso da quello sotteso all'istituzione di Autorità indipendenti, essendo finalizzato, più che ad esigenze di composizione imparziale di interessi, a necessità di gestione operativa dei servizi sempre più numerosi erogati dal settore pubblico» (*Le prospettive delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, «Archivio giuridico "Filippo Serafini"», 1991, págs. 424-425).

(105) Véase GARCÍA LLOVET, *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, cit., pág. 65, donde se piensa sobre todo en el Ente Público Radio Televisión Española.

(106) Así, CERULLI IRELLI, mientras no encuentra ningún problema de constitucionalidad respecto de las autoridades en las que el Gobierno conserva todavía cierta responsabilidad sobre el nombramiento y destitución de los miembros de su órgano rector, por lo que se refiere al modelo de las autoridades donde esto ya no sucede sostiene que «esso indubbiamente rompe il principio della responsabilità del ministeriale», y por eso añade que «un limite circa l'attribuzione di poteri a queste "autorità" stia in ciò, che l'esercizio del potere discrezionale propriamente inteso debba essere riservato ad organi che direttamente o indirettamente facciano capo all'autorità di governo e perciò rispondano all'indirizzo politico e amministrativo dell'azione del Governo quale fissato ai sensi dell'art. 95» («Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti"», cit., pág. 26). En consecuencia, en su opinión, «alle "autorità" in oggetto possono essere affidati... soltanto potere ascrivibili in senso lato, alla *regolazione* e al *controllo*, intesi a garantire, appunto, che determinate vicende sociali avvengano nel rispetto delle "regole del gioco"» (*op. cit.*, pág. 27). Véase también la firme posición de GARCÍA LLOVET, en *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, cit., págs. 117-118.

pio de responsabilidad política del Gobierno por la actividad administrativa (107).

Una vez trazadas estas breves líneas generales sobre las autoridades administrativas independientes, es posible entrar ya a analizar el aspecto de las mismas que interesa más directamente a los efectos del presente estudio: las posibilidades que presentan desde el punto de vista de la tutela de los usuarios de los servicios públicos. A este fin pueden servir tanto las autoridades orientadas a la tutela de los derechos y libertades como aquellas otras encargadas del control y la regulación de sectores de la actividad económica.

Por lo que se refiere a las primeras, el ejemplo más característico de ellas en Italia, el *difensore civico* (figura similar a nuestro Defensor del Pueblo, pero con la particularidad de que no existe como órgano de ámbito nacional, sino sólo de carácter regional y local), encuentra en los servicios públicos un ámbito de actuación muy adecuado a las funciones que se le atribuyen. En efecto, los medios de reclamación informales que ofrece son muy útiles para la expresión de muchas de las molestias e incomodidades que sufren los usuarios, cuyo acceso a instancias más formalizadas se ve dificultado por ser difícilmente evaluables en términos económicos, o de escasa cuantía. El gran problema de esta figura es que carece de instrumentos efectivos para corregir las irregularidades detectadas, lo que ha provocado en la doctrina y en los prácticos del Derecho una desilusión creciente de las expectativas que había generado su aparición (108).

Otros casos de Administraciones independientes o de órganos tendencialmente independientes que podrían desarrollar tareas de tutela de los derechos individuales y colectivos de los usuarios, como el Comité permanente para la actuación de la Carta de los servicios públicos, instituido por la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de 27 de enero de 1994, o la Comisión de garantía de la actuación de la Ley núm. 146 de 1990, que regula el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, deben ser considerados instrumentos meramente indirectos de protección de los usuarios, porque sus normas no reconocen ni a estos últimos ni a sus asociaciones legitimación activa para instarles a ejercer las funciones que tienen atribuidas (109).

(107) Véanse en este sentido las reflexiones de Giandomenico FALCON en su estudio «Il "primo", il "secondo" ed il "terzo" garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione», *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Franco BASSI e Fabio MERUSI, Giuffrè, Milano, 1993, pág. 96.

(108) Sobre las expectativas derivadas de la previsión de la institución del *difensore civico* en la Ley, núm. 142 de 1990, sobre las autonomías locales, véase LICCIARDELLO, *Servizi pubblici locali*, «Annuario delle autonomie locali», 1992, págs. 471-472. La frustración de estas expectativas se ha producido, sin embargo, muy rápidamente, y así STEFANELLI afirmaba pocos años después que la «scarsa incisività [del difensore civico] rende... impossibile qualificarlo come efficace strumento di tutela per la comunità dei cittadini, date le esperienze largamente fallimentari, sulle cui cause non possiamo in questa sede trattenerci, ma che sono state ampiamente segnalate e dibattute in dottrina» (*La tutela dell'utente di pubblici servizi*, cit., pág. 138), y hace una amplia referencia bibliográfica a la que nos remitimos.

(109) En cuanto a otras autoridades administrativas independientes del mismo tipo,

Como del Comité permanente para la actuación de la Carta de los servicios públicos ya se ha hablado en su momento, nos centraremos ahora en la Comisión de garantía de la actuación de la Ley núm. 146 de 1990. El fin de este órgano es «valorar la idoneidad de las medidas dirigidas a asegurar la compatibilidad del ejercicio del derecho de huelga con el disfrute de los derechos de la persona, constitucionalmente tutelados, a los que se refiere el apartado primero del artículo 1 [se entiende de la Ley núm. 146 de 1990]» (art. 12, apartado primero, inciso último, de la Ley). Así, la Comisión se encarga de valorar la idoneidad de los servicios mínimos acordados por la partes sociales en cumplimiento de la Ley núm. 146 de 1990, ayuda a interpretar y aplicar los acuerdos sobre esos servicios mínimos, emite valoraciones sobre el comportamiento de los huelguistas una vez planteado el conflicto, y ejerce algunas otras funciones de tipo consultivo (art. 13 de la Ley núm. 146 de 1990). Ahora bien, a pesar de que estos cometidos resultan de gran interés desde el punto de vista de la tutela de los usuarios de los servicios públicos considerados esenciales por la Ley núm. 146 de 1990, este texto legislativo se limita a prever que la Comisión de garantía puede servirse «del consejo de expertos... que se hayan distinguido particularmente en la tutela de los usuarios» (art. 12, apartado segundo, de la Ley) y que aquélla «recaba, incluso mediante audiencias, datos e informaciones... de las asociaciones de los usuarios de los servicios públicos esenciales» (art. 12, apartado cuarto) (110). Ninguna diferencia, pues, hay a este respecto con el Comité permanente para la actuación de la Carta de los servicios públicos.

En consecuencia, parece claro que la regulación de los órganos italianos mencionados se separa en este punto claramente de modelos semejantes, como el de las autoridades administrativas independientes francesas de tutela de los derechos de los ciudadanos, que desarrollan un papel mucho más activo en la protección de los particulares, ya que resuelven los recursos administrativos que éstos presentan, convirtiéndose así en una especie de primera instancia rápida y económica, previa a la vía judicial (111). Por

pero menos cercanas al ámbito de los servicios públicos, como la Autoridad para la informática en la Administración pública y el Garante para la radiodifusión y la edición, son estudiadas por STEFANELLI desde un punto de vista muy próximo al nuestro, concluyendo que «a ben vedere, l'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti costituisce un rimedio solo parziale alla mancanza di una tutela adeguata per i cittadini che entrano in contatto con le amministrazioni di erogazione: le lacune al riguardo sono di non poco conto e la protezione ad esse affidata è così indiretta da risultare evanescente» (*La tutela dell'utente di pubblici servizi*, cit., pág. 133). En especial, por lo que se refiere al Consejo consultivo de los usuarios creado para auxiliar al Garante para la radiodifusión y la edición por el artículo 28 de la Ley de 6 de agosto de 1990, núm. 223, que disciplina el sistema radiotelevisivo, STEFANELLI subraya que «non possiede... alcuno strumento concreto di tutela dei diritti, né degli interessi, né delle aspettative dell'utente di cui è istituzionalmente rappresentativo» (*op. cit.*, pág. 154).

(110) Sobre el escaso relieve que las organizaciones de los usuarios tienen en la Ley que nos ocupa, véase PERSIANI, «Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali con particolare riguardo al settore dell'energia», cit., pág. 37.

(111) Por ejemplo, puede compararse la regulación de la Comisión creada por la Ley italiana núm. 146 de 1990 con las normas francesas relativas a la «Commission nationale de l'informatique et des libertés» (Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, «relative à l'in-

el contrario, el otro tipo de autoridades administrativas independientes a las que se ha hecho referencia, es decir, aquellas que se encargan de la ordenación de determinados sectores económicos, muestran en Italia un mayor interés desde la perspectiva de la tutela de los usuarios de los servicios públicos.

Una de las propuestas de las actuales corrientes neoliberales, asumida progresivamente por la normativa comunitaria, es la separación en los servicios públicos económicos de las funciones de control respecto de aquellas de gestión, con el fin de evitar el riesgo de abuso de posición dominante en el mercado (112). Si a esta tendencia se le unen los procesos de liberalización y privatización, que conllevan, por una parte, la devolución a la iniciativa privada de parte de las prestaciones antes de titularidad pública, y, por otra, la introducción de las reglas de la competencia en la gestión de muchos servicios públicos, se llega a una situación muy cercana a la constituida por los llamados «Ordenamientos sectoriales», de los que hablaba GIANNINI a finales de los años cuarenta en un intento muy notable de caracterizar el fenómeno de los servicios públicos virtuales o impropios sin forzar la institución servicial (113). Sin embargo, en nuestros días en el vértice de estos Ordenamientos no se situaría ya un ente público o un órgano estatal, sino una autoridad administrativa independiente con funciones de control y regulación del sector económico afectado; éste es justa-

formatique, aux fichiers et aux libertés», «L'Actualité Juridique, Droit Administratif», 1978, págs. 181 y ss.) o la «Commission d'accès aux documents administratifs» (Ley núm. 78-753, de 17 de julio de 1978, «portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal», «L'Actualité Juridique, Droit Administratif», 1978, págs. 519 y ss., y Decreto núm. 78-1136, de 6 de diciembre de 1978, «relatif à la commission d'accès aux documents administratifs», «L'Actualité Juridique, Droit Administratif», 1979, pág. 47).

(112) Como ha puesto de relieve Roberto CAVALLO PERIN, hoy «pare prevalente la considerazione che un recupero di efficienza dei pubblici servizi dipenda anzitutto da una separazione fra esercizio di funzioni amministrative di indirizzo e controllo ed esercizio di attività di produzione di beni e servizi (art. 41 Cost.) siano quest'ultime in mano pubblica, o al contrario affidate all'iniziativa economica privata, poiché il punto critico dell'esperienza che pare essersi conclusa è dato dalla confusione fra "amministrazione regolatrice e amministrazione di impresa"» (*Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, volume primo, Jovene, Napoli, 1993, págs. 4-5).

(113) El concepto de «Ordenamiento sectorial» fue introducido por GIANNINI a través del estudio *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, «Moneta e credito, Rivista trimestrale della Banca Nazionale del Lavoro», núm. 5, 1949, págs. 105 y ss. El autor concluye su caracterización de esta figura diciendo que «abbiamo dunque dei soggetti giuridici —persone fisiche o enti, è indifferente— i quali svolgono determinate attività, rette dal diritto privato... Tutti questi soggetti privati sono riuniti, attraverso istituti di varia conformazione, formano cioè un "gruppo sezionale": vi sono norme che regolano i rapporti interni tra i vari soggetti, nonché le modalità di esercizio delle attività. Al vertice —parliamo figuratamente, poi preciseremo— trovasi un pubblico potere (cioè un organo dello Stato, un ente pubblico, o altra figura soggettiva pubblica), che emana delle disposizioni alle quali i vari soggetti debbono uniformarsi, sotto pena di sanzioni, anche esse di varia specie e tipo». En definitiva, «se questi sono i caratteri tipici degli aggregati che stiamo esaminando possiamo ben dire che siamo in presenza di ordinamenti giuridici; ricorrono infatti i tre tipici elementi dell'ordinamento: la plurisoggettività, l'organizzazione, la normazione. Sono ordinamenti giuridici di settore (o sezionali), in quanto limitati ai soggetti che svolgono una data attività», y así va enunciando el resto de los caracteres de estos Ordenamientos.

mente el sistema de intervención administrativa sobre los servicios públicos que desde un primer momento se adoptó en los países anglosajones, mientras en los Ordenamientos continentales con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa se desarrollaba el servicio público como institución jurídica (114).

Por lo que ahora interesa, se ha dicho ya que el modelo que nos ocupa permite la participación de los usuarios en los servicios públicos de carácter económico sin colisionar con el principio de autonomía empresarial, porque aquélla se desarrollará en el momento del control y la regulación de las actividades afectadas, y no en el de la gestión. Aquí se incluye tanto la participación orgánica, que se manifestaría mediante la incorporación de representantes de los usuarios o de sus asociaciones a los órganos de las autoridades administrativas independientes respectivas, como la procedimental, pues en la elaboración de las normas y decisiones relativas a los servicios implicados se tendría que dar audiencia a los usuarios y a sus organizaciones representativas. Sin embargo, lo que resulta, en nuestra opinión, más interesante es la asignación a las Administraciones independientes de facultades de resolución de las controversias que puedan surgir entre usuarios y entes gestores de los servicios, como una vía alternativa a la jurisdiccional, sea de carácter arbitral, sea de carácter administrativo.

Todas estas posibilidades se hallan en curso de actuación en Italia en el momento presente y, así, recientemente han sido creadas por la Ley de 14 de noviembre de 1995, núm. 481, las Autoridades de regulación de servicios de utilidad pública competentes para la energía eléctrica y el gas, y para las telecomunicaciones (115). Estas Autoridades, según el apartado quinto del artículo 2 de la Ley, «operan con plena autonomía y con independencia de criterio y de valoración; están encargadas de la regulación y el control del sector de su competencia», aunque se reconozca al Gobierno la facultad de indicarles «en el ámbito del documento de programación económico-financiera... el marco de exigencias de desarrollo de los servi-

(114) Las dificultades que plantea la introducción de esta nueva forma de gobierno de la economía en los Ordenamientos jurídicos continentales es destacada por LONGOBARDI, que considera que «difficile ne appare, inoltre, la compatibilità con alcune tradizioni categoriche, che assumono talora valenza costruttiva del dato giuridico, quali il servizio pubblico e l'ordinamento sezionale, di diversa ascendenza ideologica» («Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi», cit., pág. 182). MERUSI, por su parte, subraya la incompatibilidad de este modelo con la interpretación dominante del apartado tercero del artículo 41 de la Constitución italiana, aunque defiende la superación de esta contradicción a través del principio de primacía del Derecho comunitario («Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti», cit., págs. 160-161).

(115) El precedente legislativo más próximo de estas Autoridades lo constituye la Ley de 30 de julio de 1994, núm. 474, de conversión del Decreto-Ley de 31 de mayo de 1994, núm. 332, que contiene normas para la aceleración de los procedimientos de cesión de las participaciones del Estado y de los entes públicos en sociedades por acciones. Esta norma preveía en su artículo primero *bis*, bajo el título de «regulación de las tarifas y control de la calidad de los servicios», que «la cesión de la participación en acciones del Estado y de los entes públicos en las sociedades a las que se refiere el artículo 2 están subordinadas a la creación de organismos independientes para la regularización de las tarifas y el control de la calidad de los servicios de relevante interés público».

cios de utilidad pública que corresponden a los intereses generales del País» (apartado 21 del art. 2).

Las Autoridades en cuestión son definidas como órganos colegiados constituidos por un Presidente y dos miembros, nombrados por siete años (sin posibilidad de repetir por otro mandato) mediante Decreto del Presidente de la República, previa deliberación del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro competente (apartado séptimo del art. 2 de la Ley). Con todo, la independencia de estas personas está fuertemente garantizada, porque para su nombramiento es necesario el parecer favorable de las Comisiones parlamentarias competentes, expresado por mayoría de los dos tercios de sus componentes, o por mayoría absoluta si en el plazo de treinta días desde la petición del parecer éste no ha sido emitido. Por lo demás, se ha establecido un régimen riguroso de incompatibilidades durante el ejercicio del cargo y por al menos cuatro años más desde el cese en el mismo (apartados octavo y noveno del art. 2). A todas estas garantías se añade el reconocimiento de la autonomía organizativa, contable y administrativa de las Autoridades (apartado 27 del art. 2).

En cuanto a los cometidos de las Autoridades, a ellas «se transfieren todas las funciones administrativas ejercitadas por órganos estatales y otros entes y Administraciones públicas, incluso dotadas de Ordenamiento autónomo, relativas a sus atribuciones» (apartado 14 del art. 2 de la Ley). Por tanto, la actividad de control y regulación de los sectores afectados es confiada íntegramente a ellas, salvándose solamente las facultades reservadas al Gobierno por el apartado 21 del artículo 2, ya citado, además de las competencias propias de los entes locales. Por lo que respecta a los usuarios, se puede afirmar que las dos facetas de la participación y la tutela de las que se ha hablado han sido recogidas por la Ley núm. 481 del 1995.

La forma de participación de los usuarios y sus asociaciones prevista es siempre la procedimental, y así se dispone que las Autoridades, al elaborar las directivas sobre la producción y la prestación de los servicios y definir los niveles generales y específicos de calidad de las prestaciones, deben dar audiencia a «los sujetos prestadores del servicio y los representantes de los usuarios y de los consumidores» (letra *h*) del apartado 12 del art. 2 de la Ley); del mismo modo, la verificación periódica de la calidad y la eficacia de las prestaciones a la que se refiere la letra *n*) del apartado 12 del artículo 2 incluye también la necesidad de recabar la valoración de los usuarios. Reglamentos aprobados por las Autoridades disciplinarán «audiencias periódicas de las formaciones asociativas en las cuales los consumidores y los usuarios se hallen organizados» (apartado 23 del art. 2).

Las novedades más relevantes, sin embargo, son las referidas a la tutela de los usuarios. Por primera vez se establece que una autoridad administrativa independiente «valora las reclamaciones, instancias e indicaciones presentadas por los usuarios o por los consumidores, individualmente o asociados, en relación con el respeto de los niveles cualitativos y tarifarios por parte de los sujetos prestadores del servicio frente a los cuales interviene imponiendo, cuando sea oportuno, modificaciones de las modalidades de ejercicio de los mismos o procediendo a la revisión del reglamen-

to del servicio» (letra *m*) del mismo apartado y artículo). Asimismo, las Autoridades determinan «los casos de indemnización automática por parte del sujeto prestador del servicio al usuario cuando el referido sujeto no respete las cláusulas contractuales o preste el servicio con niveles cualitativos inferiores a los establecidos» (letra *g*) del apartado 12 del art. 2), y ordenan al sujeto prestador del servicio el cese de los comportamientos lesivos de los derechos de los usuarios, imponiendo la obligación de satisfacer la indemnización referida (letra *d*) del apartado 20 del art. 2).

La Ley núm. 481 de 1995 prevé también que, por medio de uno o más reglamentos, sean definidos «los criterios, las condiciones, los plazos y las modalidades para el desarrollo de procedimientos de conciliación o de arbitraje en forma contradictoria ante las Autoridades en los casos de controversias surgidas entre usuarios y sujetos prestadores del servicio»; además, se tienen que fijar «los casos en que tales procedimientos... puedan ser remitidos en primera instancia a las Comisiones arbitrales y conciliativas instituidas ante las Cámaras de comercio, industria, artesanado y agricultura, de acuerdo con el artículo 2, apartado 4, letra *a*), de la Ley de 29 de diciembre de 1993, núm. 580» (letra *b*) del apartado 24 del art. 2 de la Ley). Los plazos para los recursos ante los órganos jurisdiccionales se suspenden hasta el agotamiento de los plazos fijados para la presentación de las demandas de conciliación o arbitraje, y se interrumpe la tramitación de los recursos ya presentados; por último, el acta de conciliación o la decisión arbitral constituye título ejecutivo.

Para acabar la cuestión de la tutela, hay que resaltar que de los recursos contra los actos de las Autoridades conoce exclusivamente la jurisdicción administrativa, siendo competente el Tribunal administrativo regional de la sede de cada una de aquéllas (apartado 35 del art. 2).

Finalmente, la coordinación entre la creación de estas Autoridades y el proceso de elaboración de Cartas de los servicios públicos se trata de asegurar a través de la letra *p*) del apartado 12 del artículo 2 de la Ley núm. 481 de 1995, que atribuye a las Autoridades la función de controlar que «cada uno de los sujetos prestadores del servicio adopte, sobre la base de la Directiva... del Presidente del Consejo de Ministros de 27 de enero de 1994... una carta de servicio público con indicación individualizada de estándares de los servicios», y ha de vigilar también el respeto de la misma.

VI. CONCLUSIONES

A la hora de proponer como modelo tendencias e instituciones de otro Ordenamiento jurídico, por cercano al nuestro que pueda parecer, es necesario moverse con una cierta cautela, porque las condiciones que se dan en uno no siempre se reproducen en el otro. Así por ejemplo, cuando se estudian aspectos relativos a la tutela de los administrados en el Derecho italiano, no se puede olvidar que en este Ordenamiento el reparto de competencias entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria se basa en la dis-

tinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, que en nuestro Derecho no tiene, ni mucho menos, una relevancia semejante. De igual forma, al abordar el estudio comparado del servicio público como institución jurídica sería un grave error dejar de lado el hecho de que las concepciones del mismo varían de Ordenamiento a Ordenamiento, por más que se mantengan ciertos rasgos comunes en todos ellos.

Ahora bien, no hay duda de que existen procesos que se desarrollan simultáneamente en casi todos los países y plantean, por tanto, retos muy similares. Así ocurre en el caso de la liberalización de la economía y la privatización del sector público, que conllevan la preferencia por la gestión indirecta de los servicios públicos que no han sido devueltos al libre mercado y la introducción en los mismos de la competencia con mayores o menores limitaciones. Entre los desafíos que en todas partes surgen de esta evolución del régimen jurídico de la institución servicial se halla la renovación de la tutela de los usuarios para adaptarla al nuevo contexto, y es aquí donde las soluciones que se están experimentando en Italia pueden tener un cierto valor ejemplar, al señalar orientaciones aprovechables por el legislador y por las Administraciones públicas españolas.

A nuestro juicio, el intento italiano de hacer compatibles la privatización de la gestión y del régimen de prestación de los servicios públicos con el perfeccionamiento de los instrumentos jurídico-administrativos de tutela de los usuarios es del mayor interés, porque preserva eficazmente en medio de las actuales e irresistibles tendencias neoliberales el núcleo de la institución servicial, esto es, su carácter de técnica jurídica de garantía en favor de los particulares de la prestación igualitaria, continua y regular de determinados servicios considerados por los Poderes públicos necesarios o esenciales para las comunidades a las que sirven. De la experiencia italiana es posible extraer dos direcciones principales en la renovación de la posición jurídica de los usuarios, que se podrían ensayar también en nuestro país. Una es la actualización de los principios tradicionales de los servicios públicos; otra, la introducción de nuevas formas de tutela de las situaciones jurídicas subjetivas de los usuarios.

La primera orientación se manifiesta, ante todo, en la positivación y concreción de las reglas clásicas de la igualdad, neutralidad, continuidad y regularidad. En segundo lugar, conlleva la formulación de nuevos principios, como el derecho de elección entre los entes que prestan el servicio (de acuerdo con la tendencia actual a la introducción de la competencia en la gestión de los servicios públicos), la eficacia y la eficiencia, y la participación de los usuarios. Sobre esta última hay que señalar, frente al acento puesto hasta hace poco en la participación de carácter orgánico, que hoy parece preferible concebirla como una relación de colaboración entre los entes gestores de los servicios y los usuarios, basada en la información y en la audiencia de estos últimos y sus organizaciones representativas en la adopción de todas las decisiones discrecionales que les afecten. Por último, el principio de adaptación de los servicios públicos, que hasta ahora venía justificando la máxima discrecionalidad de las Administraciones titulares y de los entes gestores de los servicios públicos en la determinación

de las condiciones de prestación de aquéllos, se ve también profundamente modificado; nace así una nueva concepción del mismo que exige la determinación de criterios vinculantes de cantidad y calidad de las prestaciones, modificables, sí, pero de acuerdo con procedimientos predeterminados que aseguren la participación de los usuarios y de sus organizaciones representativas.

En cuanto a la segunda gran dirección del movimiento italiano de reforma del régimen jurídico aplicable a los usuarios que se podría experimentar también en nuestro país, consiste en la introducción de nuevas formas de tutela que respondan a los requisitos de simplicidad, economicidad, celeridad y efectividad. Se trataría así de superar los defectos tanto de los medios de tutela que carecen de verdadera eficacia jurídica (los procedimientos ante el Defensor del Pueblo y órganos similares) o que dependen de la buena voluntad de la parte más fuerte (las fórmulas de sometimiento voluntario a arbitraje) como del sistema judicial, que no resulta adecuado por su coste y lentitud para reparar el tipo de perjuicios que sufren con más frecuencia los usuarios de los servicios públicos. La atribución de funciones de conciliación o arbitraje obligatorio a las autoridades administrativas independientes que se están empezando a crear para la regulación y el control de sectores económicos sujetos a una fuerte intervención pública es una respuesta de gran interés a estas demandas, aunque, como ocurre con el resto de las tendencias analizadas en este trabajo, habrá que esperar a que se asienten y lleven algún tiempo funcionando para poder valorar con el debido fundamento su utilidad real.

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

